

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN ANUAL:

**“LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN
BALANCE Y PERSPECTIVAS”**

INVESTIGADOR:

Dr. Gerardo Eto Cruz

Lima – Perú

2019

“LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN BALANCE Y PERSPECTIVAS”

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Esencia y naturaleza de los tratados internacionales. 3. Un reinvento contemporáneo: el salto de la inconstitucionalidad por omisión a la inconveniencia por omisión. 4. Diferencias entre inconstitucionalidad por omisión e inconveniencia por omisión. 5. No toda declaración de una inconveniencia por omisión presupone como efecto una inconstitucionalidad por omisión. 6. Las distintas manifestaciones (tipologías) de la inconveniencia por omisión. 6.1. Inconveniencia por omisión proveniente de normas que requieren de leyes ordinarias. 6.2. Inconveniencia por omisión proveniente de cláusulas principistas que requieren del desarrollo ya no meramente declarativo sino constitutivo en los ordenamientos internos. 6.3. Inconveniencia por omisión proveniente de sentencias convencionales que no son cumplidas en los términos expuestos por la jurisdicción supranacional por parte de los estados. 6.4. Inconveniencia por omisión proveniente de opiniones consultivas de la Corte IDH: problemas y desafíos. 6.5. Inconveniencia por omisión proveniente de mutaciones convencionales; donde su pretendido cumplimiento o ejecución, se ve distorsionado o desnaturalizado por una interpretación perversa por parte de los estados llamados a cumplir las normas internacionales de derechos humanos. 7. El control de la omisión inconveniente: su paulatino desarrollo jurisprudencial. 8. Los antidotos y remedios procesales contra las omisiones inconvenientes. 9. Una aproximación panorámica sobre el control de la inconveniencia por omisión en la doctrina y en la jurisprudencia: balance y perspectiva. 9.1. Revisión panorámica de la doctrina convencional. 9.2. Balance y perspectiva en la producción bibliográfica en torno al control de inconveniencia por omisión. 10. Colofón.

Resumen

La inconventionalidad por omisión constituye un complejo fenómeno en la que se manifiesta la violación de los instrumentos que regulan el derecho internacional de los Derechos Humanos; dicha violación es de atribución exclusiva de los Estados, pues habiendo suscrito su cumplimiento, al no desarrollar políticas legislativas de los Tratados, o al no impulsar políticas públicas, la inercia de los Estados sea por negligencia o por dolo, genera esta particular violación al bloque de convencionalidad.

Palabras Clave:

Derecho procesal constitucional - derecho procesal convencional - control de convencionalidad, control de constitucionalidad - inconstitucionalidad por omisión, omisión inconventional, cosa juzgada convencional.

Abstract:

Unconventionality by omission is a complex phenomenon in which the violation of the instruments that regulate international law of human rights is manifested. This violation is because exclusive attribution of the States, since having signed its fulfillment, by not developing legislative policies of the Treaties, or by not promoting public policies, the inertia of the States is due to negligence or intent, generates this particular violation of the block of conventionality.

Keywords:

procedural constitutional law - procedural conventional law - conventionality control – constitutionality control - unconstitutionality by omission - unconventionality by omission - res judicata of conventional law.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace muchas décadas, los escenarios de las actuales sociedades del conocimiento¹ vienen apreciando el decaimiento de una serie de paradigmas que formaban parte de la modernidad² que se tenían por incuestionables; y hace ya algunos lustros ha empezado a surgir otros nuevos que, desde los predios de la reflexión filosófica, se ubican en la llamada *posmodernidad* e *hipermodernidad*. Uno de estos paradigmas que se han venido progresivamente gestando y desarrollando dentro del *mundo globalizado*, es la *pluralidad*; y esta concepción, sin pretender asumir las antiguas posturas paradigmáticas, presuntamente omnicomprensivas de la realidad, evidencian complejas particularidades dentro de la unidad, la identidad y la diversidad; el pluralismo se manifiestan en diversas realidades sociológicas, muchas de ellas que desembocan en otros paradigmas, como por ejemplo el *multiculturalismo*; pero el que aquí nos interesa es el fenómeno del *pluralismo jurídico*, no sólo como *discurso*, sino como la manifestación de diversos ordenamientos jurídicos que hay en el mundo, según los modelos de sistemas jurídicos que detenta el planeta, en especial de lo que Lucio Pegoraro y Angelo Rinella denominan “*familias jurídicas*”, entendiéndose como tal a una “clase” homogénea en la cual se agrupan ordenamientos jurídicos que presentan relevantes rasgos comunes (Pegoraro, 2018, pp. 73-83.). A raíz de todos estos hechos, hoy se habla con mayor énfasis de la presencia de un “*pluralismo jurisdiccional*” donde al interior de un Estado existe la presencia de una jurisdicción ordinaria en coexistencia con una jurisdicción constitucional; y a nivel supranacional, la jurisdicción doméstica o interna con jurisdicciones internacionales; y hoy por hoy, la primacía del Derecho comunitario sobre la ley nacional ha acabado por imponerse (Gordillo Pérez, 2012, p. 35 y ss.) y así en la región latinoamericana se cuenta con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH) o a nivel europeo con la presencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Carrillo, 2019, pp. 83 y ss.) Estas observaciones que aquí brevemente se consignan en el mundo jurídico, son hechos que han venido evolucionando y forman parte de los escenarios contemporáneos. En este contexto, resulta cognitivamente importante, como sostiene Bunge, ir a “la casa de la realidad” (Bunge, 2006, pp. 31 y ss.), pues nos encontramos en la realidad con una serie de hechos que nunca antes se habían presentado, pero que en la actualidad requieren en los marcos de la teoría del conocimiento ser abordados, estudiados y explicados.

En esta investigación, lo que pretendemos estudiar es un particular fenómeno que, si bien ha estado precedido por otro análogo (la inconstitucionalidad por omisión), ostenta complejas particularidades y su tratamiento no es uniforme: digámoslo ya directamente, este fenómeno (la inconventionalidad por omisión) no había sido tomado en cuenta y ha estado en *invernadero*, si bien desde hace poco tiempo

¹ Al respecto, puede verse nuestro trabajo: ETO CRUZ, Gerardo: *¿Las universidades son sociedades del conocimiento?* Lima, Grijley, 2020.

² Ubérrima es la bibliografía que viene replanteando la modernidad, en el debate con la post e hipermodernidad, solo consignamos los siguientes trabajos: Anderson, Perry. *Los orígenes de la posmodernidad*. Madrid (2000). Akal. Traducción Luis Andrés Bredlow; Bauman, Zygmunt. *La posmodernidad y sus descontentos*. Madrid (2017). Akal. Traducción Martha Malo de Molina y Cristina Piña Aldao; Huyssen, Andreas (2010). *Modernismo después de la posmodernidad*. Buenos Aires, Gedisa, traducción de María Abdo Férrez; Lipovetsky, Gilles y Charles, Sebastien. *Los tiempos hipermodernos*. 3.^a ed. Barcelona (2016). Anagrama Edit. Traducción de Antonio-Prometeo Moya; Lyotard, Jean-François. *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. 4ta Edición, traducción de Mariano Antolín Rato, Madrid (1987). Cátedra; y Zygmunt, Bautman. *Modernidad líquida*. Madrid (2013). Edit. Fondo de Cultura Económica. Traducción de Mirta Rosenberg.

muestra ya un interés y preocupación, a partir de inicios del siglo XXI, aunque los escenarios se remontan mucho más atrás, en el Siglo XX cuando el mundo globalizado empieza a regular y a crear un conjunto de instrumentos bien sea de tratados, pactos o convenios que norman diversas materias vinculadas a los derechos humanos (Hunt, 2009, pp. 181 y ss.), si bien su historia no es reciente ni mucho menos, pues los derechos humanos como tal tienen un trasiego de una evolución que forma parte con la propia historia del pensamiento político (Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio, 2003, pp. 13 y ss.). Es obvio que para que exista una inconventionalidad por omisión, el presupuesto ontológico en la realidad es que los Estados hayan creado diversos documentos hoy identificados como tratados o convenios, en particular que regulen los derechos humanos. Y, ello recién se consolida con la presencia de la ONU y en nuestra región con la OEA; de manera que el fenómeno de esta omisión inconventional requiere pues la existencia de dichas convenciones que no son cumplidas en los Estados partes.

Todo este *corpus iuris* hoy se le identifica como *derecho internacional de los derechos humanos* y, su fuente de regulación son precisamente estos tratados o pactos que suscriben los Estados contemporáneos y que tienen como fin, evitar amargas experiencias que ha tenido la humanidad como son las gravísimas violaciones a los derechos humanos y cuya máxima expresión del horror humano ha sido el siglo XX, con las dos guerras mundiales que asoló Europa y que tuvo impacto a escala planetaria³. La hipermodernidad evidencia cómo es que el fenómeno de protección de los derechos humanos alcanza una “*protección multinivel*”, es decir el ciudadano en teoría se predica que puede acceder a pedir tutela y protección tanto en su jurisdicción interna, como eventualmente ante organismos jurisdiccionales supranacionales. A la postre, insistamos en esto, quien en definitiva es el garante en afirmar la real protección son los jueces nacionales. No obstante, los ordenamientos internos de los Estados nacionales normalmente adecuan la protección de los derechos fundamentales a las normas internacionales; es decir las cláusulas internas de hecho se incorporan automáticamente al derecho internacional de los derechos humanos. La protección multinivel significa el acceso de la tutela judicial a los jueces nacionales como a los supranacionales (Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, 2018, p. 468.).

Pese a que el derecho internacional de los derechos humanos predica férreamente que los Estado que han suscrito dichos instrumentos internacionales deben obligarse, en el marco de la buena fe, a impulsar su cumplimiento, su desarrollo y su eficacia en sus respectivos regímenes políticos, en los hechos ello no ocurre así. No olvidemos que un régimen se verifica su *legitimidad* por dos grandes factores: a) el grado de su eficacia de lo que predicen las normas de estos derechos básicos y con ello obviamente su respeto y vigencia; y b) la presencia de un sistema de normas de naturaleza procesal, identificadas comúnmente como las *garantías* que van a tener las personas naturales o jurídicas, para afirmar sus derechos fundamentales cuando se ciernen contra ellos *actos lesivos* proveniente de autoridades o funcionarios o de entidades particulares que pretenden desconocer la titularidad de esos derechos fundamentales. En tal sentido, estos derechos básicos y sus correspondientes garantías procesales, constituyen normas que expresan los valores esenciales del ordenamiento constitucional y de una democracia que se legitima en su actuación (Rodríguez-Zapata, 2003, p. 35; Nino, 2013, pp. 66 y ss.).

³ Un libro demoledor sobre la historia de la humanidad respecto a las guerras que se han abordado a lo largo de la historia puede verse en la magnífica obra de: White, Matthew (2012). *El libro negro de la humanidad. Crónica de las grandes atrocidades de la historia*. Edit. Crítica, Barcelona; igualmente puede revisarse el trabajo de: Wolf, Alan (2013). *La maldad política. Qué es y cómo combatirla*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, Traducción de Ana Herrera.

Aparte de estos instrumentos internacionales, las civilizaciones de los Estados contemporáneos cuentan desde el siglo XVIII con sus correspondientes estatutos que regulan dos grandes temas vitales: la racionalización del ejercicio legítimo del poder político; y por otro los derechos y libertades de los súbditos de cada país⁴ (Vid. Sagúés, Néstor Pedro, 2003, 35).

Ambas regulaciones confluyen hoy en las constituciones nacionales que cuentan los respectivos Estados.

Sin embargo, pese a que las personas tienen como garantía sus textos constitucionales y un complejo y heterodoxo *corpus iuris internacional* que regulan el derecho internacional de los derechos humanos, desde una perspectiva del viejo paradigma del racionalismo, se cree o se estima y concibe que basta con que estos enunciados normativos estén allí, formalmente vigentes, para que presuntamente las personas encuentren garantizada la *eficacia* de sus derechos frente a las embestidas del Estado o de entidades particulares. Esta concepción, aunque parezca baladí, aun impera no sólo en el pensamiento de los gobernantes; sino de los que asumen el pensamiento racionalista del derecho. Es evidente que entre la norma y la realidad hay una compleja distancia rodeada de muchos factores que van a permitir su vigencia o su ficción. En consecuencia, ello en estricto no es cierto; subyace en esta idea el *iluminismo* como concepción y *metarrelato* que entiende que basta con el enunciado normativo para que ella de por sí se cumpla. Y el tema en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, es mucho más complicado de lo que se cree; esto es, se concibe que por la presencia de haberse suscrito un tratado internacional en el marco de la *teoría dualista de las fuentes* de los tratados, dichas normas internacionales *per sé* va a cumplirse. Así Rousseau sostiene que, “por definición y según ha reconocido la práctica internacional, el tratado establece una regla de conducta obligatoria para los Estados signatarios. Sostiene que el principio de la fuerza obligatoria de los tratados se sustenta en dos bases: en la voluntad de las partes contratantes (teoría alemana de la autolimitación y de la voluntad colectiva de los Estados) y el otro sustento radica en reglas preestablecidas, (*pacta sunt servanda*) (Rousseau, 1961, p. 39 y ss.). En la misma línea, el profesor Manuel Diez de Velasco sostiene que los acuerdos internacionales son una fuente del Derecho Internacional y por medio de ello se generan derechos y obligaciones creándose el “derecho convencional” y que es la razón de los efectos generales de un tratado. Explica que el fundamento y la razón de la obligatoriedad entre las partes radica en el principio ya citado *pacta sunt servanda*, el mismo que está consagrado sin oposición como regla general vinculado a los efectos generales del tratado entre las partes y que dicho principio se sustenta en la actitud de buena fe que debe prevalecer entre los Estados, el mencionado principio, finalmente no sólo comprende la buena fe en su interpretación, “sino también en lo relativo a la *ejecución* de los mismos” (Diez De Velasco, 2007, p. 196-197).

Es claro que si se apela a la sociología jurídica⁵ podemos apreciar que en el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el tema no sólo reviste una complejidad; sino que el *grado de eficacia* básicamente la ha venido asumiendo la *jurisdicción supranacional*, hoy identificadas por los tribunales internacionales que ejercen el *control de convencionalidad*. Sin embargo, bien se puede proponer, como hipótesis, de que muchos tratados internacionales, según su naturaleza o materia, no

⁴ Vid. Sagúés, Néstor Pedro (2003). Elementos de derecho constitucional, T. 1, 3era edic. Astrea, Buenos Aires; p. 35; Nino, Carlos Santiago (2013). Fundamentos de derecho constitucional, 4ta reimpresión, Astrea, Buenos Aires, p. pp. 66 y ss.

⁵ Recomendamos el estudio de De Sousa Santos, Boaventura (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trota, Nota introductoria y revisión de la traducción de Carlos Lema Añón, trad. de Carlos Martín, Elvira del Pozo, Carlos Morales; Bogotá, p. 52 y ss.

basta con haberse suscrito para que tenga eficacia plena; sino que muchas de sus normas, a su vez requieren el impulso de otras leyes ordinarias para que puedan tener vigencia plena; y cuando el Estado no impulsa su desarrollo complementario, bien sea por una ley o por una *política pública* que aborde, desarrolle o ejecute una materia específica de derechos humanos, nos encontramos ante un fenómeno que hoy se ubican bajo los escenarios de la posmodernidad: la presencia de las omisiones inconventionales.

En consecuencia, existe una *inconventionalidad por omisión* cuando habiendo una norma proveniente de una fuente externa, heterónoma, bien sea la fuente un pacto, tratado o convenio, dicha norma no se cumple, no tiene vigencia, vigor, facticidad por diversas razones que ya se explicará y en el caso de la inconventionalidad por omisión, ella ocurre cuando debiendo impulsarse una norma complementaria interna, no se desarrolla o cuando existe una sentencia convencional, esto es proveniente de un Tribunal internacional tampoco se cumple o cuando la norma reclama determinadas políticas públicas y tampoco se ha desarrollado, todos estos escenarios confluyen en identificar un universo fenoménico y que en el actual mundo globalizado lo podemos calificar como la *inconventionalidad por omisión*.

Como se podrá apreciar de esta breve introducción, si bien ya con anterioridad hemos intentado una aproximación conceptual en torno a este fenómeno (Eto Cruz, 2014) hoy avanzamos un espectro de reflexión adicional y pretendemos establecer en forma más precisa la inconventionalidad por omisión cuyas diversas tipologías o manifestaciones, son en líneas generales las que aquí esbozamos:

- a) Inconventionalidad por omisión proveniente de normas que requieren de leyes ordinarias;
- b) Inconventionalidad por omisión proveniente de cláusulas principistas que requieren del desarrollo ya no meramente declarativo sino constitutivo en los ordenamientos internos;
- c) Inconventionalidad por omisión proveniente de sentencias convencionales que no son cumplidas en los términos expuestos por la jurisdicción supranacional por parte de los Estados.
- d) Inconventionalidad por omisión proveniente de opiniones consultivas de la Corte IDH.
- e) Inconventionalidad por omisión proveniente por *mutaciones convencionales*; donde su pretendido cumplimiento o ejecución, se ve distorsionada o desnaturalizada por una interpretación perversa por parte de los Estados llamados a cumplir las normas internacionales de derechos humanos.

* * *

El presente trabajo pretende abordar un aspecto que todavía no ha sido tratado en su plenitud; se trata de la incomplitud de una importante cantidad de normas convencionales, tanto de orden regional como internacional que requieren de la *interpositio legislatoris* a fin de que alcancen una real complitud.

El tema no deja de ser particularmente atractivo y a la vez desalentador dado que existe en la doctrina importantes personalidades que han cuestionado la existencia del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión. Así por ejemplo Pérez Royo señala que este fenómeno no existe y precisa: “Cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión estamos hablando de un sentido figurado y no haciendo referencia a un fenómeno real del universo jurídico en el que nos movemos” (Perez Rollo, 1995, pp. 3501). En igual perspectiva quien ha sido el académico más demoledor que ha cuestionado la existencia de la

inconstitucionalidad por omisión es el catedrático compostelano Carlos Ruiz Miguel, quien sostiene que en realidad estamos ante un “*oxímoron dogmático*”. El planteamiento de este tema lleva a formularse la siguiente pregunta crucial: ¿Los tratados internacionales en materia de derechos humanos establecen mandatos al legislador o a otras autoridades para que impulsen determinadas políticas públicas; o estamos acaso ante una discrecionalidad del legislador o ciertamente ante un deber de legislar lo que ha sido suscrito por el Estado soberano como es el de respetar dichos tratados?.

Más allá de los planteamiento que sin tener el carácter negacionista y de la interrogante que aquí formulamos, lo que interesa es primero constatar si existe tal fenómeno, es decir si en el plano del ser, de la realidad en los Estados actuales, habiéndose suscrito un conjunto de tratados internacionales en materia de derechos humanos, existe el deber de las autoridades estatales de cumplirlas sin necesidad de una legislación complementarias.

Si hacemos una reflexión y auscultamos lo que ocurre en cualquier realidad de los estados Latinoamericanos tanto como de los países Europeos; y de otros modelos distinto al mundo occidental, podemos apreciar que no basta con que se haya suscrito un tratado y que de “buena fe” los Estado se obliguen a cumplir y es que entre el tratado y la realidad hay una compleja dinámica de *vigencias, mutaciones y desconvencionalizaciones* que llevan a afirmar que dichos instrumentos internacionales no se cumplen o se cumplen a medias o en términos distorsionados.

A partir de esta idea estimamos que el discurso y la reflexión académica debe convenir en que si existen problemas que son el incumplimiento de las clausulas convencionales y que requieren por tanto ser afrontadas por el realismo y sin prejuicios ideológicos y políticos. En lo que sigue esbozamos una aproximación que complementa anteriores trabajos que a lo largo de los años hemos venido reflexionando.

Es necesario precisar que no toda inercia del legislador o del Ejecutivo de no impulsar algún mandato proveniente bien sea de la norma constitucional o convencional sea necesario su control constitucional o convencional, el silencio puede devenir en omisión cuando el legislador tiene un deber, debe necesariamente realizarlo y no lo legisla, desencadenando silencios absolutos o relativos, bien sea a la Constitución o de los convenios internacionales; de ahí que el control debe ser cuando la inercia de la autoridad estatal desencadena un vaciamiento del contenido esencial que establece, en este caso el precepto convencional.

En líneas generales, esto es en apretada síntesis lo que pasaremos a abordar.

2. ESENCIA Y NATURALEZA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Aunque este tema de por sí no reviste mayor complicación ni complejidad, resulta con todo necesario pasar revista su abordaje conceptual, dado que a partir de esta visión, nos permitirá ubicar el contexto de su incumplimiento. De plano y para ir entrando en materia, la inconvencionalidad por omisión es exactamente el no cumplimiento de los tratados internacionales; de allí que resulta imprescindible abordar lo que en torno a ella predicen los estudiosos del Derecho Internacional Público.

En líneas generales, podemos señalar que los tratados internacionales, son también llamados pactos o convenios; y de acuerdo a lo que ha establecido el art. 2.1a) de la Convención de Viena, “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Este enunciado nos permite disgregar algunas características de la misma. Así, un tratado supone acuerdos internacionales entre Estados. Antes de la Convención de Viena se consideraba a las organizaciones internacionales; a la postre, estas entidades hoy están excluidas⁶. Un problema que puede presentarse en la dinámica del derecho internacional es si acaso los Estados que detentan estructuras complejas, como pueden ser por ejemplo los regímenes federales, o como en el caso de España, las comunidades autonómicas; o de los Estados regionales como Italia, dichos entes territoriales pueden suscribir tratados con otras unidades estatales. En torno a ello, la jurisprudencia y, sobre todo, las constituciones internas de cada Estado son la que definen si tienen dichas potestades. Adicionalmente es claro que todo tratado debe tener como característica que su celebración sea por escrito, ello descarta la posibilidad de que haya algún acuerdo verbal, lo escriturario indica la garantía de su expresa taxatividad de lo que allí se acuerda y conviene. Por otro lado, el enunciado que predica la Convención de Viena es que los acuerdos que contienen los tratados, son suscritos por Estados regidos por el derecho internacional. Esto significa que no pueden existir tratados cuya fuente de obligación dimanen del ordenamiento interno de un país. En torno a este aspecto, el profesor José Pastor ha planteado el problema si un tratado sólo debería considerarse como tal, si producía efectos jurídicos o creaba derechos y obligaciones. Precisa el profesor Pastor: “Se intentaba así excluir del concepto de tratado a las declaraciones de principios, comunicados o acuerdos entre caballeros (*gentlemen 's agreements*)” (Pastor Ridruejo, 2011, p. 90-91). No obstante esta preocupación, ella es desechable, y lo expresa el mismo académico: “la producción de efectos jurídicos o creación de derechos y obligaciones está implícita en la frase “regidos por el Derecho Internacional” (Pastor Ridruejo, 2011, p. 91). Los tratados son acuerdos entre Estados, y dichos acuerdos bilaterales, o multilaterales como son respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son expresas voluntades donde se generan derechos y

⁶ **Art. 3.- Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención.** El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectara: a). al valor jurídico de tales acuerdos; b). a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención; c). a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

obligaciones entre las partes que suscriben y se obligan a ello. Los tratados, por ende, no son meras voluntades declarativas, ni mucho menos lógicas o de buenas intenciones sin efectos prácticos.

Por otro lado, antes de que se emitiera la Convención de Viena, en los usos y costumbres del derecho internacional se mantenía la distinción entre tratados que correspondían a una de las partes y “*acuerdos en forma simplificada*” de la otra parte. Hoy esta postura está vadeada y la Convención de Viena ha prescindido de estas antiguas prácticas y hoy sostiene la conceptualización arriba ya mencionada.

Lo que interesa aquí destacar es si acaso basta con que se haya suscrito un tratado entre estados para que de por sí en el imperio del ordenamiento interno se ejecute y cumpla en los términos celebrados por dichos tratados; aunque de primera intención diera la impresión que todo tratado ya no exige que los Estados que lo han suscritos, requieran *a posteriori* de leyes internas que lleven a desarrollar algunas cláusulas proveniente de dichos tratados. En efecto, un tratado constituye una voluntad bajo el marco de la soberanía de cada Estado en donde se acuerda suscribir alguna materia que se encuentra regida por el derecho internacional; tales acuerdos constituyen la *voluntad soberana* de los Estados y se rigen por los principios y prácticas de la costumbre y la jurisprudencia del Derecho Internacional.

Sin embargo, existen muchos tratados que en materia de derechos humanos no se cumplen, no se ejecutan, es decir no son desarrollados en los respectivos ordenamientos internos, no porque haya leyes que las implementen sino porque la dinámica y los factores que posibilitan la vigencia de dichos derechos fundamentales, no son garantizados por diversos factores de orden político, social, cultural, económico entre otros. Es en este contexto en donde aparece este fenómeno jurídico que, como ya se ha sostenido, aún no ha sido tratado en los marcos del derecho internacional público, pero que constituye un escenario no pacífico sino ciertamente conflictivo; nos referimos al cumplimiento de dichos tratados que regulan los derechos humanos como fuente externa o heterónoma.

Otro de los temas que cabe aquí abordar es si la vigencia de los derechos humanos por los tratados internacionales pueden ser desencadenados por la interpretación que entorno a ella se impulse.

El tema de la interpretación de los tratados, no puede ser homologada su metodología interpretativa a partir de la simple interpretación jurídica; ello porque quienes son los llamados a establecer la interpretación de los derechos humanos son los Tribunales Internacionales que va a tener una bis expansiva en los ordenamientos internos de los Estados que lo han suscrito.

Con todo, bien cabe precisar que interpretar supone asignarle un sentido a la norma en este caso como anota el profesor Cesar Moyano Bonilla siguiendo la línea que aquí hemos esbozado sostiene que “*la interpretación de un tratado debe entenderse como la reflexión o el razonamiento que se hace para determinar su sentido*” (Moyano Bonilla, 1985, p. 25).

La interpretación de los tratados internacionales trae una controversia que resulta relevante en el presente trabajo y es el relacionado a los *efectos de las sentencias* que suponen la interpretación de un tratado en materia de derechos humanos. Sin lugar a dudas, la interpretación que en torno a ella hagan las altas cortes internacionales -latinoamericanas o europeas, por ejemplo- vinculan a los estados partes; de allí que la esencia de un tratado internacional, cualquiera sea su naturaleza, es de cumplimiento en los estados signatarios que lo han suscrito. Si esto es así, por tanto, cabe formularse cómo es que, debiendo cumplirse y ejecutarse lo que un tratado ordena, en los hechos ello no ocurre. Es probable que más fácil sea que se

cumplan tratados de libre comercio que los tratados de derechos humanos. Evidentemente es aquí donde se presenta el incumplimiento de los tratados, o de sus interpretaciones que en torno a ella se han hecho, y surge por tanto esta patología que en vía de omisión se genera el fenómeno de la inconventionalidad.

Una interpretación en contra de la obligación de ejecutar o aplicar los tratados por parte de los Estado no existe, desde que se configuró la Sociedad de las Naciones; y luego las Naciones Unidas, el derecho internacional no reconoce frente a los estados anteponer su ordenamiento interno; y aunque en algún momento se reconocían determinados “derechos fundamentales de los Estados”, ello epistémicamente no tienen los atribuibles a las personas, como libertades y derechos fundamentales; lo que más bien el derecho internacional sí reconoce son los siguientes derechos: i) el respeto de la independencia política; ii) el respeto de la supremacía territorial; iii) el respeto al honor; y iv) el derecho fundamental de comunicaciones (Verdross, 1964, pp. 208-222). Todo ello dentro de los marcos de la soberanía y libre autodeterminación de los pueblos.

3. UN REINVENTO CONTEMPORÁNEO: EL SALTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN A LA INCONVENTIONALIDAD POR OMISIÓN

Bien podríamos señalar que las omisiones inconventionales constituyen un *reinvento* del derecho constitucional y, sobre todo, del derecho procesal constitucional en los tiempos contemporáneos, dado que es mucho más complejo evidenciar la violación expresa de las normas convencionales en vía de omisión. Las autoridades estatales normalmente son emplazadas a través de los contenciosos en la Corte Interamericana cuando se produce alguna conducta por acción, normalmente a través de leyes y de sentencias que contravienen al derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la conducta del grueso de los estados contemporáneos es por el silencio o el nulo desarrollo que exige en este caso la Convención Americana de impulsar mediante leyes o de actos de políticas públicas el desarrollo efectivo de lo que establecen estas normas convencionales; en este estado de cosas es que el escenario y el replanteamiento contemporáneo como reto es enfrentar, desde otro enfoque y perspectiva, estos complejos fenómenos patológicos de afectación a la eficacia del derecho internacional de los derechos humanos. En suma, es probable que desde el escenario de la Constitución convencionalizada⁷, en su reinterpretación se ha generado este reinvento por parte de la jurisdicción constitucional latinoamericana en calificar las omisiones inconventionales como una forma grave de violación ya no solo a los derechos fundamentales sustentados en las normas constitucionales sino a los derechos humanos sustentados en los tratados internacionales. Estos hechos y estas conductas provenientes de las autoridades gubernamentales en el interior de los estados, ha permitido, por tanto que se produzca un *salto cualitativo*; y este salto se ha constituido dentro de una *evolución diacrónica* en torno a cómo debe configurarse la teoría de los controles frente al poder. Desde los albores del constitucionalismo clásico hasta la experiencia de la Segunda Guerra Mundial en el siglo XX, solo se ha venido desarrollando el control constitucional a través de sus propios mecanismos internos que le dota la Constitución a las jurisdicciones constitucionales nacionales. Y así se podía observar que esta forma de manifestar violaciones no solamente eran por vía de conductas positivas, generadas por ejemplo en la producción de leyes contrarias a los textos constitucionales; paralelo a ello, también empezó desde la década de los setenta a gestarse en los orígenes en la antigua constitución de la ex Yugoslavia, una inusual forma de controlar el pasivo del Estado

⁷ Vid. Sagüés Pedro, Néstor (2014). “Constitución Convencionalizada”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (Coordinadores): *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2 tomos, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. Pp. 186-189.

cuando no impulsaba o no desarrollaba a partir del testamento histórico del poder constituyente, las leyes que requerían y convenían para la vigencia efectiva de la norma constitucional. Después de este extraordinario paso, en donde se concibe el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión y que a la fecha ya se encuentran en diversos sistemas constitucionales previstos; en otros casos, su reconocimiento se ha hecho por vía jurisprudencial⁸.

Al margen de que se encuentre positivado en diversas constituciones y en otras por vía de decisiones jurisdiccionales, se ha producido, efectivamente, después del reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión, otro salto cualitativo en controlar, ya no desde la perspectiva interna la omisión, por lo general de la falta de desarrollo de diversos derechos fundamentales, sino más bien, el concepto interno del derecho fundamental o del derecho constitucional o los derechos con relevancia constitucional que no eran desarrollados por leyes ordinarias; o el no desarrollo del reconocimiento de determinados derechos a ciertas instituciones o a personas jurídicas que no podían exigir su cumplimiento por la falta de una ley que complementa lo que prescribía la Constitución, en este contexto es que se ubica dentro de una evolución diacrónica y no sincrónica; esto es, surge en el marco de lo que es el desarrollo del control de convencionalidad un mecanismo que aunque ha estado subyacente en su implícitud de reconocimiento, hoy ya podemos señalar que puede irse ampliando el espectro de su expansión en todos los países de la región latinoamericana y de Europa su efectivo control porque de ordinario, y acaso podríamos decir como regla, los estados precisamente evitan desarrollar líneas programáticas del derecho internacional de los derechos humanos porque ello puede significar una exigencia de naturaleza presupuestal o económica dado que muchos de estos derechos son básicamente *prestacionales*. Probablemente se puede formular presuntas críticas a la configuración del control de las omisiones inconvencionales y una de ellas es la libre discrecionalidad y la libre autodeterminación de los pueblos en el marco de su soberanía para decir en qué momento consolida lo que el Estado precisamente ha suscrito. Sin embargo somos de la opinión de que la propia jurisprudencia y las reglas que impone el derecho internacional público radica en el *principio de buena fe* por un lado y el *principio pacta sunt servanda* por otro; ambas bases confluyen como vigas para la exigibilidad de los tratados internacionales que han suscrito los estados en el marco de su soberanía. Siendo esto así, no cabe duda de que al estar sin cuestionamiento la ejecución de las cláusulas de un tratado, corresponde que ella se cumpla, se exija. Al no ocurrir ello o dicho de otro modo, la autoridad estatal, al no simplemente actuar, sino que al ocurrir una omisión legislativa de relevancia convencional, surge el fenómeno concreto de la inconvencionalidad por omisión y su imperativo control.

4. DIFERENCIAS ENTRE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN E INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

Interesa aquí, decantar estos conceptos como categorías de los fenómenos que se presentan en la dinámica constitucional de los Estados constitucionales contemporáneos. Por principio, la normalidad del que

⁸ Vid. Fernández Rodríguez, José Julio (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, Fernández Segado, Francisco (2009). *La Justicia Constitucional: Una visión de derecho comparado. Tomo I. Los Sistemas De Justicia Constitucional. Las "Dissenting Opinions". El Control De Las Omisiones Legislativas. El Control De "Comunitariedad"*, Dykinson, Madrid y Bazán, Víctor (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá, Konrad Adenauer.

hablaba Herman Heller⁹ puede significar un estado de cosas que no siempre es fruto de una normatividad; esto es, entre lo que establece el mundo jurídico, para nuestro caso expresado en los Estados internos a través del bloque de constitucionalidad y a nivel de la comunidad internacional por los tratados que se rigen por el Derecho Internacional Público, no siempre el paradigma del iluminismo o racionalismo se va a cumplir como pretende la norma; pues, entre la norma y la realidad se presenta una *tensión* que se va a manifestar en el mundo de la sociología, a través de las *vigencias*, *mutaciones* y hasta *desconstitucionalizaciones* (Lucas Verdú, 2016, pp. 438), y todas ellas bajo complejos factores externos que condicionan y posibilitan o no, la vigencia tanto de las normas constitucionales como de las normas convencionales. Aclarado este aspecto, resulta preciso hacer en ruta paralela las cercanías y diferencias de ambos conceptos o categorías. En efecto, bien podríamos como comunes denominadores, encontrar orillas en la que coinciden las omisiones inconstitucionales e inconvencionales y así pasaremos breve revista entre las coincidencias y los desencuentros en ambos conceptos.

Las coincidencias o características propias de la inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión:

- a) En primer lugar, ambas características conceptuales identifican una *inercia* proveniente de conductas estatales que se identifican por la actitud renuente, contumaz, omisiva; esto es, hay un *ocio* del legislador ordinario como *poder constituido* en no desarrollar lo que proclaman y establecen las cláusulas bien sea del ámbito constitucional o del ámbito convencional; no interesa si esa omisión es dolosa o culposa; por tanto, hay aquí un presupuesto común: el *incumplimiento de un deber* –constitucional y convencional- *de legislar*. La doctrina igualmente advierte que no “cualquier” omisión del bloque de constitucionalidad o de convencionalidad, da lugar al fenómeno que nos ocupa; de lo contrario, se banaliza esta figura o categoría jurídica; ello sólo ocurre cuando el deber es claro y terminante: hay una imperiosa necesidad de legislar por expreso mandato de la norma constitucional y convencional. En ambos casos, el control de la inconstitucionalidad o inconvencionalidad por omisión pasa por la *constatación* de un mandato de ambas fuentes normativas.

- b) Igualmente, se trata de dos tipos de fuentes donde concurre el *deber de legislar* de ambos bloques normativos, una como *bloque de constitucionalidad* y otra como *bloque de convencionalidad*, en las que se genera el deber de legislar que requieren en muchas de ellas, el desarrollo *a posteriori*, bien sea de leyes o *desarrollo de políticas públicas* con el fin de que las declaraciones normativas tengan una vigencia sociológica; esto es se internalicen y se apliquen, o dicho en otras palabras, que tengan facticidad en el mundo del ser y de la realidad. Se parte obviamente de la tesis de que las normas jurídicas se producen para que se ordene y cumpla algo; y con mayor relevancia, tratándose de las declaraciones constitucionales y convencionales que deben vivenciar al tener su propio impulso, no solo de sus propias cláusulas *autoaplicativas*, sino de muchas normas que

⁹ Destaca Heller que: “El Estado es una forma organizada de vida cuya constitución se caracteriza no solo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos. Heller, Herman (1981). *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 269.

son *cláusulas programáticas*, estando ellas condicionadas a otras cláusulas que coadyuven su vigencia; esta característica de las fuentes que expresan el deber de legislar, tiene en común que, en su estructura normativa, sus cláusulas son por lo general de naturaleza programática. En el campo de los que han abordado el tema de la inconstitucionalidad por omisión, han señalado que “sólo hay omisión del legislador cuando éste no dicta las normas necesarias para la concreción de las normas constitucionales no exigibles por sí mismas” (Fernández Segado, 2009, p. 612) esta postura, desde luego es de suyo restrictiva, y de una apreciación formal; nosotros estimamos que es necesario asumir una concepción radicalmente distinta; y ello significa que tanto la inconstitucionalidad como la inconvencionalidad por omisión no es un problema de mera producción legislativa, como obligación constitucional o convencional, sino un problema material. Por lo pronto, Gomes Canotilho citado aquí por Francisco Fernández Segado sostiene que “una fuente del deber de legislar puede encontrarse en aquellas normas carentes de suficiente densidad normativa para poder convertirse en inmediatamente aplicables por sí solas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de otorgarles aplicabilidad práctica, supuesto que adquiere plena autonomía cuando las normas en cuestión no pueden reconducirse a las categorías normativas” (Fernández Segado, 2009, p. 613.). Hay, por tanto, en ambas categorías conceptuales, un mandato constitucional y convencional de legislar; debiendo matizarse que, en el caso de la inconvencionalidad por omisión, el grueso de sus normas no tienen el *hándicap* de las normas constitucionales que pueden ser distinguidas en operativas, programáticas y declarativas (Eto Cruz, 2013, p. 72 y ss.) y ello se evidencia dado que la estructura de los tratados, y con más razón si son reguladores de derechos humanos, su estructura morfológica y sus enunciado lingüístico por lo general son *afirmaciones principistas*; y precisamente por ello, el fenómeno omisivo resulta más complejo, porque no se va a encontrar expresas cláusulas de naturaleza programática. Bien podría irse decantando aquí, aunque más resultaría una diferencia en ambos fenómenos omisivos, en tanto el deber convencional de legislar radicaría en el *deber de protección de los derechos humanos*, en tanto constituye el cimiento de valores y principios que caracterizan a la civilización contemporánea de un Estado constitucional, en tanto en la omisión inconvencional fundamentalmente radica en un deber de legislar y cuya relevancia se centra en identificar que, al no producirse la norma inexistente, se genera una inconstitucionalidad.

- c) Otra coincidencia en ambas cláusulas normativas es la simetría de que muchas normas que no son desarrolladas a nivel constitucional, van a tener impacto en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; igual ocurre con las cláusulas convencionales cuya omisión o falta de desarrollo, todas sin excepción desencadenan violaciones a los derechos humanos. Planteado así las cosas, tanto los derechos fundamentales equivalen a los derechos humanos y, por tanto hay aquí un punto de encuentro y de equivalencia¹⁰.

¹⁰ Vid. Peces-Barba Martínez, Gregorio (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III. Boletín Oficial Del Estado, Madrid, pp. 21 y ss; Perez Luño, Antonio Enrique (2005). *Derechos Humanos, Estado de derecho y*

- d) Las omisiones inconstitucionales como inconventionales desencadenan en el ordenamiento interno, *actos lesivos*, y en el ordenamiento internacional, violaciones a los derechos humanos. Los sujetos afectados por la omisión constitucional resultan ser sujetos pasivos o agraviados por la inercia del legislador; en cambio la omisión inconventional genera *víctimas* y como tal sujeto del derecho internacional público.
- e) La inconstitucionalidad y la inconventionalidad por omisión tienen en común el *transcurso de un período razonable de tiempo*. Esto significa, como ha sostenido Jorge Miranda, que hay un juicio sobre el tiempo; tiempo razonable y prudente donde debió dictarse la norma requerida. Hay aquí, como llama Miguel Carbonell, una búsqueda de las normas ausentes (Carbonell, 2007); pero no se encuentran porque no existen. Desde luego, algunas diferencias muy sutiles pueden presentarse, pues mientras las cláusulas constitucionales, su juicio por omisión supone la constatación de un tiempo sin que se produzca la norma legislativa que complementa su vigencia, en las cláusulas convencionales, su esencia radica en que la temporalidad está en función no al régimen de un poder constituido que cumpla lo que ha dispuesto el poder constituyente; sino que se trata de la *persona jurídica* que es el Estado el que se obligue a cumplir los tratados como sujeto del Derecho Internacional de dicho convenio.
- f) Estas omisiones como expresión patológica de la *dinámica constitucional y convencional*, cuentan con determinados antidotos que son los controles o remedios procesales. Así, frente a la inconstitucionalidad por omisión, existen los procesos de amparo o los procesos de tutela o procesos de cumplimiento o mandato de injunción; en la inconventionalidad por omisión si bien no existe el antidoto convencional, pueden utilizarse los mismos procesos de amparo, de acción de tutela, de cumplimiento, de mandato de injunción, entre otros. Es decir, ambas manifestaciones de omisiones cuentan con remedios propios de la jurisdicción constitucional.

Por otro lado, dentro del marco de estas coincidencias, podemos establecer igualmente ciertas diferencias, que en forma breve y enunciativa aquí precisamos:

- g) La inconstitucionalidad por omisión puede girar en torno al no desarrollo legislativo de alguna cláusula programática de exigencia o imperativo constitucional, *no siempre*

Constitución, Novena edición, Tecnos, Madrid, pp. 31-53; Eto Cruz, Gerardo (2018). *El amparo. Los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el proceso de amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, pp. 44 y ss.

sobre el desarrollo de algún derecho fundamental; en la inconventionalidad por omisión, gira como centro de gravitación, en el respeto al cumplimiento de algún derecho humano.

- h) La inconventionalidad por omisión siempre será sobre la sustracción de no coadyuvar en afirmar la vigencia de algún derecho convencional. Es obvio que los derechos fundamentales mientras se ven igualmente regulado homológicamente en el sistema de fuentes por los tratados internacionales coinciden excepcionalmente en dos vertientes sobre lo mismo: la presencia de una inconstitucionalidad por omisión y a la vez de una inconventionalidad por omisión. Sin embargo los antidotos son diferentes: en la inconventionalidad por omisión su declaratoria puede provenir del control de convencionalidad ejercida por la Corte IDH; y en su defecto, por el control difuso de convencionalidad. Sin embargo, este mecanismo normalmente gira en desaplicar normas o sentencias que no compatibilizan con el bloque de convencionalidad; por lo que le corresponde a los jueces latinoamericanos una heroica creación de mecanismos para que vía este control difuso, puede desaplicarse alguna situación que esté afectando a alguna parte, por la inercia del legislador en no haber desarrollado la norma faltante que reclama la norma convencional.

5. NO TODA DECLARACIÓN DE UNA INCONVENTIONALIDAD POR OMISIÓN PRESUPONE COMO EFECTO UNA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. -

Aunque de nuestra parte ya hemos hecho algunos deslindes epistémicos en torno al concepto de inconventionalidad por omisión, queda por redondear algunas ideas que permanecen grises en esta problemática.

No siempre la declaratoria o la resolución de una omisión inconventional, sea total o parcial; o sea en su manifestación abstracta o concreta, presupone, a su vez, que ella alcance a que sea igualmente homologada con una inconstitucionalidad por omisión. En efecto, normalmente la inconstitucionalidad por omisión se manifiesta en estas vigas que identifican y caracterizan a los fenómenos de la inconstitucionalidad por omisión ^{(Fernandez Segado, 2009, pp. 608 – 635).}

- a) Que exista el incumplimiento de un deber constitucional de legislar;
- b) Que exista concretamente las fuentes del deber de legislar;
- c) Que haya transcurrido un periodo razonable de tiempo sin haberse impulsado su desarrollo legislativo;
- d) Que la conducta omisiva o el ocio del legislador sea intencional o no, pero que con ello se genere omisiones o lagunas; y finalmente
- e) Al existir un nulo desarrollo de las cláusulas constitucionales, se manifieste en términos objetivos y concretos, la violación al texto constitucional.

Efectivamente, el control convencional de sus omisiones solo gira y se centra en la constatación expresa de alguna cláusula sustentada en algún tratado del derecho internacional humanitario en cuyo

ordenamiento interno formalmente se encuentra válido, pero no vigente; y ello en virtud a que no se ha dispuesto por el Estado la política legislativa o política pública o alguna actuación estatal interna, siendo que la violación es no solo por omitir el deber de legislar, sino que dicha omisión desencadena fácticamente una expresa violación a algún contenido de un derecho humano.

Así las cosas, aunque está subyacente y a veces concurrente, una constatación de una inconstitucionalidad por omisión que puede homologarse a su símil la inconventionalidad por omisión, ya en líneas más arriba, se han establecido claramente las coincidencias o cercanías y sus diferencias.

6. LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES (TIPOLOGÍAS) DE LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN. -

Si bien ya se ha delimitado conceptualmente que el objeto de la inconventionalidad por omisión es la renuencia del legislador o de las diversas autoridades internas de un Estado en no cumplir, desde sus distintas competencias y atribuciones el impulso y desarrollo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para que puede existir una verdadera vigencia plena y ella ostente una legitimidad en un Estado Constitucional; bien se puede, en consecuencia, señalar que la omisión inconventional constituye una *patología silenciosa* que desencadena una violación a la norma, dado que ella exige imperativamente que sea, a su vez, desarrollada o complementada por el ordenamiento interno de cada Estado.

De nuestra parte, consideramos que existen diversas manifestaciones de estas omisiones de naturaleza inconventional y que son distintas a las que provienen de su homóloga figura, la inconstitucionalidad por omisión, de la cual ya hemos abordado en otros trabajos¹¹.

Pasaremos pues a establecer una suerte de tipología o clases de inconventionalidad por omisión y que apenas podríamos señalar que constituye un esbozo para futuros y más reflexivos trabajos sobre esta materia, dado que el estado actual de su reflexión aún es parca por su ubicación dentro de los escenarios de la posmodernidad e hipermodernidad.

6.1. INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN PROVENIENTE DE NORMAS QUE REQUIEREN DE LEYES ORDINARIAS. -

Una manifestación concreta de cómo se presenta este fenómeno omisivo, en donde se puede apreciar el nulo cumplimiento del llamado bloque de convencionalidad es en torno a aquellos tratados, pactos o convenios que aunque en su enunciado normativo constituyen *cláusulas autoaplicativas*; ello sin embargo, no impide reconocer que existen muchos tratados que no basta con que se haya incorporado

¹¹ Aparte del trabajo al alimón que formuláramos hace ya varios años (Vid. Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo (2004). *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado*. Fundap, Querétaro). pueden verse los siguientes trabajos complementarios nuestros: El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial; “La Inconventionalidad por omisión (2014). Una aproximación conceptual”. En *Libro de ponencias V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*, Lima; “Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos”, en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. Cuarta Época, vol 1, núm. 16 Segundo semestre 2015, esta ponencia fue sustentada igualmente en el: *XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Desafíos del Constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*. Blume Fortini, Ernesto (coordinador) (2018), Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.

dentro de la teoría dualista, para que entre a ser fuente de un ordenamiento interno, pese a que se trata de una fuente heterónoma del Derecho Internacional Público. Estas cláusulas contenidas en dichos tratados son, ciertamente, normas de naturaleza programática, y aunque basta con ella para que su contenido y enunciado sea acatada y cumplida; sin embargo, en el plano de la realidad sociológica o de su vigencia, requiere el impulso de las autoridades estatales para que emitan leyes que *complementen* la norma internacional recepcionada.

En otras palabras, encontramos aquí una manifestación clave de muchas normas reguladoras de Derechos Humanos que no van a tener vigencia práctica, pese a su recepción, porque pasa por el baremo de que el legislador o las autoridades competentes respectivas de esos Estados deben crear leyes complementarias a dichos tratados; la pregunta en todo caso que surge es ¿cuáles son este tipo de tratados que desencadenan una inconvencionalidad por omisión? La respuesta es clara y tajante. Se trata de la mayoría de tratados provenientes de los *derechos humanos de la segunda generación* y que en terminología de la UNESCO son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aluden fundamentalmente a la salud, vivienda, cultura, deporte, educación. Si encontramos una serie de tratados con sus protocolos adicionales, se podrá observar que el grueso de esos tratados no satisface su sola regulación suscrita por el Estado signatario, sino que dichas normas internacionales esperan y requieren que las autoridades estatales complementen a través de leyes y acaso de políticas públicas que ofrezcan los diversos y heterodoxos derechos prestacionales que claman y reclaman dichos tratados. Tampoco podemos señalar que, respecto al valor jurídico de estas declaraciones, como es en este caso el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC) constituyan lo que la doctrina califica como *derecho blando*, tal como fuera calificado en su momento la Declaración Universal de Derechos Humanos; más allá de esta discusión, resulta clave poder observar lo que establece el artículo 2 del PIDESC. Este tipo de normas, si bien tienen ciertas condiciones de progresividad, aluden entre otros aspectos a “adopción de medidas legislativas” y como precisa la profesora Adelina Loianno “parece sugerir que la principal obligación del Estado es crear normas jurídicas que garanticen estos derechos, en tanto su concreta efectividad quedaría sujeta a la voluntad de quienes gobiernan, al ser los que disponen las inversiones y elaboran los presupuestos” (Loianno, 2016, p. 385 – 389).

Enfocado así este planteamiento, podemos señalar que esta es una de las primeras y típicas manifestaciones de omisión inconvencional en donde dicha norma internacional, por el fraseo y redacción, muchas veces *condicionante*, requiere del esfuerzo del Estado soberano para que, con una *voluntad política*, pueda cumplir dichas cláusulas programáticas que ostentan los diversos tratados de los derechos económicos, sociales y culturales. Es probablemente el mayor centro de gravitación de la inconvencionalidad por omisión este tipo de cláusulas programáticas que, aunque regulen diversos derechos prestacionales, con la sola suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se van a cumplir. La estructura implícita de la naturaleza programática de estas normas se identifica cuando se observa en la redacción, expresiones condicionantes como:

“Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr

progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

Rodea como otro factor complementario su naturaleza *metajurídica* y acaso condicionante de su vigencia. En efecto, nos referimos a los niveles de ingreso del PBI, a la capacidad receptora de los tributos que generan los agentes económicos de cada Estado y de la forma en cómo se redistribuye las políticas económicas llamadas a satisfacer estos derechos de necesidades básicas, empezando por la salud, la alimentación, la vivienda, el trabajo la educación que, al fin y al cabo, son fines consustanciales de un Estado que aquí no calificamos de “bienestar” sino de fines esenciales que las autoridades responsables deben llevar a cabo.

Delineado el espectro aquí descrito, bien podemos llegar a la conclusión de que nos encontramos con una singular tipología de inconventionalidad por omisión cuando los tratados internacionales en materia de derechos humanos sin que lo proclamen ni lo enuncien, siempre se necesitará de diversas leyes que la complementen e impulsen, y por otro lado, de las políticas públicas que fundamentalmente el Ejecutivo como ente que administra las *res pública*, pueda en términos transversales ejercer una gobernabilidad que permita mínimamente satisfacer las aludidas necesidades que proclaman estos tratados de la segunda generación (Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, 2017, pp. 23 y ss.). No cabe duda que los derechos de esta segunda generación, constituyen la gran base para que se defina un Estado de democracia en donde los derechos sociales no sean proclamados líricamente en estupendas cláusulas constitucionales y que, a su vez, se encuentren deificadas con el bloque de convencionalidad. Aunque la Corte IDH, no ha emitido una cuantiosa producción de control de convencionalidad sobre su vigencia prestacional por parte de los Estados, siempre se sigue insistiendo en que exista una aplicación más efectiva de los derechos sociales (Grote, 2011, pp. 129 y ss.)

6.2. Inconventionalidad por omisión proveniente de cláusulas principistas que requieren del desarrollo ya no meramente declarativo sino constitutivo en los ordenamientos internos.-

Esta tipología de inconventionalidad por omisión proviene y la desencadena la naturaleza jurídica de las cláusulas que contienen los tratados, pactos y convenios. Si se aprecia en la estructura morfológica interna de los tratado, muchas normas se establecen con un fraseo de naturaleza principista, es decir, establecen declaraciones de principios como una forma de afirmar su exigencia y su obligatoriedad por el Estado que ha suscrito dicho tratado; obsérvese aquí que ya no se trata de las diversas cláusulas relativas a temas de trabajo, salario, salud, vivienda, educación, sino que muchas de ellas pueden ser, precisamente del mismo

contenido sustantivo pero que por su técnica de redacción, tienen una estructura morfológica de *norma-principio*. Y en tal sentido, la inconventionalidad en este caso se genera porque los Estados virtualmente lo toman como simples cláusulas declarativas, sin efectos prácticos, convirtiéndose, a la postre, en vitrinas declarativas que forman y adornan los grandes monumentos internacionales pero que ninguno de los Estados cumple a cabalidad. En este contexto, tanto los bloques regionales de convencionalidad (OEA) como los bloques universales (ONU), están conformados por una larga lista de tratados internacionales que, por su naturaleza principista, efectivamente constituyen una proclama en la que más bien se presenta como un deber, no solamente jurídico, sino de *orden moral* que tienen las comunidades internacionales de los Estados, con miras a que se afirme una paz y convivencia dentro de una base de bienestar general mínimo en donde se afirme y consolide el sentido de la dignidad humana.

Reconocemos que esta tipología que aquí esbozamos, resulta ciertamente compleja la forma en que puede el control de constitucionalidad y de convencionalidad enfrentarla; y los antídotos y remedios de naturaleza procesal que tienen las jurisdicciones constitucionales, como las jurisdicciones convencionales, pueden ser débiles dado que subyace en estas obligaciones convencionales un gran margen de discrecionalidad nacional su cumplimiento; y ello porque las políticas públicas, similar a la anterior tipología, dependen muchas veces de las políticas económicas cuya retroalimentación pasa necesariamente por el flujo económico de los contribuyentes cuyos tributos permiten la redistribución del Estado frente a la sociedad. Sin embargo, no cabe aquí replicar que en torno a su control, se argumente un “*margen de apreciación nacional*”, pues este mecanismo más bien es una lógica de discrecionalidad que tienen los Estados para evadir sus responsabilidades; siendo más bien necesario que este tipo de control convencional frente a sus cláusulas por omisión, afirme una cultura de los derechos. (García Roca, 2014, p. 901)

Con todo, pese a cierta debilidad práctica, estimamos que sí hay una omisión inconventional y con mayor razón cuando la estructura de las cláusulas de los tratados, pactos o convenios afirman y proclaman deberes jurídicos que se trocan con *obligaciones morales*; o dicho en otras palabras, se trata de declaraciones que la comunidad internacional ha realizado a nivel moral, sustentada en reglas jurídicas; y más allá de esta dicotomía de exigibilidad, consideramos que prima más el deber jurídico de las autoridades estatales aunque ella tenga un sustento y obligación moral; si pasáramos revista a este tipo de tratados, pactos o convenios, podemos identificar a los derechos humanos de la primera generación, es decir a los derechos civiles y políticos, en la que muchas veces no solo se trata del eufemismo en la que el Estado debe abstenerse en entrometerse en las libertades y derechos que tienen las personas, sino que muchos de estos derechos requieren necesariamente de diversas y complejas políticas públicas con miras a afirmar estos derechos de la primera ola o de la primera generación.

Siguiendo la línea anterior, es evidente y providencial lo que prescribe igualmente el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De la transcripción se podrá apreciar igualmente, que aún en los derechos no prestacionales, y en donde se le exige al Estado una abstención, a fin de que las personas puedan ejercer libremente sus libertades y derechos, puede con su actitud omisiva, precisamente desencadenar violaciones relevantes por vía de omisión a muchos derechos de la primera generación. Por ejemplo, uno de los protocolos adicionales a la Convención Americana mantienen la fórmula de que los Estado partes deben “complementar la vigencia de la Convención Americana con leyes de orden interno”, así tenemos, por ejemplo: Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas.

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

6.3. Inconvencionalidad por omisión proveniente de sentencias convencionales que no son cumplidas en los términos expuestos por la jurisdicción supranacional por parte de los Estados.-

Nos encontramos aquí con otra tipología de omisión inconvencional, con la característica de que el parámetro del incumplimiento ya no proviene exactamente de las cláusulas de los tratados regionales o mundiales que regulan a los derechos humanos, sino de la decisiones y sentencias que han emitido tanto la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como igual puede ser para la comunidad Europea, los fallos y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esta inconventionalidad requiere un breve marco explicativo. Actualmente el llamado bloque de convencionalidad se encuentra conformado precisamente por un bloque, es decir, de un conjunto de normas de distinta naturaleza.

En otra oportunidad hemos distinguido que existen dos clases de bloque de convencionalidad: el Internacional y el Regional. En lo que respecta al bloque regional, ella está conformada por lo siguiente: La Convención Americana de Derechos Humanos + sus “protocolos adicionales” + las diversas Convenciones Interamericana + los fallos (cosa juzgada convencional) de la Corte IDH. Los jueces de América Latina bajo este escenario hoy no sólo deben ser conscientes, como ha señalado la Corte IDH que sus fallos deben estar sujetos al imperio de la ley:

Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹². (CORTE IDH, 2010, FOJA 225)

En el marco de estos escenarios, no cabe duda que la omisión o el no acatamiento de los fallos o decisiones que emite la Corte IDH también constituye una inconventionalidad por omisión, dado que las sentencias convencionales forman parte de la cosa *juzgada convencional* y como consecuencia de ello, de la *cosa convencional interpretada*, categorías que son indesligables.

“Respecto a esta omisión inconventional debemos señalar cuándo estamos ante una *cosa juzgada convencional*. Sobre el particular, ya en otros trabajos nos hemos pronunciado en torno a esta problemática y que aquí nuevamente retornamos” (Eto Cruz, 2019, pp. 265 y ss.)

La cosa juzgada convencional, por principio no ha sido calificada como tal por la propia Corte IDH y algunos autores a los fallos simplemente los califican como “cosa juzgada internacional”. No obstante, bien somos de la opinión que la resolución o fallo emitido por el Tribunal Interamericano aplicando el *corpus iuris convencional* constituye ciertamente una cosa juzgada convencional y que bien puede describirse como aquella resolución emanada por un tribunal internacional o de jurisdicción supranacional que resuelve una controversia de un Estado a la cual se le imputa la violación de algún derecho sustentado en el bloque de convencionalidad; esto es, en la Convención Americana más sus tratados adicionales y la propia jurisprudencia convencional. Lo característico de esta cosa juzgada es que constituye a la vez una *cosa juzgada interpretada* no de las normas de un ordenamiento jurídico sino de los tratados que regulan el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de verificar si dicho bloque convencional

¹² Vid. los casos de la Corte IDH: Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, F.J. 225. En el mismo sentido: Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

se ha visto menoscabado por las normas internas del Estado emplazado. Adicional a ello, el fallo expedido por la Corte IDH vincula prima facie al Estado emplazado o condenado a realizar las reparaciones respectivas; pero a la vez los efectos de esta cosa juzgada se extienden a todos los países signatarios integrantes del sistema regional de derechos humanos. Es cierto, por otro lado, que la cosa juzgada convencional no puede en modo alguno comportarse análogamente con la cosa juzgada clásica o la constitucional, pues en ambas el objeto radica en el pedido y la causa de pedir, “donde el primero es representado tanto por el pronunciamiento requerido como por el derecho por el cual se busca la tutela, mientras que el segundo elemento es representado por el hecho o el derecho presentado como fundamento del pedido” (Machado Martins, 2017, pp. 216 y ss.). En suma, el objeto de la cosa juzgada será siempre el *petitum* y de la *causa petendi*, donde se reconoce el pedido de la afectación de un derecho iusfundamental y la causa de pedir mediante la existencia de un agravio constitucional o un acto lesivo. En la cosa juzgada convencional estamos ante la verificación si una norma o una sentencia se contraponen y viola a otra externa, heterónoma que es el bloque de convencionalidad.

Recapitulando sobre esta tipología es claro que si la Corte Interamericana ha emitido una decisión; ella no solo está vinculada al Estado emplazado, sino que dicha Cosa Juzgada Convencional tiene *efectos expansivos* en la región y, por ende, efectos *erga omnes*; esto es, vincula a todos los Estados de la región. En tal contexto, si los Estados no cumplen con la interpretación de la dinámica del Derecho Internacional de los derechos humanos, también se genera una omisión inconvencional; siendo en este caso, específicamente el no acatamiento a una sentencia expedida por la Corte IDH o su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una forma de concretarse esta omisión, es igualmente cuando el bloque de convencionalidad establece una posición, una interpretación o una decisión expresada en algún fallo; y sin embargo, en la jurisdicción interna se aplica dicha materia, de otra forma, precisamente contrario a lo que ha establecido, en este caso la Corte IDH; con todo, esta tipología guarda conexidad con la que se propone líneas abajo, la *inconvencionalidad por omisión proveniente de mutaciones convencionales*.

Al respecto, esta inconvencionalidad proveniente del desacatamiento de las sentencias convencionales, presenta dos grandes problemas: a) por un lado, si acaso puede judicializarse la conducta contumaz, omisiva y renuente del Estado que no dispone lo que ha sido como tal interpretada por el Tribunal Supranacional que ha generado una interpretación supraconstitucional y convencional. El tema reviste más complejidad cuando cualquier ciudadano podría apelar a algún proceso constitucional a fin que se acate o cumpla lo que ha decantado el intérprete supremo del *corpus iuris convencional*. Debemos destacar que, con anterioridad, hemos planteado la tesis de que también se puede generar una inconstitucionalidad por omisión cuando la misma proviene, ya no del parámetro normativo de la constitución o de algún bloque de constitucionalidad, sino de una sentencia constitucional emitida por un Tribunal Constitucional que ha establecido y ha apelado al formato de las sentencias exhortativas pidiendo al Estado que emita en este caso una ley que la propia constitución por vía de interpretación exige para que pueda afirmarse algún contenido o materia constitucional. Ante tal supuesto, se presenta el escenario de una inconstitucionalidad por omisión proveniente de sentencias constitucionales exhortativas. Sin embargo, en el presente caso de la omisión inconvencional, se trata de sentencias constitucionales no exhortativas, sino de simples sentencias que establecen conductas a cumplir, por parte de los Estados a partir de una controversia que fue motivo de un control convencional; enfatizamos aquí que la sentencia convencional es simplemente una decisión que no es acatada, no solo por el Estado emplazado, sino por los demás Estados vinculados por el sistema interamericano de los Derechos Humanos.

Con todo, somos de la opinión en este caso que el antídoto o remedio frente al desacato de las sentencias convencionales debe ser vía el control difuso de convencionalidad y que puede presentarse en dos variantes: en el proceso paralelo u ordinario en donde la judicatura impone decisiones que precisamente contravienen la cosa juzgada convencional; por lo general ello puede ocurrir en los actuales escenarios del *populismo penal mediático* en donde jueces y fiscales aplican el sistema de justicia penal con las normas sustantivas y procesales, desconociendo el imperio de las decisiones de la Corte IDH. En tal contexto, bien puede en los procesos penales, realizar las impugnaciones en donde se solicite expresamente la inaplicabilidad de las fuentes del derecho interno, como son básicamente la legislación sustantiva penal como la legislación procesal penal y, acaso, las decisiones de las Altas Cortes de dicha jurisdicción doméstica. En caso este antídoto o remedio no prospere o funciones, bien puede el garantismo convencional activar determinados procesos constitucionales con miras a enervar las decisiones jurisdiccionales internas, anteponiendo las decisiones de la jurisdicción supranacional a partir del control difuso de convencionalidad, mediante procesos como la acción de tutela, amparos, hábeas corpus, *Mandado de segurança* o *Mandato de injunção*, ello según los modelos o sistema de la jurisdicción constitucional latinoamericana.

Pero esta inconventionalidad por omisión proveniente de sentencias convencionales no solo se manifiesta igualmente en los procesos penales; igual puede ocurrir que el Estado se obligue a impulsar determinadas políticas públicas que han sido establecidas por la Corte IDH a partir de casos concretos; es decir, esta omisión inconventional puede darse en distintas áreas en las que el Estado, sea por negligencia, incuria o por voluntad política se sustrae al cumplimiento de lo que ha resuelto la Corte IDH.

Recapitulando y visto en la actual perspectiva que afronta una latinoamérica convulsionada, buscando cada país encontrar el sentido de su derrotero histórico con los actuales escenarios de violencia y protesta sin precedentes, observamos que los Estados vienen generando una inconventionalidad por omisión. Las consecuencias de estas omisiones son reales y concretas y las tenemos allí, en el día a día en cualquier parte de los pueblos de toda América y el Caribe, tanto al no afirmar un mínimo bienestar material de condiciones de vida, dado que esta situación es precisamente producto y resultado de una ilegítima gobernabilidad que no genera lo que los pueblos en sus ciudadanos claman: fuentes de trabajo, remuneraciones para una vida digna, políticas pensionarias adecuadas a las personas de la tercera edad; educación y alimentación; por otro lado, observamos en una suerte de latinobarómetro que diversos Estados, al impulsar por vía de acción, *políticas criminales hipercriminalizando* determinados bienes jurídicos, en los escenarios, por ejemplo, de crimen organizado, lavado de activo, feminicidio y otros delitos de la posmodernidad, la omisión inconventional consiste en no cumplir el baremo y el parámetro que impone la jurisdicción supranacional de la Corte IDH, como son las *detenciones preliminares* y las *detenciones preventivas*. Este es uno de los fenómenos en la cual los operadores jurídicos, fundamentalmente los abogados defensores, vienen progresivamente impulsando las defensas, apelando precisamente a lo que dispone la jurisprudencia convencional¹³.

6.4. Inconventionalidad por omisión proveniente de opiniones consultivas de la Corte IDH: Problemas y desafíos. -

¹³ Cabe en este sentido rescatar dos sentencias emblemáticas aunque con distinta perspectiva que ha emitido el Tribunal Constitucional en el 2018 con la sentencia de Ollanta Humala y Nadine Heredia STC 04780-2017-PHC/TC, 00502-2018-PHC/TC (Acumulado), y la del 2019 relacionada a la Sra. Keiko Fujimori STC 02534-2019-PHC/TC.

Si bien las sentencias convencionales, conforme ha quedado claro, pueden generar una omisión inconvencional por su no acatamiento; en el tema relacionado a las opiniones consultivas resulta ser un desafío que requiere ser abordado con mucha cautela. Por principio la competencia consultiva está regulada en el Pacto de San José (artículo 61, 62 y 63), en el Reglamento y en el Estatuto; y conforme lo anota Juan Carlos Hitters, tiene en miras según lo ha expresado la mencionada Corte IDH (Hitters, 1999, párr. 317) coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Se trata, de un método judicial alternativo, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención *sub examine*, y de otros tratados atinentes a los derechos humanos en el sistema interamericano. La Corte IDH ha delineado este tipo de opiniones sosteniendo que esta tarea que cumple “es única en el derecho internacional contemporáneo” (Opinión Consultiva, OC-3/83, PARRAFO 25).¹⁴

La Corte IDH por otro lado ha aclarado la esencia y naturaleza de las opiniones consultivas, estableciendo en al OC 15/97, párrafo 25 y 26 lo siguiente:

25. La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

26. Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.

La opinión consultiva, en estricto, no es una sentencia fruto de un proceso contencioso o de una controversia en donde se ejerce el control jurisdiccional de la Corte; es claro que la polémica radica en si acaso dichas opiniones tienen *fuera vinculante* en los Estados de la región; se ha sostenido que si bien no lo son, lo que impera allí, en dichas opiniones, es la *fuera moral* de la consulta a la que le es sometida la Corte IDH; no obstante, el tema sigue siendo indefinido en materia de inconvencionalidad por omisión, dada la postura un tanto contradictoria de la propia Corte IDH; pues, si bien es cierto que la propia Corte ha dicho que sus Opiniones Consultivas “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”¹⁵, no lo es menos que posee “efectos jurídicos innegables”.¹⁶

¹⁴ Opinión Consultiva, OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 3, párr. 25.

¹⁵ Opinión Consultiva, OC-1/82, (cit.), párr. 51.

De nuestra parte somos de la opinión que una omisión al cumplimiento de lo que ha dispuesto una opinión consultiva no genera una inconventionalidad por omisión; ello en la medida en que si bien la opinión ha sido emanada por un órgano jurisdiccional; la naturaleza y esencia de dicha opinión sustentada bajo las bases de una fuerza moral no tiene ni cuenta con vinculación jurídica para las partes. Recientemente la Corte IDH, por ejemplo, ha emitido la Opinión Consultiva 24-2017, donde aborda los temas como el derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBT, el derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambios de nombre y la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo; allí ha establecido una interpretación de la Convención viviente, en el sentido de que los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos que deben estar acondicionados a los tiempos y a las contingencias de la vida actual, en este contexto esta opinión consultiva que fue requerida por Costa Rica, ha abordado un complejo tema vinculado a lo arriba ya señalado respecto a la igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad sexual y las posibilidades de que los Estados regulen matrimonios con personas de un mismo sexo. Veamos *in extensu* lo que ha declarado este organismo supranacional:

28. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que: Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, *podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo.* Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.

IX. OPINIÓN

229. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 11, 17, 18 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

LA CORTE,

DECIDE

Por unanimidad, que:

1. Es competente para emitir la presente opinión consultiva, en los términos establecidos en los párrafos 13 a 29. Y ES DE OPINIÓN por unanimidad, que:

¹⁶ Opinión Consultiva, OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 15, párr. 26.

2. El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la *identidad de género autopercebida* constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.

Por unanimidad, que:

3. *Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género autopercebida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percebida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161.*

Por unanimidad, que:

4. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percebida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percebida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la 88 gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percebida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

Por unanimidad, que:

5. El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza administrativa el cual puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

Por unanimidad, que:

6. *La Convención Americana*, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), *protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo* en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199.

Por unanimidad, que:

7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la *Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio*, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228. El juez Humberto Antonio Sierra Porto hizo conocer a la Corte su voto individual concurrente, y el juez Eduardo Vio Grossi su voto individual parcialmente disidente, los cuales acompañan esta opinión consultiva. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica.” (Todas las itálicas son nuestras).

Como se podrá apreciar, de las decisiones que adopta la Corte IDH, en la práctica y en los hechos, está disponiendo que todos los Estados de la Región impulsen en el marco de sus políticas internas la afirmación del principio de igualdad y no discriminación, replanteando una *Convención viviente* y a la vez una interpretación para que se afirme los derechos a la identidad sexual y se establezcan y desarrollen la regulación de matrimonios con personas de un mismo sexo. Es claro que este tipo de decisiones que adopta la Corte, vía opiniones consultivas solo quedan en el margen de apreciación nacional sin vinculación jurídica. Con este caso aquí transcrito *in extensu* nos permite señalar que una de las partes que integra el bloque de convencionalidad, que son las opiniones consultivas, pueden resultar no desencadenando una inconventionalidad por omisión dado que los efectos vinculantes no son axiomáticamente firmes, pues está supeditado a la liberalidad y discrecionalidad en el margen de la soberanía e independencia de los Estados signatarios. No obstante lo aquí afirmado, ello no significa que

pueden darse otros casos de opiniones consultivas que sí pueden resultar de mayor obligatoriedad según la concepción e interpretación que en torno a los Derechos Humanos desarrolle la Corte IDH.¹⁷

En líneas generales, la Corte IDH asume una perspectiva de la posmodernidad sustentada en nuevos paradigmas, como el enfoque de género. Por otro lado, hemos subrayado en *itálicas* expresiones relevantes que pueden ser objeto de posturas ciertamente opinables o discutibles. Igualmente la Corte advierte que estas opiniones deben verse contextualizadas bajo el “margen de apreciación nacional”, esto significa que no asumen una postura que intime a los Estados a asumirla.

Más allá de esta decisión consultiva que refleja un *oxímoron* entre el *desiderátum* de que se debe cumplir con lo que disponen y, por otro lado que su no cumplimiento, no genera una inconventionalidad por omisión, pero que seguramente para otros casos sí puede ocurrir, esto no hace más que confirmar nuestra propuesta de que, en el caso de las opiniones consultivas, su no acatamiento, no genera una inconventionalidad por omisión, dado que la misma, no tiene fuerza jurídica vinculante, pero sí un *prius* de fuerza moral.

6.5. Inconventionalidad por omisión proveniente de mutaciones convencionales; donde su pretendido cumplimiento o ejecución, se ve distorsionado o desnaturalizado por una interpretación perversa por parte de los Estados llamados a cumplir las normas internacionales de derechos humanos. -

Finalmente planteamos aquí esta última tipología de la omisión inconventional y aunque reconocemos que puede ser este planteo discutible, dado que el grueso de la doctrina en torno a la inconstitucionalidad por omisión ha girado en torno a la falta de desarrollo de las cláusulas programáticas que establece un texto constitucional, los tiempos actuales obligan a que las categorías conceptuales pueden irse ampliando dentro de la caza de la realidad que habla Mario Bunge en torno a estos nuevos hechos que requieren enfrentarse cognitivamente ante este tipo de manifestaciones omisivas. Como se ha explicado en líneas precedentes de este trabajo, normalmente los presupuestos de la omisión inconstitucional pueden en parte identificarse para la omisión inconventional y cuyas grandes vigas principales como presupuestos son, entre las más relevantes, las siguientes:

- a) Incumplimiento de un deber convencional de legislar;
- b) Las fuentes de un deber convencional de legislar;
- c) Transcurso de un periodo razonable de tiempo;
- d) Intrascendencia de la intencionalidad del legislador inactivo;
- e) Efectos objetivo de violación del bloque de convencionalidad.

Estas características o presupuestos sin embargo no encajarían en esta tipología que aquí proponemos; con todo, estimamos que una inconventionalidad por falta de desarrollo de sus normas proviene a partir

¹⁷ Al respecto puede verse a Sagües, Néstor Pedro (2018). “La “Convención viviente” en la Opinión consultiva 24-2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Desafíos del Constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*. Blume Fortini, Ernesto (Coordinador)., Vol I, Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, pp. 729-737.

de una *inconveniencia parcial*, esto es frente a la cláusula convencional que regula algún contenido esencial de algún derecho humano, las autoridades internas de un Estado, en apariencia “la desarrollan” pero dicho desarrollo constituye una perversa desnaturalización bajo el ropaje de alguna ley o de alguna política pública que, a la postre, no desarrolla ni afirma la vigencia sociológica de determinada cláusula convencional.

Recordemos que la noción de *mutación constitucional* se concentra en “el cambio intenso o radical del contenido material de una norma constitucional sin alterar su texto, a partir de una nueva significación e su formulación lingüística, con motivo de una transformación en las condiciones que configuran el poder político, la estructura social, la cultura jurídica o el equilibrio de valores e intereses generales que determinan un realidad o una expectativa histórico-constitucional, ya sea a través de convenciones políticas, prácticas legislativas o administrativas o por vía de interpretación judicial de manera paulatina o instantánea” (Nava Gomar y Del Toro Huerta, 2014). Hsü Dau-Lin, señala en términos más sencillos que la mutación constitucional estriba en la relación entre la constitución escrita y la situación constitucional real; es decir, entre normas y realidad (Dau-Lin, Hsü, 1998, p. 31); y una de las manifestaciones que propone es la “*mutación de la constitución mediante su interpretación*”.

La propuesta de esta tipología inconvenida gira en torno a una modalidad parcial de omisión inconvenida; es decir no se trata de una omisión absoluta sino relativa, dado que las autoridades internas en apariencia han pretendido desarrollar la norma convencional en cuestión pero en los hechos dicho desarrollo se ha desnaturalizado, es decir, se ha generado de facto un cambio pero para no cumplir o cumplir a medias esta norma convencional; si bien esta degradación normativa de su presunto desarrollo permite a las autoridades dar por cumplida en su ordenamiento interno, se trata de una forma pervertida de lo que en la época medieval, era la institución “*se acata pero no se cumple*”. La opinión Consultiva 13/93 de 16 de julio de 1993 ha expresado a este respecto lo siguiente:

28. Podrían mencionarse situaciones históricas en las cuales algunos Estados han promulgado leyes de conformidad con su estructura jurídica pero que no ofrecieron garantías adecuadas para el ejercicio de los derechos humanos, impusieron restricciones inaceptables o, simplemente, los desconocieron. 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 (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra 25, párr. 22).¹⁸

Esta inconvenida por omisión por lo general comprende a la judicatura que al emitir fallos sobre todo en el campo penal distorsionan los parámetros convencionales de lo que ha emitido la Corte IDH; por ejemplo en los casos de las *prisiones preventivas* o de figuras en donde se viola diversas manifestaciones del *debido proceso convencional* como es el caso de los *plazos razonables*, dado que los Estados en sus reformas procesales penales, frente a delitos presuntamente graves (narcotráfico, terrorismo, crimen organizado, lavado de activos, trata de blancas, etc.), se restringe el garantismo y como tal, se distorsiona por mutación la aplicación de las decisiones convencionales que han supuesto una cosa juzgada convencional y, por ende, una cosa convencional interpretada. Debemos recordar que la misma

¹⁸ Opinión Consultiva oc-13/93 del 16 de julio de 1993 “Ciertas atribuciones de la comisión interamericana de derechos humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la convención americana sobre derechos humanos).” solicitada por los gobiernos de la República Argentina y de la República oriental del Uruguay.

Corte IDH en su Opinión Consultiva, O.C.- 13/93 expresó tajantemente, aludiendo a la Convención Americana que:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si estas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos¹⁹.

Esta tipología resulta más compleja de ser sometida a su control, dado que precisamente lo que puede tener la víctima afectada es apelar al *control de convencionalidad vertical* y ello supone un largo tránsito en donde reside su queja, ante la Comisión Interamericana y después de largos años si es con éxito pase a la Corte IDH. Nosotros somos de la opinión que frente a estas complejas situaciones donde se genera un doble agravio a las víctimas por estas mutaciones inconventionales, lo que se debe apelar es al *control difuso de convencionalidad*; y cuyos resortes procesales que aquí esbozamos serían, en líneas generales las siguientes:

- a) *Proceso de cumplimiento.*- Se trataría de los procesos constitucionales en donde el objetivo es plantear la demanda para que la autoridad llamada a cumplir la cláusula convencional, la desarrolle dada que la presunta legislación que existe la desnaturaliza por mutación inconventional; este proceso puede ser el antídoto para las inconventionales por omisiones parciales e incluso absolutas o totales.
- b) *Procesos constitucionales de amparo.*- En este caso se trata de activar el resorte de que existe la presencia de un acto lesivo consistente en no afirmar la vigencia plena de un derecho convencional que constituye un derecho humano y que tras ella lo más probable es que se encuentre constitucionalizado; en este sentido, apelar a este proceso supone exigir el cumplimiento de un derecho humano (sustentado en una fuente convencional) y a la vez en un derecho fundamental (sustentado en una norma constitucional). La simetría de lo que está en juego aquí es que el amparo se sustentaría en el contenido constitucional y convencional; es decir, se trata de una relevancia constitucional, que a la vez tiene fuente en el Pacto de San José de Costa Rica o de alguna decisión o fallo convencional.

Este aspecto que aquí describimos puede ser de alta utilidad cuando a raíz de la política criminal del estado se vienen procesando a diversas personas y las resoluciones y dictámenes fiscales no tienen absolutamente sustento en lo que ha establecido la Corte IDH. En consecuencia, es claro que el mecanismo *prima facie* que tiene el abogado defensor es utilizar los propios recursos impugnativos y poniendo en evidencia la inconventionalidad de las resoluciones y dictámenes emitidos por los jueces de la jurisdicción interna; y llegado el caso en que dichas autoridades jurisdiccionales desestimen el ejercicio del control difuso en el mismo proceso penal ordinario, queda expedito si se trata de resolución judicial firme, de activar el proceso de amparo en donde se peticione

¹⁹ Opinión Consultiva O.C.- 13/93. De 16 de julio de 1993, "Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts- 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51. Convención Americana sobre Derechos Humanos). solicitada por Argentina y Uruguay, Serie A, No. 13.

expresamente el control difuso de convencionalidad contra el universo de resoluciones judiciales sean o no plenos casatorios o incluso sentencias constitucionales inconvencionales, a fin de que el juez pueda desaplicarla. La propuesta que aquí se establece requiere de una fortaleza y valentía del juez llamado a enfrentar este reto que la convencionalidad le otorga; y aunque es probable que en términos sociológicos las judicaturas latinoamericanas tengan *temor reverencial* para asumir estos retos, el planteo y el derrotero ya está señalado; y ello en la medida en que muchos de estos procesos han significado una herramienta para criminalizar la actividad política.

- c) *Proceso constitucional de hábeas corpus*. - Finalmente queda este último mecanismo que, para los efectos prácticos en otros países latinoamericanos tienen otro *normen iuris* pero que persigue la tutela exclusiva de la libertad individual. Lamentablemente en estos últimos tiempos la noble figura procesal del habeas corpus se ha visto igualmente desacreditada por la prensa que ha venido escandalizando la judicialización de muchos procesos en Latinoamérica a partir del fenómeno de la corrupción desencadenada por conocidas empresas brasileñas que han empezado a utilizar los mecanismos de colaboradores eficaces, testigos protegidos y otras formas de vincular la imputación criminal de los procesados (Eto Cruz, 2018, pp. 567 - 584).

Si bien el Ministerio Público debe utilizar estas herramientas procesales a fin de sustentar la *teoría del caso*; ello no impide observar aquí una perversa aplicación de estos mecanismos que utiliza la fiscalía, dado que si, por ejemplo, un colaborador eficaz imputa alguna conducta delictiva, no solo ella debe ser corroborada con material probatorio que tenga las características de *pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad*, sino también que la contraparte, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana para las delaciones, el imputado tiene a su vez el derecho a formularle un *pliego contrainterrogatorio* a quien ejerce la delación a fin de ubicar el texto y el contexto de los escenarios y evidenciar si los hechos resultan reales contrastados con la propia declaración que emita el presunto colaborador. En este contexto, es claro que el grueso de procesos penales si no han sido en el marco de la investigación preparatoria con delaciones de por medio sometidas a los pliegos contrainterrogatorios que ha establecido la Corte IDH en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, se presenta una inconvencionalidad omisiva por mutación convencional.

A continuación, transcribimos *in extensu* una cosa convencional emitida como fallo por la Corte IDH que forma parte hoy del *corpus iuris* del bloque de convencionalidad, por ende, obligatorio en todos los estados latinoamericanos y del Caribe. Se trata, en nuestro concepto, de una mutación convencional en vía de omisión por cuanto existen fallos de la jurisdicciones domesticas que, en el marco de los procesos penales vienen imponiendo prisiones preventivas y sentencias condenatorias, teniendo como material probatorio, entre otros aspectos, la delación o incriminación que realiza un testigo oculto que, para este caso se homologa a los arrepentidos, colaboradores eficaces y otras personas análogas que, bajo la reserva de su identidad, incriminan a una persona violándose los derechos a la defensa, a la igualdad de armas y al derecho a formular pliegos contrainterrogatorios a fin de deslindar los hechos y la verdad real de lo que se incrimina. Lo que a continuación viene constituye una perversa mutación convencional, dado que, en este caso se trata no solo de la legislación sino de las resoluciones que por vía de interpretación no respetan en este caso el parámetro convencional que ha dispuesto la Corte IDH en esta materia (Barrios Gonzales, 2013). Veamos lo que largamente ha expuesto la jurisdicción supranacional:

B) DERECHO DE LA DEFENSA A INTERROGAR A LOS TESTIGOS (ARTÍCULO 8.2.F DE LA CONVENCION) RESPECTO DE LOS PROCESOS PENALES CONTRA LOS SEÑORES NORÍN CATRIMÁN, PICHÚN PAILLALAO Y ANCALAF LLAUPE

1. Hechos pertinentes

231. En los procesos penales contra los señores Norín Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaue se reservó la identidad de determinados testigos.

a. Proceso contra los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao

232. En el proceso contra los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao el Juez de Garantía de Traiguén, a petición del Ministerio Público, decretó mantener en secreto la identidad de dos testigos y la prohibición de fotografiarlos o captar su imagen por otro medio²⁰, fundándose en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal y los artículos 15 y 16 de la Ley N° 18.314.

a) El Código Procesal Penal de 2000 establece el deber del testigo de individualizarse con todos sus datos personales²¹, con excepción de cuando la “indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para éste u otra persona”, en cuyo caso “el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta”, y si el testigo hiciera uso de este derecho “quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella”, la cual será decretada por el tribunal (artículo 307). Asimismo, dicho código estipula que el tribunal podrá disponer “medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare” en “casos graves y calificados”, las cuales “podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario”, y de igual manera establece que “el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección” (artículo 308).

b) El artículo 15 de la Ley N° 18.314 contiene normas complementarias “de las reglas generales sobre protección de testigos del Código Procesal Penal”²², conforme a las cuales “si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito” o de ciertas personas con quien éstos guarden relación de parentesco, afinidad o afecto, “dispondrá de oficio o a petición de parte las medidas especiales de protección que resulten adecuadas para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo”. El artículo 16 de

²⁰ Solicitud del Ministerio Público, Fiscalía Local de Traiguén de 2 de septiembre de 2002 dirigida al Juez de Garantía de Traiguén en la cual solicitó, entre otros, “que no conste en los registros de investigación el nombre, apellido, profesión u oficio, lugar de trabajo ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los testigos signados en la investigación como ‘TESTIGO N°1 RUC 83503-6 y ‘TESTIGO N°2 RUC 83503-6’, utilizándose respecto de ellos, tales claves como mecanismos de verificación de identidad y eliminándose aquellos antecedentes de los registros señalados”, y Resolución emitida el 3 de septiembre de 2002 por el Juez de Garantía de Traiguén (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, apéndice 1, folios 4422 a 4424).

²¹ El artículo 307 del Código Procesal Penal establece que: “La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres, apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio”.

²² El artículo 15 de la Ley N° 18.314 establece que: “s.in perjuicio de las reglas generales sobre protección de testigos del Código Procesal Penal”.

la Ley Antiterrorista otorga la facultad al tribunal de “decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación”, así como “la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio”.

233. El Ministerio Público fundó su solicitud en que era “absolutamente necesaria la adopción de estas medidas para garantizar la debida protección de los testigos, así como de sus familiares y demás personas ligadas a ellos por relaciones de afecto, en atención a la naturaleza del ilícito pesquisado y en especial considerando las características de los mismos, circunstancias éstas que revisten de particular gravedad al caso investigado”. También expresó el Ministerio Público que “estas medidas no afectan el derecho de defensa, puesto que esta Fiscalía ya puso en conocimiento de los abogados defensores los registros de la investigación, para que puedan hacer las alegaciones correspondientes en la audiencia de preparación del juicio oral y preparar las contrainterrogaciones respectivas para el juicio oral”. El Juez de Garantía de Traiguén hizo lugar a todo lo solicitado²³.

234. Dos testigos con identidad reservada declararon en las audiencias públicas celebradas en los juicios seguidos contra los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao. Lo hicieron detrás de un “biombo” que ocultaba sus rostros de todos los asistentes, exceptuando a los jueces, y con un “distorsionador de voces”. La defensa tuvo la oportunidad de interrogar a los mismos en esas condiciones. En el segundo juicio, que fue celebrado en razón de la declaratoria de nulidad del primero, se permitió que los defensores de los imputados conocieran la identidad de los referidos testigos, pero bajo la prohibición expresa de transmitir esa información a sus representados. Los defensores del señor Norín Catrimán se negaron a conocer tal información sobre la identidad de los testigos porque no se la podían comunicar al imputado. Tanto en la sentencia absolutoria inicial como en la posterior sentencia condenatoria, se valoraron y tuvieron en cuenta las declaraciones de los testigos con reserva de identidad²⁴. Este marco fáctico hace relevante, a su vez, referirse a que el último párrafo del artículo 18 de la Ley Antiterrorista establecía en la época de dichos procesamientos que “en ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegida podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente”.

b. Proceso contra el señor Ancalaf Llaupe

235. El proceso penal contra el señor Víctor Ancalaf Llaupe se rigió por el Código de Procedimiento Penal de 1906 y sus reformas y tenía dos etapas, el sumario y el plenario, ambas de carácter escrito (supra párr. 104). De acuerdo con los artículos 76 y 78 de dicho código, en el sumario, cuyas actuaciones eran secretas, se llevaba a cabo “la investigación de los hechos que

²³ Solicitud del Ministerio Público, Fiscalía Local de Traiguén de 2 de septiembre de 2002 dirigida al Juez de Garantía de Traiguén, y Resolución emitida el 3 de septiembre de 2002 por el Juez de Garantía de Traiguén (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, apéndice 1, folios 4422 a 4424).

²⁴ Resumen del registro de los audios de la audiencia de juicio oral celebrada entre el 31 de marzo y el 8 de abril de 2001 ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, folios 424 a 444), Sentencia emitida el 14 de abril de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, y Sentencia emitida el 27 de septiembre de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, anexo 15 y 16, folios 509 a 574).

constituyeran la infracción” y las “diligencias dirigidas a preparar el juicio”. De acuerdo con el artículo 449 del referido código, en el plenario, que tenía carácter contradictorio, no era necesario practicar nuevamente la prueba recabada en el sumario si el procesado renunciaba a la práctica de diligencias probatorias en esa etapa y consentía que el juez pronunciara sentencia “sin más trámite que la acusación y su contestación”. Adicionalmente, el artículo 189 contemplaba el “derecho” de “Todo testigo” de “requerir” a los “Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones, o al tribunal” “la reserva de su identidad respecto de terceros” y “en casos graves y calificados” el juez podía “disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitara”, las cuales durarían “el tiempo razonable que el tribunal dispusiera y podrían ser renovadas cuantas veces fueren necesarias”.

236. En el proceso contra el señor Ancalaf Llaupe se mantuvo la reserva de identidad de ciertos testigos durante las dos etapas, y aún en el plenario la defensa no tuvo acceso a todas las actuaciones, pues se conformaron cuadernos secretos. Las medidas correspondientes se fundaron en la simple invocación de las normas aplicadas, sin ninguna motivación específica con respecto al caso en cuestión²⁵.

2. Argumentos de la Comisión y de las partes

237. La Comisión alegó la violación del artículo 8.2.f de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, respecto de los señores Norín Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto y argumentando que la justificación de medidas excepcionales como la reserva de identidad de declarantes en procesos penales está dada por la naturaleza de cierto tipo de casos y en la medida en que pueda estar en riesgo la vida e integridad personal de los declarantes y sean “compensadas con otras medidas [...] que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado”. En relación al proceso contra el señor Ancalaf Llaupe, sostuvo que las declaraciones de testigos con identidad reservada se recibieron en el marco de un proceso inquisitivo, que “estuvo bajo reserva del sumario durante gran parte de la investigación”, de modo que no se pudo interrogar a esos testigos al momento de su deposición. Añadió que aunque en ambos procesos las declaraciones de esos testigos fueron apreciadas junto con otras pruebas, constituyeron “factores determinantes” para establecer la existencia de los delitos y la responsabilidad de los imputados. Consideró que “las restricciones al derecho de defensa [...] no fueron compensadas con otras medidas suficientes dentro de los respectivos procesos que pudieran equilibrar el desfase causado por la reserva de identidad”.

238. La FIDH afirmó que Chile “violó el derecho de defensa de los Lonkos Aniceto Norín y Pascual Pichún, específicamente su derecho a interrogar los testigos presentes en el tribunal bajo el artículo 8.2.f de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento”. Manifestó que el nuevo sistema procesal penal consagra mecanismos para la protección de testigos “diferentes a los testigos sin rostro” contemplados en la Ley Antiterrorista que fue aplicada en el caso de los señores Norín Catrimán

²⁵ Expediente judicial del proceso penal interno seguido contra Víctor Manuel Ancalaf Llaupe (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos de CEJIL, anexo A, folios 1203, 1204, 1235, 1236, 1246, 1435, 1444, a 1446, 1455, 1461, 1477 a 1482).

y Pichún Paillalao. Dijo que era muy grave que el régimen de identidad reservada asegurara “la impunidad del testigo que faltara a la verdad e impidiera un contra interrogatorio”. Afirmó que la negativa a levantar la reserva en el caso de uno de esos testigos era una “estrategia” para asegurar que se pudiera “mentir impunemente”. Sostuvo que no se tomó “ninguna medida para compensar la existencia de testigos anónimos”, aunque “durante el segundo juicio se pretendió salvar la violación al debido proceso cometida en el primer juicio anulado en el que se privó absolutamente de conocer el nombre de los testigos reservados, revelando la identidad de los testigos secretos, pero sólo a los abogados, con la expresa prohibición de comunicarla a los lonkos”. Alegó que se privó de la facultad de realizar un “contrainterrogatorio serio” al “no poder hacer preguntas que permitirían deducir la identidad del testigo”. También afirmó que la Ley N° 18.314 no atribuye a esta medida un carácter excepcional, puesto que solo se argumenta su necesidad fundándose en la gravedad de los delitos presuntamente cometidos, lo que constituye una “argumentación circular”. Dijo, además, que esa medida no está sometida a control judicial, y que los testigos podrían concurrir con intereses ilegítimos a declarar por la autorización que la Ley 18.314 hace en cuanto a que se les paguen sumas de dinero.

239. CEJIL sostuvo que Chile violó el artículo 8.2.f de la Convención en perjuicio del señor Ancalaf Llaupe, dentro de un argumento más amplio referido al “acceso a una defensa efectiva”, expresando que el principio de contradictorio implica el derecho del inculpado a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en igualdad de condiciones. Indicó que el proceso inquisitivo seguido contra el señor Ancalaf Llaupe le impidió interrogar a los testigos inculpatarios al momento de que estos declararan, dejando a la defensa en una situación de claro desequilibrio procesal”, el cual “se vio agravado por el uso de testigos que declararon con reserva de identidad”, y por haber sido “condenado sobre la base de declaraciones prestadas en cuadernos reservados”. Expresó que “no hay prueba en el expediente” de que la defensa del señor Víctor Ancalaf Llaupe haya podido interrogar y contrainterrogar a testigos que habían depuesto en la etapa del sumario. Manifestó que “es necesario que el uso de testigos de identidad reservada sea debidamente justificado y contrabalanceado adecuadamente para proteger el derecho a la defensa”. Expresó que “ni la excepcionalidad del uso de la figura de la reserva de identidad de testigos ni la existencia de un peligro real fue probada en el curso del proceso”. Asimismo, CEJIL sostuvo que el Estado violó el artículo 8.2.f de la Convención en perjuicio del señor Ancalaf Llaupe ya que la posibilidad de su defensa “de diligenciar prueba durante el plenario fue prácticamente nula” y “no tuvo derecho real y efectivo de responder a los cargos y pruebas presentados en su contra”.

240. El Estado señaló que “la posibilidad de determinar medidas de protección de ciertos testigos en causas criminales es consecuente con la obligación de resguardar el derecho a la vida e integridad física de las personas”, pero que “en aras de ello no puede afectarse sustantivamente el derecho a la defensa, debiendo observarse condiciones mínimas que permitan resguardar, también, este derecho”. Sostuvo que tanto la legislación procesal general como la Ley Antiterrorista permiten “la contrainterrogación de los testigos y peritos, incluso aquellos cuya identidad se reserva”, con las limitaciones que impone el artículo 18 de esta última en el sentido de que no se realicen preguntas que “impliquen un riesgo de revelar la identidad del testigo” y aseguran que los tribunales “conozcan la identidad del testigo y puedan evaluar la confiabilidad de su testimonio puesto que, por el principio de inmediación que rige en el sistema procesal

penal, todo testigo o perito es interrogado en presencia de los tribunales”. También aseguró que esta medida está sometida a un “control previo”, puesto que debe haber una solicitud al juez de garantía junto con los antecedentes que la fundan “en base al riesgo para la seguridad del testigo o su familia”. Manifestó que este tipo de testimonios son valorados por el Tribunal de Juicio Oral en el marco de su obligación de argumentar fundadamente sus conclusiones y que “cabe la posibilidad cierta de que el tribunal respectivo pueda confiar en el testimonio de uno o más testigos de identidad protegida que le permitan, junto con otra prueba rendida, si es el caso, adquirir plena convicción de la participación del acusado en los hechos que se le imputan, sin que ello sea, en sí, contrario al derecho al debido proceso ni a los estándares internacionales”.

3. Consideraciones de la Corte

241. La Corte se ha pronunciado en anteriores oportunidades acerca de violaciones del derecho de la defensa de interrogar testigos en casos que trataban de medidas que en el marco de la jurisdicción penal militar imponían una absoluta restricción para contrainterrogar testigos de cargo²⁶, otros en los que había no sólo “testigos sin rostro” sino también “jueces sin rostro”²⁷, y en otro que se refiere a un juicio político celebrado ante el Congreso en el cual a los magistrados inculcados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se basó su destitución²⁸.

242. El literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la “garantía mínima” del “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa²⁹. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada³⁰.

243. El deber estatal de garantizar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal puede justificar la adopción de medidas de protección. En esta materia el ordenamiento jurídico chileno comprende tanto medidas procesales (como la reserva de datos de identificación o de características físicas que individualicen a la persona) como extraprocesales (como la protección de su seguridad personal).

244. En el presente caso la Corte limitará su análisis a determinar si las medidas procesales de reserva de identidad de testigos aplicadas en los procesos penales seguidos contra tres de las

²⁶ Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, párrs.178 y179.

²⁷ Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 153/155; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, párr.184; Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr.152, y Caso J. Vs. Perú, párrs. 208 a 210.

²⁸ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 83.

²⁹ Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154, y Caso J. Vs. Perú, párr. 208.

³⁰ TEDH, Caso Kostovski Vs. Países Bajos, No. 11454/85. Sentencia de 20 de noviembre de 1989, párr. 42.

presuntas víctimas (supra párrs. 232 a 236) conllevaron una violación del derecho de la defensa de interrogar los testigos. Esta medida se encuentra regulada en Chile en los términos descritos en el párrafo 232 y sobre la misma la Corte Suprema ha afirmado que

[...] tan grave decisión sólo puede adoptarse en cada caso particular y con completo conocimiento de las circunstancias concretas del mismo. Son medidas excepcionales para situaciones excepcionales y que se adoptan siempre con control absoluto de los intervinientes para evitar que los costos a la práctica de alguno de los derechos que importa la defensa en juicio sea mínima y que en ningún evento entrase o limite el ejercicio del núcleo esencial de esa garantía³¹.

245. La Corte pasará a analizar si en los procesos concretos de las referidas tres presuntas víctimas de este caso las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial³², fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo³³. Al efectuar tal evaluación la Corte tendrá en cuenta la incidencia que tuvo la medida en el derecho a la defensa del acusado.

246. Para pronunciarse en el presente caso, la Corte también tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes³⁴: a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración³⁵, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración³⁶.

³¹ En su escrito de alegatos finales el Estado transcribió partes de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 22 de marzo de 2011 “recaída en recurso de nulidad de sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete” (expediente de fondo, folio 2140 a 2142).

³² Mutatis mutandi, TEDH, Caso Doorson Vs. Países Bajos, No. 20524/92. Sentencia de 26 de marzo de 1996, párrs. 70 y 71; Caso Visser Vs. Países Bajos, No. 26668/95. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrs. 47 y 48; Caso Birutis y otros Vs. Lituania, Nos. 47698/99 y 48115/99. Sentencia de 28 de junio de 2002, párr. 30, y Caso Krasniki Vs. República Checa, No. 51277/99. Sentencia de 28 de mayo de 2006, párrs. 79 a 83.

³³ 269 TEDH, Caso Krasniki vs. República Checa, No. 51277/99. Sentencia de 28 de mayo de 2006, párr. 83, y Caso AlKhawaja y Tahery vs. Reino Unido, Nos. 26766/05 y 22228/06. Sentencia de 15 de diciembre de 2011, párrs. 124 y 125.

³⁴ TEDH, Caso Doorson Vs. Países Bajos, párr. 72; Caso Van Mechelen y otros Vs. Países Bajos, Nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93. Sentencia de 23 de abril de 1997, párrs. 53 y 54, y Caso Jasper Vs. Reino Unido, No. 27052/95. Sentencia de 16 de febrero de 2000, párr. 52

³⁵ TEDH, Caso Kostovski Vs. Países Bajos, (no. 11454/85), Sentencia de 20 de noviembre de 1989, párr. 43; TEDH, Caso Windisch Vs. Austria, (no. 12489/86), Sentencia de 27 de septiembre de 1990, párr. 29, y TEDH, Caso Doorson Vs. Países Bajos, párr. 73.

³⁶ TPIY, Prosecutor vs. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 de agosto de 1995, párrs. 67 y 72; TEDH, Caso Kostovski Vs. Países Bajos, No. 11454/85. Sentencia

247. Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada³⁷. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculcado han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución³⁸, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica³⁹. La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada⁴⁰.

La extensa cita de las partes pertinentes, ilustran, por ejemplo, de cómo en la vida interna de los Estados, existe una gruesa producción de resoluciones judiciales en procesos penales, sin haberse permitido que los procesados hayan podido ejercer su derecho de defensa, formulando los contrainterrogatorios a los delatores o colaboradores eficaces. La conclusión, en este caso, es que tanto la legislación de la materia, debe ser objeto de una reforma procesal, por un lado; y por otro, los jueces penales, deben aplicar lo que ya ha establecido como exigencia, la Corte IDH. Recapitulando, bien se puede señalar que las *políticas criminales* que impulsa el Estado en el marco de enfrentar la ola de diversos crímenes y delitos que, si bien resultan complejos, ello no debe significar la restricción del garantismo que impone y exige el derecho internacional de los derechos humanos. Así, observamos que en el marco de estas luchas cuyo legítimo emblema es luchar contra la corrupción, se ha generado una *espectacularización de la justicia* y gran parte de estas mutaciones inconvencionales obedecen a la violación de diversos estándares como son por ejemplo: a) la presunción de inocencia; b) el derecho a la prueba; c) el derecho a la defensa en el marco de la igualdad de armas; d) la condena sólo sobre la base de indicios, e) las graves restricciones a la libertad, a través de las medidas de coerción personal como son las detenciones preliminares y las prisiones preventivas; a ello se suma el rol mediático de la prensa, que viola el principio y estándar de la presunción de inocencia (Matínez Garnelo, 2013) y juega al rol de juzgador frente a temas mediáticos⁴¹; y muchas veces las personas afectadas por la *real malicia* pese a que ejercen el derecho de rectificación⁴²,

de 20 de noviembre de 1989, párr. 42; Caso Windisch Vs. Austria, No. 12489/86. Sentencia de 27 de septiembre de 1990, párr. 28; Caso Doorson Vs. Países Bajos, párr. 73; Caso Van Mechelen y otros Vs. Países Bajos, Nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93. Sentencia de 23 de abril de 1997, párrs. 59 y 60.

³⁷ TEDH, Caso Doorson Vs. Países Bajos, párr. 76, y Caso Van Mechelen y otros Vs. Países Bajos, Nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93. Sentencia de 23 de abril de 1997, párrs. 53 a 55.

³⁸ TEDH, Caso Doorson Vs. Países Bajos, párr. 76, y Caso Visser Vs. Países Bajos, No. 26668/95. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párr. 44.

³⁹ Mutatis mutandis, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 146, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 44.

⁴⁰ TEDH, Caso of Al-Khawaja and Tahery Vs. Reino Unido, Nos. 26766/05 and 22228/06. Sentencia de 15 de diciembre de 2011, párr. 131.

⁴¹ Vid. Villarruel, Darío (2014). *Injusticia mediática. Cuando el periodismo quiere ser juez*. Sudamericana edit. Buenos Aires. Rodríguez, Esteban (2000). *Justicia mediática. La administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*. Ad Hoc, Argentina.

⁴² Vid. Farré López, Pedro (2008). *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*. Editorial La ley, Madrid. Lizarraga Vizcarra, Isabel (2005). *El derecho de rectificación*. Editorial Aranzadi, Navarra. Daniel

la prensa se ha convertido en un poder fáctico⁴³ que termina influyendo en diversos órganos del Estado; todos estos factores hoy identificados como *populismo penal mediático*, sumado a los *juicios paralelos* configuran otro fenómeno como es el *estado de cosas inconstitucionales* que afectan el garantismo del derecho penal por los modernos tiempos de la sociedad del espectáculo.

En buena cuenta, esta tipología abre las compuertas de la clásica figura dogmática de la inconstitucionalidad por omisión, que solo ha centrado su radio de acción cuando se incumplía el deber de legislar y había pasado un tiempo razonable; hoy los escenarios de la hipermodernidad, llevan a replantear el efecto de este fenómeno y que forma parte de las complejas dinámicas políticas y cuya omisión alcanza, como podemos apreciar, hasta los procesos judiciales y no exclusivamente a las políticas legislativas y a las políticas públicas.

Las propuestas que aquí se han establecido constituyen un pálido dibujo o boceto de lo que a futuro se puede ir replanteando, modelando y reconfigurando estas clases de manifestaciones cuyo centro de gravitación es el no desarrollo de las normas que regulan el derecho internacional de los derechos humanos y que, para este efecto, comprende el espectro tanto para los modelos de la región latinoamericana como para el modelo continental europeo. Estos desafíos tienen ya en parte sustento en diversos escenarios latinoamericanos que se están convirtiendo en efecto expansivos y potencialmente explosivos.

Víctor Bazán observa que existe un *aggiornamento* en diversos modelos latinoamericanos y en términos cronológicos aprecia los modelos positivizados del control de la inconstitucionalidad por omisión en las Constituciones Nacionales de Brasil (art. 103,2), Venezuela (art. 336, numeral 7) y Ecuador (art. 436, inc. 10), de modo expreso; e implícitamente en la Constitución de República Dominicana, proclamada el 26 de enero de 2010 y vigente desde entonces; la senda legal directa en Costa Rica, por medio de la Ley 7.135, de 11 de octubre de 1989; Las Constituciones locales en países con estructura federal como el Brasil (v.gr. en Río Grande do Sul, Río de Janeiro, Sao Paulo y Santa Catalina), México (Estados de Veracruz, Tlaxcala, Chiapas y Quintana Roo) y la Argentina Provincia de Río Negro); y el despliegue jurisprudencial de los Tribunales o Corte Constitucionales de Colombia (por ejemplo, Sentencias N° C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-596/99, C-457/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06); Perú (v.gr., Exptes. Nos. 2.945-2003-AA/TC, 0083-1992-AA/TC, 0050-2004-AC/TC, 01875-2004-AA/TC Y 0006-2008-PI/TC; el hoy extinto Tribunal Constitucional de Bolivia (en la Declaración Constitucional Núm. 06/2000 y las Sentencias Constitucionales 0009/2004 y 0018/2004); las supremas Cortes de Justicia de República Dominicana (sentencia recaída in re «Productos Avon S.A.», de 24 de febrero de 1999), México (las controversias constitucionales 46/2002 de 10 de marzo de 2005 y que dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales sumamente relevantes: 9, 10 y 11 de 2006) y la Argentina (v.gr., en los casos «Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios» I, de 8 de agosto de 2006, y II, de 26 de noviembre de 2007, y «Halabi, Ernesto c/ P.E.N. –Ley 25.873- Dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986», de 24 de febrero de 2009 (Bazan, 2011). Quedará a un margen de maniobra de la magistratura constitucional en el marco de las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas ir ampliando el derrotero de estas complejas y nuevas

Pizarro, Ramón (1999). *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. Bacigalupo, Enrique (2002). *Delitos contra el honor*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

⁴³ Vid. Schuliaquer, Iván (2014). *El poder de los medios. Seis intelectuales en busca de definiciones*. Edit. Capital intelectual, Buenos Aires. Castells, Manuel (2012). *Comunicación y poder*. Siglo Veintiuno Editores, México.

figuras que enfrenta el juez contemporáneo y que para ello no solo requiere de un mundo cognitivo de estos principios, conceptos y categorías que orientan el *derecho procesal convencional*, sino también la labor de coraje y sin pretender pedir que asuma el rol de *juez hércules*, ejerza el compromiso de ser un juez garante de los principios y valores de la Constitución bajo los marcos de una interpretación convencionalizada.

7. El control de la omisión inconvencional: Su paulatino desarrollo jurisprudencial.

Tal como ya se ha señalado a lo largo de este trabajo, la propia Convención Americana en el art. 2 prescribe Artículo 2.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades

A partir de esta formulación, la propia Convención Americana reconoce que sus eventuales violaciones por parte del Estado, puede ocurrir no solo por vía de acción a través de conductas objetivas como emisión de leyes, sentencias o actos de gobierno; sino también por las omisiones de la corporación estatal al dejar de facto sin desarrollo lo que precisamente alerta el art. 2 de la CADH.

Aunque la Corte IDH no ha asumido expresamente el desarrollo explícito del control convencional de las omisiones; sin lugar a dudas ha delineado implícitamente esta situación a través de una serie de fallos que obligan a que los estados respeten los compromisos internacionales sobre derechos humanos, tanto de la región como a nivel internacional. Así, si se pasa revista a la aún relativa postura encontramos los siguientes casos:

- a) **Caso La última tentación de cristo vs Chile**⁴⁴.- Aquí la Corte IDH, expresamente señaló que los Estados deben establecer un fiel cumplimiento de sus obligaciones internacionales y por lo tanto los tratados adquieren mayor eficacia cuando el Estado adecua su normatividad en el marco de la protección que dispensa la Convención Americana:

I. Introducción de la causa

1. El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”) que se originó en una denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de

⁴⁴ Corte IDH, , Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafos 1 -3, 85-87 y 103

Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declare que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

2. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de “la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película ‘La Última Tentación de Cristo’ confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile [...] con fecha 17 de junio de 1997.”

3. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que:

1. Autor[ice] la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”.

2. Adec[úe] sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, [con el] fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad.

3. Asegur[e] que los órganos del poder público[,] sus autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus diferentes potestades, ejerzan [efectivamente] los derechos y libertades de expresión, conciencia y religión reconocidos en la Convención Americana, y [...] se abstengan de imponer censura previa a las producciones cinematográficas.

4. Repar[e] a las víctimas en este caso por el daño sufrido.

5. Efect[úe] el pago de costas y reembols[e] los gastos incurridos por las víctimas para litigar este caso tanto en [el] ámbito interno como ante la Comisión y la Honorable Corte, además de los honorarios razonables de sus representantes.

(...)

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.²⁰

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, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.²¹ La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto

significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

(...)

PUNTOS RESOLUTIVOS

103. Por tanto,

LA CORTE,

por unanimidad,

1. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

2. declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

5. decide, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

El Juez Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente y el Juez De Roux Rengifo su Voto Razonado, los cuales acompañan esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 5 de febrero de 2001.

- b) Caso Garrido y Baigorria vs Argentina⁴⁵.**- En este caso se trata de una desaparición forzosa e involuntaria; y en la cual el Estado debió cumplir con realizar las investigaciones a fin de identificar a los responsables, por tanto aquí también se desarrolló una omisión tanto inconstitucional como inconvencional y en tal sentido se pronunció la Corte IDH. Veamos primero lo que formulo la Comisión IDH:

⁴⁵ Corte IDH, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, párrafos 15, 68-74 y 91.

“15.La Comisión solicitó en su demanda lo siguiente:

1.De conformidad con los razonamientos expuestos en la presente demanda, la Comisión solicita a la Honorable Corte que, teniendo por presentado este escrito en diez ejemplares con sus respectivos anexos, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 61 de la Convención y 26 y 28 del Reglamento de la Corte admita la presente demanda, dé traslado de la misma al Ilustrado Gobierno de Argentina y oportunamente dicte sentencia declarando:

i.Que el Estado argentino es responsable de las desapariciones de Raúl Baigorria y Adolfo Garrido y que, como consecuencia, le son imputables violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral); y 7 (derecho a la libertad personal), todos ellos en relación al artículo 1.1 de la Convención.

ii.Que el Estado argentino ha violado el derecho de las víctimas y de sus familiares a un juicio justo, en particular, ha infligido el derecho a una resolución judicial dentro de un plazo razonable consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, así como el artículo 25 de la misma que prevé el derecho a un recurso judicial sencillo y rápido que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, ambos en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

iii.Que el Estado argentino como consecuencia de la violación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención, ha violado asimismo el artículo 1.1 de la Convención, en relación al deber de respetar los derechos y libertades consagrados en la misma, así como el deber de asegurar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado argentino.

2.Que de acuerdo con lo expresado en el punto 1 de este Petitorio, ordene al Estado argentino que repare plenamente a los familiares de las víctimas por el grave daño material y moral causado y, en consecuencia, disponga que el Estado argentino:

i.Realice una investigación exhaustiva, rápida e imparcial sobre los hechos denunciados a fin de conocer el paradero de los señores Baigorria y Garrido y de establecer la responsabilidad de las personas que estén directa o indirectamente involucradas, para que reciban las sanciones legales correspondientes.

ii.Informe sobre las circunstancias de la detención de los señores Baigorria y Garrido, la suerte corrida por las víctimas, y localice y entregue sus restos a los familiares.

iii.Otorgue una indemnización a fin de compensar el daño material y moral sufrido por los familiares de las víctimas.

iv.Ordene asimismo cualquiera otra medida que considere pertinente a fin de reparar el daño causado debido a la desaparición de los señores Baigorria y Garrido.

3.Ordene al Estado argentino el pago de las costas de este proceso, incluyendo los honorarios de los profesionales que han actuado como representantes de las víctimas tanto en su desempeño ante la Comisión como en la tramitación ante la Corte.

(...)

68. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, 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.

69. 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 su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.

70. La efectividad de las normas es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica. Así lo puso de relieve esta Corte en el caso *Aloeboetoe y otros, Reparaciones*, cuando, ante la pretensión de Suriname de aplicar el derecho civil surinamés en la región donde habitaba la tribu Saramaca, se negó a hacerlo porque carecía de eficacia y aplicó en su lugar el derecho consuetudinario local (*Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra* 40, párrs. 58 y 62).

71. En el presente caso, las normas de derecho argentino que garantizan el derecho a la vida no han sido obedecidas y, por lo tanto, para asegurar su efectividad, la Argentina debe aplicar las disposiciones previstas para los casos de incumplimiento, o sea, imponer las correspondientes sanciones. Estas son, precisamente, las medidas previstas por la Convención Americana y que el Estado debe tomar para asegurar la efectividad de lo garantizado por aquélla. La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. Por ello, las obligaciones fundamentales que consagra la Convención Americana para proteger los derechos y libertades indicados en sus artículos 3 a 25 son la de adaptar el derecho interno a lo prescrito en aquella y la de reparar, para garantizar así todos los derechos consagrados.

72. Se trata aquí de obligaciones de igual importancia. La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación. La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados. Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella. Así, la Corte no podría oponerse a que una persona víctima de una violación de derechos humanos, particularmente si es un mayor de edad, renuncie a la indemnización que le es debida. En cambio, aún cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que

persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención.

73. En su jurisprudencia constante la Corte ha considerado que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hubieren cometido a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Si una violación queda impune en un Estado de modo tal que a la víctima no se le restablezca, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, se desprende que se ha violado el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción (*Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* 41, párr. 174; *Caso Godínez Cruz*, *supra* 41, párr. 184; *Caso El Amparo, Reparaciones*, *supra* 40, párr. 61 y punto resolutivo 4; *Caso Neira Alegria y otros, Reparaciones*, *supra* 40, párr. 69 y punto resolutivo 4; *Caso Caballero Delgado y Santana*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párrs. 58, 69 y punto resolutivo 5; *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90; *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 107 y punto resolutivo 6; *Caso Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 121 y punto resolutivo 3; *Caso Paniagua Morales y otros*, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 178 y punto resolutivo 6).

74. De conformidad con lo expuesto, resulta que la Argentina tiene la obligación jurídica de investigar los hechos que condujeron a la desaparición de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria y de someter a proceso y sancionar a sus autores, cómplices, encubridores y a todos aquellos que hubieren tenido participación en los hechos.

LA CORTE

DECIDE:

por unanimidad,

1. Fijar en 111.000 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, el monto que el Estado de la Argentina debe pagar en carácter de reparación a los familiares del señor Adolfo Garrido y en 64.000 dólares de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional, el monto a pagar por el mismo concepto a los familiares del señor Raúl Baigorria. Estos pagos deberán ser hechos por el Estado de la Argentina en la proporción y condiciones expresadas en la parte motiva de esta sentencia.

2. Fijar en 45.500 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, la suma que deberá pagar el Estado a los familiares de las víctimas en concepto de reintegro de costas efectuadas con motivo de este proceso, de los cuales 20.000 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, corresponden, en concepto de honorarios, a los abogados Carlos Varela Alvarez y Diego J. Lavado.

3. Que el Estado argentino debe proceder a la búsqueda e identificación de los dos hijos extramatrimoniales del señor Raúl Baigorria, con todos los medios a su alcance.

4. Que el Estado argentino debe investigar los hechos que condujeron a la desaparición de los señores Adolfo Garrido y Raúl Baigorria y someter a proceso y sancionar a sus autores, cómplices, encubridores y a todos aquéllos que hubiesen tenido participación en los hechos.

5. Que los pagos indicados en los puntos resolutiveos 1 y 2 deberán ser efectuados dentro de los seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia.

6. Que las indemnizaciones y los reintegros de gastos dispuestos en esta sentencia quedarán exentos del pago de cualquier impuesto o tasa nacional, provincial o municipal.

7. Que supervisará el cumplimiento de esta sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

Redactada en castellano e inglés, haciendo fe el texto en castellano, en San José, Costa Rica, el día 27 de agosto de 1998.”

- c) **Caso Caesar Vs. Trinidad Y Tobago**⁴⁶.- Este caso igualmente la Corte dispuso que el Estado no cumplió con la obligación que tenía de reformar la legislación penal sustantiva, respecto a la Ley de Penas Corporales que imponían azotes y flagelaciones a los condenados, siendo incompatible este tipo de penas con los principios del bloque de convencionalidad y con el sentido de la dignidad humana. Veamos brevemente lo que estableció la Corte IDH:

“90. La Corte determinará si el Estado ha cumplido con sus obligaciones generales contenidas en el artículo 2 de la Convención.

91. Al interpretar el artículo 2 de la Convención, la Corte ha considerado que:

[s]i los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención⁴⁷.

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 agentes estatales sino, primordialmente, de la existencia misma y de los términos de la Ley de Penas Corporales (supra párr. 73).

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 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 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

⁴⁶ Corte IDH, Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de Marzo De 2005 (Fondo, Reparaciones Y Costas), párrafos 90-94.

⁴⁷ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 7, párr. 113.

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 2 de la Convención, en relación con el artículo 5.1 y 5.2 de la misma”.

- d) **Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos**⁴⁸.- Este es un caso célebre en la que se sanciona al Estado mexicano, por incumplir las reforma penales respecto a las desapariciones que ocurren en el Estado mexicano, fruto de los oscuros crímenes realizados por las organizaciones de narcotráfico y en donde existen tanto paramilitares que forman parte de los escuadrones armados de los carteles de narcotráfico y en la cual son miles de personas desaparecidas y cuya impunidad fruto del terror, quedan sin investigar, estos hechos han llegado a connaturalizarse lamentablemente en el régimen político mexicano.

“139. En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas. La Corte ha reiterado que ésta constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, y su prohibición ha alcanzado carácter de jus cogens.

140. La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada se desprende no sólo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (...) sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. Además, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales, coinciden con la caracterización indicada.

146. En tal sentido, el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal en el presente caso. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la

⁴⁸ Corte IDH, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Párrafos 139, 140, 146, 253-162, 172, 321 y 324.

necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional.

153. [P]ara la Corte es evidente que las autoridades militares que detuvieron al señor Radilla Pacheco eran responsables por la salvaguarda de sus derechos. El Tribunal ha establecido que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto. Además, esta Corte ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “[e]l solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención”.

154. Tomando en cuenta lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad e integridad personal, y a la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en relación con lo dispuesto en los artículos I y XI de la CIDFP.

155. En cuanto a la alegada violación del artículo 3 de la Convención Americana (...), la Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona [e]n cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones (...).

157. (...) Más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado. En el caso que nos ocupa, esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco.

158. En consideración de lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, el reconocimiento a la personalidad jurídica y la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en virtud de la desaparición forzada de la cual es víctima, realizada por agentes militares. En tal sentido, el Estado tiene el deber de garantizar los derechos a través de la prevención e investigación diligente de la desaparición forzada. Esto obliga al Estado a adelantar investigaciones serias y efectivas para determinar su suerte o paradero, identificar a los responsables y, en su caso, imponerles las sanciones correspondientes. El desconocimiento del destino del señor Radilla Pacheco, su paradero o el de sus restos, se mantiene hasta el día de hoy, sin que haya habido una investigación efectiva para averiguar lo sucedido, lo que hace evidente el incumplimiento de este deber. La Corte analizará en el Capítulo IX de esta Sentencia lo relativo al deber de investigación a cargo del Estado. Para la determinación de las violaciones alegadas, basta

señalar que en este caso el Estado no ha garantizado efectivamente los derechos contenidos en las disposiciones analizadas.

159. En conclusión, el Estado es responsable de la violación de los artículos 7.1 (Libertad Personal); 5.1 y 5.2 (Integridad Personal); 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) y 4.1 (Derecho a la Vida), en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos I y XI de la CIDFP.

161. La Corte ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido.

162. Al respecto, este Tribunal ha estimado que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción iuris tantum respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, y compañeros y compañeras permanentes (en adelante “familiares directos”), siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso. Respecto de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción.

172. Tomando en cuenta lo anterior, este Tribunal concluye que la violación de la integridad personal de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco se ha configurado por las situaciones y circunstancias vividas por ellos durante la desaparición de aquél. Estas afectaciones, comprendidas integralmente en la complejidad de la desaparición forzada (supra párrs. 138 a 146), subsisten mientras persistan los factores de impunidad verificados. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal de Tita, Andrea y Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

III.

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos I D) y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

321. La Corte ha reiterado que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Visto de esta manera, el tipo penal de desaparición forzada de personas del Código Penal Federal

mexicano presenta un obstáculo para asegurar la sanción de “todos los autores, cómplices y encubridores” provenientes de “cualesquiera de los poderes u órganos del Estado”. Para satisfacer los elementos mínimos de la correcta tipificación del delito, el carácter de “agente del Estado” debe ser establecido de la forma más amplia posible.

324. La Corte valora positivamente los esfuerzos realizados por México para adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales. Si bien el tipo penal actualmente en vigor permite la penalización de ciertas conductas que constituyen desaparición forzada de personas, sin embargo, del mismo no se desprende una adecuación que haga plenamente efectiva la normativa internacional vigente sobre la materia. En tal sentido, la Corte Interamericana considera que el Estado no ha cumplido plenamente las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos I y III de la CIDFP, para garantizar debidamente la investigación y eventual sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada en el presente caso”.

- e) **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**⁴⁹.- Este es otro caso similar al anterior siempre vinculado a los crímenes que generan tanto las desapariciones de personas y en donde el Estado lamentablemente no coadyuva ni impulsa el deber constitucional y convencional de realizar lo que le es debido: investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes que a la postre quedan impunes. Veamos brevemente lo que estableció la Corte IDH:

109. La Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la vida de las víctimas “mediante la adopción de medidas para prevenir sus asesinatos[,] incurriendo de este modo en una violación del artículo 4 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado”. Asimismo, solicitó que “declare que el Estado falló en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia sufridos por [las víctimas] en contravención del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará”. Por último, sostuvo que el Estado incumplió su obligación de investigar efectiva y adecuadamente las desapariciones y posterior muerte de las jóvenes González, Herrera y Ramos, en violación de los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención Americana. Según la Comisión, “[n]o obstante el transcurso de seis años, el Estado no ha avanzado en el esclarecimiento de los sucesos o de la responsabilidad correspondiente”.

110. Los representantes coincidieron con la Comisión y además alegaron que “la omisión del [E]stado para preservar los derechos humanos de las v[í]ctimas aplica en cuanto al derecho a la vida, pero también al derecho a la integridad personal y a la libertad personal, en relación directa con el derecho al debido proceso”. Señalaron que “la omisión de acción y reacción de las autoridades ante las denuncias de desaparición, no solo favoreció que las mataran sino también que las mantuvieran privadas de libertad y que las torturaran; lo anterior a pesar de la conocida situación de riesgo en la que se encontraban las mujeres”.

111. El Estado, aunque reconoció “lo grave que son estos homicidios”, negó “violación alguna” de su parte a los derechos a la vida, integridad y libertad personales. Según el Estado, ni la Comisión ni los representantes “han probado responsabilidad de agentes del Estado en los homicidios”. Además, alegó que en la segunda etapa de las investigaciones de estos tres casos, a partir del año 2004, “se subsanaron plenamente las irregularidades, se reintegraron los

⁴⁹ Corte IDH, Sentencia de 16 de Noviembre De 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), párrafos 109-112 y 602.

expedientes y se reiniciaron las investigaciones con un sustento científico, incluso con componentes de apoyo internacional”. Según el Estado, “no existe impunidad. Las investigaciones de los casos continúan abiertas y se siguen desahogando diligencias para dar con los responsables”.

112. La controversia planteada exige que la Corte analice el contexto que rodeó a los hechos del caso y las condiciones en las cuales dichos hechos pueden ser atribuidos al Estado y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional derivada de la presunta violación de los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Asimismo, a pesar del allanamiento efectuado por el Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas respecto a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado y el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Para ello, el Tribunal pasará a realizar las consideraciones de hecho y de derecho pertinentes, analizando las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación del Estado. (...)

Decisión de la Corte por unanimidad:

1. Aceptar parcialmente la excepción preliminar interpuesta por el Estado, de conformidad con los párrafos 31 y 80 de la presente Sentencia y, por ende, declarar que: i) tiene competencia contenciosa en razón de la materia para conocer de alegadas violaciones al artículo 7 de la Convención Belém do Pará, y ii) no tiene competencia contenciosa en razón de la materia para conocer de supuestas violaciones a los artículos 8 y 9 de dicho instrumento internacional.
2. Aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 20 a 30 de la presente Sentencia. DECLARA, por unanimidad, que,
3. No puede atribuir al Estado responsabilidad internacional por violaciones a los derechos sustantivos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, derivadas del incumplimiento de la obligación de respeto contenida en el artículo 1.1 de la misma, de conformidad con los párrafos 238 a 242 de esta Sentencia.
4. El Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contemplada en el artículo 2 de la misma, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal, en los términos de los párrafos 243 a 286 de la presente Sentencia.
5. El Estado incumplió con su deber de investigar -y con ello su deber de garantizar- los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal. Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la

misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de: Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, de conformidad con los párrafos 287 a 389 de la presente Sentencia.

6. El Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con el deber de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de dicho tratado, en perjuicio de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González; así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la mencionada Convención, en perjuicio de Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, en los términos de los párrafos 390 a 402 de la presente Sentencia.

7. El Estado violó los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, de conformidad con los párrafos 403 a 411 de la presente Sentencia.

8. El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los sufrimientos causados a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, en los términos de los párrafos 413 a 424 de la presente Sentencia.

9. El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los actos de hostigamiento que sufrieron Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, en los términos de los párrafos 425 a 440 de la presente Sentencia.

10. El Estado no violó el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana, en los términos de los párrafos 441 a 445 de la presente Sentencia.

por unanimidad, que,

11. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

12. El Estado deberá, conforme a los párrafos 452 a 455 de esta Sentencia, conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a las siguientes directrices:

i) se deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso;

ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cuál se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género;

iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y

iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso.

13. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables, conforme a lo expuesto en los párrafos 456 a 460 de esta Sentencia.

14. El Estado deberá realizar, dentro de un plazo razonable, las investigaciones correspondientes y, en su caso, sancionar a los responsables de los hostigamientos de los que han sido objeto Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 461 y 462 de esta Sentencia.

15. El Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, publicar en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el estado de Chihuahua, por una sola vez, los párrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 y 212 a 221 de esta Sentencia y los puntos resolutivos de la misma, sin las notas al pie de página correspondientes.

Adicionalmente, el Estado deberá, dentro del mismo plazo, publicar la presente Sentencia íntegramente en una página electrónica oficial del Estado. Todo ello de conformidad con el párrafo 468 de esta Sentencia.

16. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso, en honor a la memoria de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González, en los términos de los párrafos 469 y 470 de la presente Sentencia.

17. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, en los términos de los párrafos 471 y 472 de la presente Sentencia. El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional, en cumplimiento de lo ordenado en el punto resolutivo anterior.

18. El Estado deberá, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género, conforme a lo dispuesto en los párrafos 497 a 502 de esta Sentencia. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años.

19. El Estado deberá, en un plazo razonable y de conformidad con los párrafos 503 a 506 de esta Sentencia, adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a las siguientes directrices, debiendo rendir un informe anual durante tres años:

- i) implementar búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida;
- ii) establecer un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona;
- iii) eliminar cualquier obstáculo de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares;
- iv) asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda;
- v) confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecidas referida en los párrafos 509 a 512 supra, y vi) priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda. Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea una niña.

20. El Estado deberá crear, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, una página electrónica que deberá actualizarse permanentemente y contendrá la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas. Dicha página electrónica deberá permitir

que cualquier individuo se comuniquen por cualquier medio con las autoridades, inclusive de manera anónima, a efectos de proporcionar información relevante sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida o, en su caso, de sus restos, de conformidad con los párrafos 507 y 508 de esta Sentencia.

21. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia y de conformidad con los párrafos 509 a 512 de la misma, crear o actualizar una base de datos que contenga:

- i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional;
- ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan –o que así lo ordene un juez- para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y
- iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua.

22. El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos en los términos de los párrafos 531 a 542 de la presente Sentencia. El Estado deberá informar anualmente, durante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones.

23. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin, en los términos del párrafo 543 de la presente Sentencia.

24. El Estado debe brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de instituciones estatales de salud especializadas, a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, si éstos así lo desean, en los términos de los párrafos 544 a 549 de esta Sentencia.

25. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, pagar las cantidades fijadas en los párrafos 565, 566, 577, 586 y 596 de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, bajo las condiciones y en los términos de los párrafos 597 a 601 de la presente Sentencia.

26. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará

por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia el Estado deberá rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento”.

- f) **Caso Ivcher Bronstein vs Perú**⁵⁰.- Se trata un control de convencionalidad que ejerció el empresario de origen israelí nacionalizado peruano; y que luego dichas autoridades le anularon su nacionalidad, habiendo el justiciable renunciado previamente a su nacionalidad originaria; por lo que la Corte IDH dispuso como obligación el restablecimiento de la nacionalidad por adopción, así como el restablecimiento de diversos derechos de orden convencional; el Estado peruano pretendió sustraerse al cumplimiento solicitando el “retiro” de la competencia de la Corte, hecho que, a la postre no prosperó. La Comisión dispuso que el Estado igualmente cumpliera con emitir políticas legislativas, a fin de evitar que se produzcan hechos similares a los ocurridos. Veamos las partes pertinentes:

2. En los siguientes párrafos, la Corte resume los hechos relevantes para el caso alegados por la Comisión en el escrito de demanda:

a) Por resolución suprema emitida por el Presidente de la República del Perú el 27 de noviembre de 1984, se concedió la nacionalidad peruana al señor Baruch Ivcher Bronstein (en adelante “señor Ivcher”), nacido en Israel, bajo condición de que renunciara a su nacionalidad israelí;

b) El 6 de diciembre de 1984 el señor Ivcher renunció a su nacionalidad israelí y, al día siguiente, el Ministro de Relaciones Exteriores le expidió su título de nacionalidad peruana;

c) La nacionalidad peruana es un requisito indispensable para ser propietario de acciones de empresas concesionarias de canales televisivos en el Perú. A mediados del año 1992, el señor Ivcher era propietario del 53.95

% de las acciones de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (en adelante “la Compañía”), empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana, y los hermanos Samuel y Mendel Winter Zuzunaga (en adelante “los hermanos Winter”) eran propietarios del 46% de las acciones de aquélla;

d) En abril de 1997 el Canal 2 difundió, a través de su programa “Contrapunto”, denuncias sobre torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército del Perú, así como reportajes relacionados con ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor de dicho Servicio de Inteligencia. Como consecuencia de estas denuncias, miembros de la Dirección Nacional de la Policía Fiscal sugirieron al señor Ivcher que modificara su línea informativa;

e) El 23 de mayo de 1997 se abrió “un proceso de la Dirección Nacional de Policía Fiscal contra el señor Ivcher”, quien no concurrió por encontrarse fuera del país, razón por la cual se ordenó su detención. El mismo día el Ejecutivo expidió un decreto supremo que reglamentó la Ley de

⁵⁰Corte IDH, Sentencia de Competencia, 24 de setiembre de 1999, serie C, N° 54, párrafo 2, 15-24, 37 y 38.

Nacionalidad y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados;

f) El 3 de junio de 1997 el señor Ivcher interpuso una acción de amparo, ante la amenaza que dicho decreto podría significar para su nacionalidad. La acción fue declarada improcedente el 20 de febrero de 1998. También se resolvió la improcedencia de otras demandas tendientes a la declaración de inconstitucionalidad del decreto mencionado;

g) En junio de 1997, por resolución administrativa, el Gobierno peruano alteró la composición de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Posteriormente, la mencionada Sala removió de sus cargos y reemplazó a los jueces que se desempeñaban como vocales especializados en derecho público;

h) El 10 de julio de 1997, mientras el Canal 2 anunciaba la emisión de un reportaje sobre interceptaciones telefónicas realizadas a candidatos opositores al Gobierno, el Director General de la Policía Nacional expuso, en conferencia de prensa, conclusiones de un informe de la Dirección de Migraciones y Naturalización, según el cual no se había localizado el expediente que dio origen al título de nacionalidad peruana del señor Ivcher, ni se había demostrado que éste renunció a su nacionalidad israelí. El 11 de los mismos mes y año, el Director General de Migraciones y Naturalización emitió una resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher;

i) Como resultado de una demanda de amparo presentada por los hermanos Winter, el señor Percy Escobar, Juez Penal provisional designado en el Juzgado Especializado en Derecho Público, ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos que el señor Ivcher poseía como accionista mayoritario de la Compañía y su nombramiento como Director y Presidente, se convocara a una Junta Extraordinaria de accionistas para elegir un nuevo directorio, se prohibiera la transferencia de las acciones del señor Ivcher y se otorgara a los demandantes la administración provisional de la Compañía;

j) Resultaron infructuosas las acciones interpuestas por el señor Ivcher, a partir de julio de 1997, para obtener la revocación de la resolución que dejó sin efecto su título de nacionalidad y para suspender las consecuencias de la misma;

k) El 19 de septiembre de 1997, el Juez Percy Escobar, asistido por la fuerza pública del Perú, hizo entrega de la administración de la Compañía a los hermanos Winter e impidió el ingreso a ésta de los periodistas que laboraban en el programa “Contrapunto”; y

l) En el padrón correspondiente al proceso electoral realizado en el Perú el 12 de octubre de 1998, apareció anulada la inscripción del señor Ivcher.

(...)

15. El 31 de marzo de 1999 la Comisión presentó una demanda para que la Corte decidiera si hubo violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales); 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión); 20 (Derecho a la Nacionalidad); 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1

(Obligación de Respetar los Derechos) de la misma. Igualmente, solicitó que la Corte ordenara al Perú restablecer y garantizar al señor Ivcher el goce integral de sus derechos violados, y en particular:

- a. Que disp[usiera] el restablecimiento del Título de Nacionalidad peruana del señor Ivcher Bronstein y el reconocimiento en forma plena e incondicional de su nacionalidad peruana, con todos los derechos y atributos correspondientes.
- b. Que disp[usiera] el restablecimiento de la situación jurídica en el goce y ejercicio del derecho de propiedad del señor Ivcher Bronstein sobre sus acciones de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., y que disp[usiera] que el señor Ivcher Bronstein recupere todos sus atributos como accionista y como administrador de dicha empresa.
- c. Que orden[ara] al Estado peruano garantizar al señor Ivcher Bronstein el goce y ejercicio [de] su derecho a la libertad de expresión, y en particular, que ces[ara] los actos de hostigamiento y persecución en su contra, incluidos los actos en contra de su familia y su empresa.
- d. Que orden[ara] al Estado peruano reparar e indemnizar plenamente al señor Ivcher Bronstein por todos los daños materiales y morales que la actuación de los órganos administrativos y judiciales del Perú le hayan ocasionado.

La Comisión también solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para evitar que se repitan hechos de la misma naturaleza, y la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos fundamentales cometidas en perjuicio del señor Ivcher. Finalmente, la Comisión solicitó que se condenara al Estado al pago de las costas y al reembolso de los gastos en que incurrió la víctima para litigar en este caso, tanto en el ámbito interno como en el sistema interamericano, incluyendo los honorarios razonables de sus representantes.

16. La Comisión designó como delegados a los señores Hélio Bicudo y Claudio Grossman; como asesores a los señores Jorge E. Taiana, Hernando Valencia Villa,

Christina M. Cerna, Ignacio Alvarez y Santiago Cantón, y como asistentes a los señores Alberto A. Borea Odría, Elliot Abrams, Viviana Krsticevic y María Claudia Pulido.

17. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento, el 20 de abril de 1999 el Presidente solicitó a la Comisión que subsanara ciertos defectos en la presentación de la demanda, y para ello se le otorgó un plazo de veinte días.

18. El 5 de mayo de 1999 la Comisión subsanó los defectos en la documentación que acompañó en la demanda.

19. El 10 de mayo de 1999 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”) notificó al Estado la demanda y le informó sobre los plazos para contestarla, oponer excepciones preliminares y nombrar representantes. Asimismo, se comunicó al Estado que tenía derecho a designar Juez *ad hoc*.

20. El 17 de mayo de 1999 el Embajador del Perú en Costa Rica comunicó a la Corte que la demanda correspondiente a este caso había sido recibida el 12 de mayo del mismo año en el Gabinete del señor Ministro de Relaciones Exteriores del Perú.

21. El 8 de junio de 1999 el Estado designó al señor Mario Federico Cavagnaro Basile como agente y al señor Sergio Tapia Tapia como agente alterno, y señaló el domicilio donde se recibirían oficialmente las comunicaciones relativas al caso.

22. El 11 de junio de 1999 el Estado presentó un escrito en el que expresó las discrepancias que a su juicio existían en cuanto al plazo para designar Juez *ad hoc* y solicitó, además, la ampliación de ese plazo por un tiempo razonable. Dicha extensión fue concedida hasta el 11 de julio de 1999.

23. El 4 de agosto de 1999 el Ministro y el Consejero de la Embajada del Perú en Costa Rica comparecieron ante la Corte Interamericana en San José, Costa Rica, para devolver la demanda del caso Ivcher Bronstein y sus anexos. Dichos funcionarios entregaron a la Secretaría una nota de fecha 2 de agosto de 1999, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, en la cual se manifiesta que:

a. Mediante Resolución Legislativa N° 27152, de fecha 8 de julio de

1999... el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

b. El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

c. [E]l retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito del mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte.

Por último, en ese mismo escrito el Estado manifestó que *“la notificación contenida en la nota CDH-11.762/002, de fecha 10 de mayo de 1999, se refiere a un caso en el que esa Honorable Corte ya no es competente para conocer de demandas interpuestas contra la República del Perú, al amparo de la competencia contenciosa prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

24. El 10 de septiembre de 1999 la Comisión presentó sus observaciones sobre la devolución de la demanda y sus anexos por parte del Perú. En su escrito, la Comisión manifestó que:

a. la Corte asumió competencia para considerar el presente caso a partir del 31 de marzo de 1999, fecha en que la Comisión interpuso la demanda. El supuesto “retiro” de la competencia contenciosa de la Corte el 9 de julio de 1999 y la devolución de la demanda y sus anexos el 4 de agosto del mismo año por el Perú no producen efecto alguno sobre el ejercicio de la competencia del Tribunal en este caso;

b. el acto unilateral de un Estado no puede privar a un tribunal internacional de la competencia que éste ha asumido previamente; la posibilidad de retirar el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte no está prevista en la Convención Americana, es incompatible con ésta y carece de fundamento jurídico; y en caso de que no fuera así, el retiro requeriría, para producir efectos, de una notificación formulada un año antes de la conclusión de sus efectos, en aras de la seguridad y la estabilidad jurídicas.

Por último, la Comisión solicitó a la Corte determinar que la devolución de la demanda del caso Ivcher Bronstein y sus anexos por el Perú, no tiene validez legal, continuar ejerciendo su competencia sobre el presente caso y convocar a una audiencia pública sobre el fondo del mismo en la más pronta oportunidad procesal. (**)

37. 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 sólo 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, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal¹. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo

que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos (*cf. infra* 42 a 45) y su implementación colectiva.

38. Según el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante “la Convención de Viena”), “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

g) Caso Durand y Ugarte vs Perú⁵¹.- Este caso, similar a otros anteriores, forma parte de las graves violaciones de personas que eran objeto de desapariciones presuntamente por personal paramilitar; aquí lo relevante es que la inconventionalidad se manifiesta en que se pide al Estado reformar las competencias de la justicia militar por un lado; por otro lado encontrar a las personas víctimas de las desapariciones y resarcir a los familiares los daños que estas violaciones desencadenan. Se observa igualmente que la Comisión IDH, pide al Estado un “abstenerse” a fin de que se puedan ejercitar los derechos y libertades fundamentales. Resulta interesante apreciar lo que sostiene la Comisión: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone una obligación de no hacer, que consiste

⁵¹ Corte IDH, Sentencia de Fondo, 16 de agosto del 2000, Serie C, N° 68, párrafos 7, 132, 140-146.

en que los agentes del Estado deben abstenerse de realizar acciones que puedan invadir la esfera de libertad garantizada en cada uno de los derechos enumerados en el tratado, y una obligación de hacer, para asegurar a cada persona el pleno goce y ejercicio de los mismos derechos”. Veamos el excurso de lo que resuelve la Corte IDH:

7. El 5 de marzo de 1996 la Comisión aprobó el Informe No. 15/96, que transmitió al Estado el 8 de mayo del mismo año. En la parte dispositiva de dicho Informe, la Comisión resolvió:

1. DECLARAR que el Estado del Perú es responsable de la violación en perjuicio de Gabriel Pablo Ugarte Rivera y de [Nolberto] Durand Ugarte, del derecho a la libertad personal, a la vida y a una efectiva protección judicial, así como de las garantías judiciales del debido proceso legal que reconocen, respectivamente, los artículos 7, 4, 25 y 8 de la Convención Americana y que, asimismo, en el presente caso el Estado peruano no ha cumplido con la obligación de respetar los derechos y garantías que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana.

2. RECOMENDAR al Estado del Perú que pague una adecuada, pronta y efectiva indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas por el daño moral y material causado como consecuencia de los hechos denunciados y comprobados por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. SOLICITAR al Gobierno del Perú que en el plazo de 60 días a partir de la notificación del presente informe, comunique a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las medidas que hubiera adoptado en el presente caso, de conformidad con las recomendaciones contenidas en el párrafo anterior.

4. TRANSMITIR el presente Informe de acuerdo con el artículo 50 de la Convención Americana y comunicar al Gobierno del Perú que no está autorizado a publicarlo.

5. SOMETER el presente caso a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos si, en un plazo de sesenta días, el Estado peruano no diese cumplimiento a la recomendación a que se refiere el párrafo 2.

(...)

132. En cuanto al incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la

Comisión alegó que:

a) el Estado había violado la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone una obligación de no hacer, que consiste en que los agentes del Estado deben abstenerse de realizar acciones que puedan invadir la esfera de libertad garantizada en cada uno de los derechos enumerados en el tratado, y una obligación de hacer, para asegurar a cada persona el pleno goce y ejercicio de los mismos derechos;

b) las violaciones a la Convención respecto de los artículos 4, 7.6, 8, 25.1 y 27.2 implican la violación del artículo 1.1 de la Convención; y

c) la Convención en su artículo 2 explícitamente compromete a los Estados a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención. Dicha disposición obliga al Estado, por un lado, a adoptar nuevas medidas y, por otro, a derogar aquella legislación incompatible con la Convención. En consecuencia, si el Perú mantiene en su legislación el Decreto-Ley No. 23.201 (Ley Orgánica de Justicia Militar), que contradice los derechos garantizados en los artículos 8 y 25 de la Convención, viola asimismo sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la misma.

136. Al respecto, la Corte ha dicho que [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, 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 consagrados⁵².

140. En cuanto a la aplicación del artículo 63.1 de la Convención, la Comisión solicitó a la Corte disponer que

a) el Perú lleve a cabo una investigación para identificar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones en el presente caso;

b) el Perú informe sobre el paradero de los restos de Nolberto Durand

Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera y los entregue a sus familiares;

c) ordene al Perú reparar en forma adecuada, tanto material como moralmente, a los familiares de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, por el daño sufrido como consecuencia de las violaciones a los derechos consagrados en la Convención; y

d) ordene al Perú el pago de los gastos en que han incurrido los familiares y representantes de las víctimas por su actuación tanto ante la Comisión como ante la Corte. Además, en sus alegatos finales pidió que se ordenara el pago de los gastos en que incurrieron los familiares y los peticionarios en la sede interna.

141. Por su parte, el Estado no se refirió a las peticiones anteriores de la Comisión.

142. El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que

⁵² Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68.

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

143. La Corte considera que el Estado está obligado a investigar los hechos que produjeron las violaciones. Inclusive, en el supuesto de que las dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de éstas y, en su caso, el paradero de sus restos. Corresponde al Estado, por tanto, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance. A este deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas. Tales obligaciones a cargo del Estado se mantendrán hasta su total cumplimiento.

144. Es evidente que, en el presente caso, la Corte no puede disponer que se garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados. En cambio, es procedente la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos específicos, que debe comprender una justa indemnización y el resarcimiento de los gastos en que hubieran incurrido los familiares con motivo de las gestiones relacionadas con este proceso.

145. Para la determinación de las reparaciones, la Corte necesitará información y elementos probatorios suficientes, por lo que procede abrir la etapa procesal correspondiente. A este efecto, comisiona a su Presidente para que adopte las medidas que sean necesarias.

XVII. PUNTOS RESOLUTIVOS

146. Por tanto,

LA CORTE,

Por unanimidad,

1. declara que el Estado violó, en perjuicio de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por seis votos contra uno,

2. declara que no se ha comprobado que el Estado violó, en perjuicio de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Disiente el Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo. por unanimidad,

3. declara que el Estado violó, en perjuicio de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, el artículo 7.1 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por unanimidad,

4. declara que el Estado violó, en perjuicio de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por unanimidad,

5. declara que el Estado violó, en perjuicio de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, así como de sus familiares, los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por unanimidad,

6. declara que el Estado ha incumplido las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutivos anteriores en la presente sentencia.

Por unanimidad,

7. decide que el Estado está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables.

por unanimidad,

8. decide que el Estado debe reparar los daños causados por las violaciones. por unanimidad,

9. decide abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias.”

- h) Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador⁵³.**- El presente caso gira en torno a incursiones de fuerzas policiales que terminan bajo unos operativos en estado de emergencia violando la vida de tres personas que fueron ejecutadas extrajudicialmente. La Corte IDH aparte de establecer la tesis del Contralor judicial total; esto es que aún en estado de excepción y emergencia, que si bien se suspende son determinadas libertades, ello no impide que se suspendan las garantías constitucionales; esto es procesos constitucionales como el hábeas corpus o el proceso de amparo. En este caso, hay una manifiesta inconventionalidad por omisión donde señala la Corte que el Estado “tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción”. La Corte igualmente señala que los Estados no deben “tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar efectivamente, en su caso, a los responsables, el Estado viola sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención a la presunta víctima y sus familiares”. Veamos las piezas pertinentes de este fallo convencional:

⁵³ Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 4 julio de 2007, Serie C, N° 166, párrafo 2, 3, 31, 54, 56,79-81, 101, 124, 125,152-154,169.

2. La demanda se refiere a la alegada ejecución extrajudicial de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, supuestamente cometida el 6 de marzo de 1993 en Guayaquil, Ecuador, y la subsiguiente presunta falta de investigación de los hechos. La Comisión señala que “los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo y José Miguel Caicedo [supuestamente] fueron ejecutados durante [un operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador], realizado en el marco de una suspensión de garantías

no ajustada a los parámetros pertinentes”. Asimismo, la Comisión alega que “más de trece años [después de ocurridos] los hechos, el Estado no ha efectuado una investigación seria ni ha identificado a los responsables materiales e intelectuales de las ejecuciones de las [presuntas] víctimas, razón por la cual [... éstos] se encuentran impunes”.

3. La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado es responsable por la violación de “sus obligaciones contempladas en los artículos 27 (suspensión de garantías), 4 (derecho a la vida), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 [(Obligación de respetar los derechos)] y 2 [(deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma]”. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación.

31. Teniendo en cuenta las atribuciones que le incumben de velar por la mejor protección de los derechos humanos y el contexto en que ocurrieron los hechos del presente caso, el Tribunal estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos y los elementos pertinentes del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, lo cual constituye una forma de reparación para los familiares de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, una contribución a la preservación de la memoria histórica y a evitar que se repitan hechos similares, y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos⁵⁴. De tal manera, sin perjuicio de los alcances del reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado, la Corte considera pertinente valorar los hechos del presente caso, tanto los reconocidos por Ecuador (*supra* párrs. 17 a 21) como los demás incluidos en la demanda. Además, la Corte estima necesario hacer algunas precisiones respecto de la manera en que las violaciones ocurridas se han manifestado en el contexto y circunstancias del caso, así como de ciertos alcances relacionados con las obligaciones establecidas en la Convención Americana, para lo cual abrirá los capítulos respectivos. En dichos capítulos la Corte también analizará los hechos, lo alegado en cuanto al fondo y las eventuales reparaciones respecto de los cuales se encuentre abierta la controversia sobre la responsabilidad internacional del Estado.

54. La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se

⁵⁴ Caso Bueno Alves, *supra* nota 8, párr. 35; Caso de la Masacre de la Rochela, *supra* nota 7, párr. 54; Caso La Cantuta, *supra* nota 7, párr. 57.

mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades⁵⁵, las cuales serán distintas según los derechos afectados⁵⁶. Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías⁵⁷. Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales⁵⁸.

56. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)

79. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo⁵⁹. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)⁶⁰.

80. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁶¹.

81. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la

⁵⁵ en similar sentido, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 25, párr. 29.

⁵⁶ en similar sentido, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 25, párr. 28.

⁵⁷ en similar sentido, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 38. Ver también Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie A No. 68, párr. 107.

⁵⁸ Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 35, párr. 21. Ver también Durand y Ugarte, supra nota 35, párr. 99.

⁵⁹ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 64.

⁶⁰ Caso Baldeón García, supra nota 61, párr. 83. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 64, y Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 129.

⁶¹ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Vargas Areco. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 14.

vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁶².

101. Según fue señalado, en este caso los señores Zambrano Vélez, Caicedo Cobeña y Caicedo Cobeña fueron privados de su vida por agentes estatales que hicieron uso letal de la fuerza, en el marco de un operativo de seguridad y en ejercicio de sus funciones. En efecto, el Código de Conducta de Naciones Unidas para Oficiales de Seguridad Pública y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, prohíben el empleo de armas de fuego “excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas” y “salvo en defensa propia o de otras personas [...] o con el objeto de detener a una persona que represente [peligro inminente de muerte o lesiones graves] y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos”⁶³. En este caso no se ha demostrado que esas personas fueran privadas de su vida en alguno de esos supuestos excepcionales.

124. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar efectivamente, en su caso, a los responsables, el Estado viola sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención a la presunta víctima y sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse⁶⁴.

125. Además de lo anterior, en los dos capítulos precedentes fue determinada la existencia de normas que impedían realizar un adecuado control del estado de emergencia y de la legitimidad del uso de la fuerza y del operativo en cuestión por la vía de una investigación independiente e imparcial (*supra* párrs. 53 a 68 y 94). Es razonable suponer que la legislación que dio base para la suspensión de garantías y para la realización del operativo en cuestión, fuera una de las razones – aunque no justificación- por las cuales no fue abierta una investigación en la jurisdicción penal ordinaria. De tal manera, esas garantías judiciales resultaron, en efecto, suspendidas.

152. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte las medidas necesarias en el ordenamiento interno para adecuar la legislación sobre estados de excepción, a fin de adecuarla a la Convención Americana, a las interpretaciones jurisprudenciales de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, y otros parámetros internacionales aplicables; que

⁶² Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 66. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, *supra* nota 14, párr. 238, y Caso Servellón García y otros, *supra* nota 14, párr. 102.

⁶³ Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, artículo 3; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Principio 9.

⁶⁴ *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 7, párr. 156. Ver también *Caso de la Masacre de la Rochela*, *supra* nota 7, párr. 148, y *Caso Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 61, párr. 146.

es necesaria “la modificación del Código Penal de la Policía Nacional a fin de esclarecer los lineamientos sobre la aplicación del fuero especial y del fuero ordinario; y reglamentar de manera adecuada el uso de armas de fuego por parte de la fuerza pública”. Por su parte, los representantes consideran adecuado que la Corte ordene al Estado que lleve a cabo las reformas legales necesarias para dar paso a la unidad jurisdiccional, y de esta forma, toda violación a los derechos humanos sea juzgada en el fuero ordinario y los tribunales militares sólo tengan competencia para conocer de delitos estrictamente militares y que afecten a la institución; específicamente solicitan que se proceda a reformar la Ley de Seguridad Nacional para que no se otorgue jurisdicción inmediata a los tribunales militares sobre hechos que ocurran durante los estados de emergencia y para que bajo ninguna circunstancia dichos tribunales tengan competencia para juzgar a persona civil.

153. La Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.

154. En especial el Estado debe adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías a la Convención Americana, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional. Específicamente, tiene que adecuar su legislación en el sentido de que la jurisdicción militar no pueda asumir competencias de la jurisdicción ordinaria, en los términos señalados en esta Sentencia (*supra* párrafos. 53 a 68).

X. PUNTOS RESOLUTIVOS

169. Por tanto,

LA CORTE,

DECLARA,

Por unanimidad, que:

1. Acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la suspensión de garantías establecidas en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 8 a 31 de la presente Sentencia.

2. El Estado incumplió las obligaciones relacionadas con la suspensión de garantías, establecidas en el artículo 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con respecto a los derechos a la vida, a las garantías judiciales

y a la protección judicial, establecidos en los artículos 1.1, 2, 4, 8.1 y 25 de dicho tratado, respectivamente, en los términos de los párrafos 42 a 71 de la presente Sentencia.

3. El Estado violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, por la privación arbitraria de la vida de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, quienes fueron ejecutados extrajudicialmente, en los términos de los párrafos 72 a 110 de la presente Sentencia.

4. El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Alicia Marlene Rodríguez Villegas, Karen Lisette Zambrano Rodríguez, Johanna Elizabeth Zambrano Abad, Jennifer Karina Zambrano Abad, Ángel Homero Zambrano Abad, Jessica Marlene Baque Rodríguez y Christian Eduardo Zambrano Ruales, familiares del señor Wilmer Zambrano Vélez; Silvia Liza Macías Acosta, Vanner Omar Caicedo Macías, Olmedo Germán Caicedo

Macías, Marjuri Narcisa Caicedo Rodríguez, Gardenia Marianela Caicedo Rodríguez, Elkis Mariela Caicedo Rodríguez, Richard Olmedo Caicedo Rodríguez, Iris Estrella Caicedo Chamorro y Mayerlin Chamorro, familiares del señor Segundo Olmedo Caicedo Cobeña; y Teresa María Susana Cedeño Paz, María Magdalena Caicedo Cedeño, Jessica Soraya Vera Cedeño, Manuel Abelardo Vera Cedeño, Brimer Ramón Vera Cedeño, Kleber Miguel Caicedo Ponce, Mariuxi Mariela Caicedo Ponce, José Kelvin Caicedo Ponce, Cira Seneida Caicedo Ponce, Gina Loyobrígida Caicedo Ponce, familiares del señor José Miguel Caicedo Cobeña, en los términos de los párrafos 110 a 130 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

6. El Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos en la jurisdicción penal ordinaria para identificar, enjuiciar y, en su caso, sancionar, a los responsables de la ejecución extrajudicial de Wilmer Zambrano Vélez, José Miguel Caicedo Cobeña y Segundo Olmedo Caicedo Cobeña; y así evitar la repetición de hechos como los presentes, en los términos del párrafo 148 de la presente Sentencia. Asimismo, el Estado debe satisfacer el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas y asegurar que ellos tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con el derecho interno y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 149 de la presente Sentencia.

7. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por la ejecución

extrajudicial de las víctimas y las otras violaciones cometidas en el presente caso, en los términos del párrafo 150 de la presente Sentencia.

8. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 8 a 130 de la presente Sentencia y la parte resolutive de la misma, en los términos del párrafo 151 de la misma.

9. El Estado debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro; en especial, el Estado debe adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 152 a 154 de la presente Sentencia.

10. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en todos sus niveles jerárquicos, haciendo especial énfasis en el uso legítimo de la fuerza y los estados de emergencia, y dirigidos a fiscales y jueces en cuanto a estándares internacionales en materia de protección judicial de derechos humanos, en los términos de los párrafos 155 a 158 de la presente Sentencia.

11. El Estado debe pagar directamente a los familiares de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, las cantidades fijadas en los párrafos 139, 140, 143, 144 y 145 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 163, 164, 166 y 167 de la misma.

12. El Estado debe pagar directamente a la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), las cantidades fijadas en el párrafo 161 de la presente Sentencia, por concepto de costas y gastos, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 165 a 167 de la misma.

13. La Corte se reserva la facultad, inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de supervisar la ejecución íntegra de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 168 de la misma”.

- i) **Caso Heliodoro Portugal vs Panamá**⁶⁵.- Panamá tampoco se libró de incursiones de fuerzas paramilitares en que terminan ejecutando a civiles quedando estos hechos impunes, en efecto hubo una desaparición forzosa y una ejecución extrajudicial; y el Estado debió realizar las investigaciones bajo el debido proceso penal e identificar a los responsables. Si se aprecia la línea de todas estas

⁶⁵ Corte IDH, Sentencia de excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párrafos 2, 112, 123, 144, 176 y 275.

jurisprudencias que aquí se vienen glosando, todas ellas giran fundamentalmente en no garantizar los marcos mínimos de los debidos procesos penales, a fin de identificar y sancionar a los responsables de dichos crímenes. Sostiene la Corte IDH que “la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”. Veamos el presente fallo convencional:

2. La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado por la supuesta desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la supuesta falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho y la supuesta falta de reparación adecuada en favor de sus familiares. Según la demanda de la Comisión, el 14 de mayo de 1970 Heliodoro Portugal se encontraba en un café conocido como “Coca-Cola”, ubicado en la ciudad de Panamá, donde fue abordado por un grupo de individuos vestidos de civil, quienes lo obligaron a subir a un vehículo que luego partió con rumbo desconocido. La Comisión alegó que agentes del Estado participaron en dichos hechos, los cuales ocurrieron en una época en la que Panamá se encontraba gobernada por un régimen militar. La Comisión señaló que “[d]urante la dictadura militar no era posible acudir a las autoridades internas con el propósito de presentar denuncias por violaciones a los derechos humanos o averiguar el paradero de una persona”, por lo que la hija de la presunta víctima no denunció la desaparición sino hasta mayo de 1990, luego de que se restaurara la democracia en el país. En septiembre de 1999, en el cuartel conocido como “Los Pumas” en Tocumen, el Ministerio Público encontró unos restos que se presumía pertenecían a un sacerdote católico, pero luego de ser sometidos a exámenes de identificación genética gracias a aportaciones privadas, fueron identificados como pertenecientes a la presunta víctima. Los resultados de los exámenes genéticos fueron comunicados a la familia y se conocieron públicamente en agosto de 2000. El proceso penal correspondiente continúa abierto sin que se haya condenado a los responsables.

112. En este sentido, la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima. De conformidad con todo lo anterior, es necesario entonces considerar integralmente la desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuo o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados. En consecuencia, el análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentalizada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana, así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para los Estados que la hayan ratificado.

123. La Comisión alegó que la actuación de las autoridades estatales, vista en su conjunto, ha propiciado la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de la desaparición forzada de Heliodoro Portugal, lo que caracteriza una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Específicamente, la Comisión señaló que el Estado omitió llevar a cabo investigaciones y procedimientos internos lo suficientemente rigurosos, debido a que ignoró líneas de investigación y posibles partícipes referidos por múltiples testigos que declararon ante la Tercera Fiscalía y la Comisión de la Verdad de Panamá. La Comisión, por otra parte, argumentó que el proceso se demoró de manera excesiva en iniciar y que posteriormente la actuación procesal fue suspendida y clausurada en varias oportunidades. Consecuentemente, la Comisión indicó que la falta de efectividad de los procesos se desprende del hecho de que éstos han excedido el plazo razonable para llevarlos a cabo, ya que hasta el momento ninguna persona ha sido sancionada y la investigación no ha concluido, lo cual ha generado, además, impunidad. Por último, la Comisión indicó que las autoridades competentes no iniciaron de oficio una investigación por tortura, después de que se encontró que los restos del señor Portugal presentaban lesiones compatibles con actos de tortura. De tal forma, la Comisión considera que el Estado no ha investigado, juzgado ni sancionado a los responsables de las presuntas torturas a las que fue sometido el señor Portugal, lo cual constituye, a su vez, una violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

144. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva⁶⁶. La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁶⁷. Es pertinente destacar que el deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultados. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁶⁸.

176. La Comisión solicitó a la Corte que declare el incumplimiento por parte del Estado de “su obligación de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad y considerarlo como delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Esta obligación estatal surgió, según la Comisión, a partir de la ratificación de la Convención sobre Desaparición Forzada el 28 de febrero de 1996. Asimismo, la Comisión alegó que la falta de tipificación de dicho delito desde esa fecha hasta su inclusión en el nuevo Código Penal en el año 2007 “ha obstaculizado el desarrollo efectivo del proceso judicial” en el presente

⁶⁶ Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 112; Caso García Prieto y otros, supra nota 10, párr. 101, y Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, supra nota 18, párr. 130.

⁶⁷ Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131, párr. 170; Caso García Prieto y otros, supra nota 10, párr. 101, y Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 17, párr. 123.

⁶⁸ Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 15, párr. 177; Caso García Prieto y otros, supra nota 10, párr. 100, y Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, supra nota 18, párr. 131.

caso, “permitiendo que se perpetúe la impunidad”. Además, señaló que la tipificación realizada “no se adecua a los estándares internacionales [...] particularmente porque se limita la antijuricidad de la conducta a citas generalizadas o sistemáticas”.

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁶⁹. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos⁷⁰.

275. Por tanto,

LA CORTE

Por unanimidad,

DECIDE:

1. Desestimar la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, de conformidad con los párrafos 15 a 19 de la presente Sentencia.
2. Declarar parcialmente admisible y desestimar parcialmente la excepción preliminar de competencia *ratione temporis* interpuesta por el Estado, de conformidad con los párrafos 31 y 53 de la presente Sentencia.
3. Desestimar la excepción preliminar de competencia *ratione materiae* interpuesta por el Estado, de conformidad con los párrafos 57 a 62 de la presente Sentencia.

DECLARA:

4. El Estado violó el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, así como incumplió con sus obligaciones conforme al artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en relación con el artículo II de dicho instrumento, en perjuicio del señor Heliodoro Portugal, de conformidad con el párrafo 117 de la presente Sentencia.

⁶⁹ Caso *Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 17, párr. 207; Caso *Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párr. 118, y Caso *Salvador Chiriboga*, *supra* nota 6, párr. 122.

⁷⁰ Caso *Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párr. 124, y Caso *Boyce y otros*, *supra* nota 20, párr. 113.

5. El Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Graciela De León, Patria Portugal y Franklin Portugal, de conformidad con el párrafo 158 de la presente Sentencia.

6. El Estado violó el derecho a la integridad personal reconocida en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de Graciela De León, Patria Portugal y Franklin Portugal, de conformidad con el párrafo 175 de la presente Sentencia.

7. El Estado ha incumplido su obligación de tipificar el delito de desaparición forzada, según lo estipulado en los artículos II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de conformidad con los párrafos 187, 195, 197, 200, 207 y 209 de la presente Sentencia.

8. El Estado ha incumplido su obligación de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de conformidad con el párrafo 216 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

9. Esta Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación.

10. El Estado debe pagar a Graciela De León, Patria Portugal y Franklin Portugal, la cantidad fijada en el párrafo 233 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los párrafos 233 y 268 a 272 del mismo.

11. El Estado debe pagar a Graciela De León, Patria Portugal y Franklin Portugal, las cantidades fijadas en el párrafo 239 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño inmaterial, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los párrafos 239 y 268 a 272 del mismo.

12. El Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, en los términos de los párrafos 243 a 247 de la presente Sentencia.

13. El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los capítulos I, III, VI, VII, VIII, IX y X de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos del párrafo 248 del mismo.

14. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas en esta Sentencia, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos del párrafo 249 del mismo.

15. El Estado debe brindar gratuitamente y de forma inmediata, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por Graciela De León de Rodríguez, Patria Portugal y Franklin Portugal, en los términos del párrafo 256 de la Sentencia.

16. El Estado debe tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, en un plazo razonable, en los términos de los párrafos 181, 189, 192 a 207, 213 a 215, y 259 de la presente Sentencia.

17. El Estado debe efectuar el pago por concepto de reintegro de costas y gastos, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 267 a 272 de la misma”.

j) Caso Almonacid y otros Vs Chile⁷¹.- El presente es otro emblemático caso donde la Corte IDH sienta las bases del control convencional vinculados al tema de las amnistías. El Tribunal dividió el análisis de la cuestión en los siguientes rubros : a) Analizar si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad, b) en segundo lugar y en caso que se establezca que tal homicidio constituye un crimen de lesa humanidad, la Corte plantea la tesis, si dicho crimen puede o no ser amnistiado, c) en tercer lugar y en caso que se establezca que tal crimen no puede ser amnistiado, el Tribunal analiza si el Decreto Ley 2.191 amnistía o no este crimen y si el Estado violó o no la Convención al mantener vigente esa normativa, y d) finalmente, la Corte interpreta si la aplicación de dicha normativa por parte de las autoridades judiciales en el presente caso conlleva una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. Veamos las piezas pertinentes de esta interpretación convencional en la que subyace, desde luego omisiones de naturaleza inconvencional:

1. El 11 de julio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”), la cual se originó en la denuncia número 12.057, recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de septiembre de 1998.

2. La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió con la obligación emanada del artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención.

3. Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda se refieren a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

⁷¹ Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 1-4, 83, 86-90, 105, 106, 117-122, 124 y 171.

4. Además, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda (*infra* párr. 139). Por último, solicitó a la Corte que ordene al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

(Obligación de respetar los derechos y Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y violación de los Artículos 8 y 25 de la misma (Garantías Judiciales Y Protección Judicial).

83. *Alegatos de la Comisión*

a) la denegación de justicia en perjuicio de la familia del señor Almonacid Arellano deriva de la aplicación del Decreto Ley de auto amnistía, expedido por la dictadura militar como auto perdón, en beneficio de sus miembros. El Estado ha mantenido en vigor esa ley tras la ratificación de la Convención Americana; a su vez, los tribunales chilenos la han declarado constitucional y la continúan aplicando;

b) en el presente caso, es claro que la vigencia del Decreto Ley de auto amnistía afecta el derecho de las víctimas a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables de matar y herir a sus familiares. Esta ley en definitiva, afecta el derecho de las víctimas a la justicia;

c) la aplicación del Decreto Ley de auto amnistía tuvo el efecto de cercenar de forma definitiva el procedimiento judicial que tenía como objeto la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de la detención arbitraria y ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano. En ese sentido, el Estado chileno ha violado los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención, en perjuicio de sus familiares;

d) otra consecuencia de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 y el subsiguiente archivo del proceso de investigación fue desconocer el derecho de los familiares del señor Almonacid Arellano a ser oídos por un tribunal competente, y

e) por otra parte, el hecho de que una investigación que involucra a miembros de carabineros haya sido confiada a la justicia militar plantea serias dudas acerca de su independencia e imparcialidad.

Consideraciones de la Corte

86. El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

87. Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

88. El artículo 8.1 de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

89. A su vez, el artículo 25.1 de la Convención dispone que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

90. En el presente caso, la Corte ha sido llamada a pronunciarse respecto a si el Estado cumplió con los deberes generales establecidos en los citados artículos 1.1 y 2 de la Convención al mantener en vigencia el Decreto Ley No. 2.191 con posterioridad a la ratificación de la Convención por parte de Chile. Por otro lado, la Corte debe determinar si la aplicación del referido decreto ley constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas del presente caso. Para ello, el Tribunal estima oportuno dividir el análisis de la cuestión de la siguiente manera: a) primero, habría que calificar si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad, b) en segundo lugar y en caso que se establezca que tal homicidio constituye un crimen de lesa humanidad, la Corte considerará si dicho crimen puede o no ser amnistiado, c) en tercer lugar y en caso que se establezca que tal crimen no puede ser amnistiado, el Tribunal analizará si el Decreto Ley 2.191 amnistía o no este crimen y si el Estado violó o no la Convención al mantener vigente esa normativa, y d) finalmente, la Corte analizará si la aplicación de dicha normativa por parte de las autoridades judiciales en el presente caso conlleva una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. Todo lo anterior será analizado en el apartado A) del presente capítulo.

105. Según el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso *Prosecutor v. Erdemovic* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que

[l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los

crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima⁷².

106. Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946⁷³ ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”⁷⁴. En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

[...]

Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación,

⁷² Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity.

⁷³ O.N.U., Extradición y castigo de criminales de guerra, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946; Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946; Extradición de delincuentes de guerra y traidores, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947; Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2338 (XXII) de 18 de diciembre de 1967; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2712 (XXV) de 14 de diciembre de 1970; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971, y Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972.

⁷⁴ O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.

la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad⁷⁵.

117. Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, 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 consagrados⁷⁶.

118. A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁷⁷. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma⁷⁸.

119. Leyes de amnistía con las características descritas (*supra* párr. 116) 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 Estado⁷⁹. 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 Chile⁸⁰.

120. Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención

⁷⁵ O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973.

⁷⁶ *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 179

⁷⁷ *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 83; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 137, párr. 109.

⁷⁸ *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133. párr. 87; *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, *supra* nota 5, párr. 100; y *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93.

⁷⁹ *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

⁸⁰ *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 44.

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”⁸¹. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

122. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma.

d) *La aplicación del Decreto Ley No. 2.191*

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.

XI. Puntos Resolutivos

171. Por tanto,

La Corte,

Decide:

Por unanimidad:

⁸¹ *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26.

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado.

Declara:

Por unanimidad, que:

2. El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en los términos de los párrafos 86 a 133 de la presente Sentencia.

3. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.

4. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y Dispone:

Por unanimidad, que:

5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.

6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.

7. El Estado deberá efectuar el reintegro de las costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 164 de esta Sentencia.

8. El Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 162 de la presente Sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la misma.

9. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento”.

k) Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú⁸².- El presente caso gira en torno a una demanda colectiva de trabajadores del Congreso de la República del Perú que

⁸² Corte IDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, cit., párrafos 2, 89(21), 89(22), 90, 93, 107, 129, 146 y 163.

fueron despedidos con expresas violaciones de lo que es un despido justo; si bien se interpuso un amparo colectivo, lamentablemente el Tribunal Constitucional no logró estimar esta demanda por lo que se apeló a la jurisdicción supranacional. Resulta relevante que en este caso ya la Corte IDH generaba las bases de lo que corresponde al control de convencionalidad advirtiendo aquí lo siguiente: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”. Subyace en este contencioso convencional la actitud omisiva del Estado en no haber establecido diversos procesos como estándar que garantiza la Convención Americana, generando con ello una inconventionalidad por omisión. Apreciemos las partes pertinentes relevantes sobre esta cosa juzgada convencional:

2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Perú es responsable por la violación de los artículos 8.1 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma. Los hechos expuestos en la demanda se refieren al supuesto “despido de un grupo de 257 trabajadores cesados del Congreso Nacional de la República del Perú [...] quienes forman parte de un grupo de 1117 trabajadores que fueron despedidos [de dicha institución] a través de Resoluciones del Congreso de 31 de diciembre de 1992.”

El 2 de marzo de 1995 veinte⁸³ trabajadores cesados presentaron una acción de amparo ante el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a la cual se adhirieron otros 28⁸⁴ el 10 de marzo de 1995 y 103⁸⁵ más el 28 de marzo de 1995, 71⁸⁶ más el 12 de abril de 1995 y 15⁸⁷ más el 20 de abril de 1995⁸⁸.

⁸³ Rosa Ysabel Murillo Orihuela de Díaz, Nélica Gálvez Saldaña, Inés Belleza Cabanillas, Luz Angélica Talledo Añazco, Rommy Cecilia Rodríguez Campos, Jaime Jhonny Montoya Luna, Olimpio Huaraca Vargas, Juana Alcántara Ramos, Cecilia Victoria Gimeno Alemán, Rolando Alfonso Torres Prieto, Zoila Luz Begazo Salazar, Graciela Pedreshi Santín de Berropi, Marco Antonio Ordóñez Quispe, Rebeca Paucar Dávila, Dana Campos Alarcón, Lilia Carolina Flores Guillén, Luis Rodolfo Albornoza Alva, José Raúl Coronado Peña, Ricardo Callirgos Tarazona y Rosalía Pérez Polo.

⁸⁴ Ruth Cecilia Echevarría Suárez de Peña, Reyna Sánchez Alarcón, Nancy Violeta Ángeles Ponte, Nohemí Molina Ugarte, Guillermo Arias Infantes, Irene Ccapali Atoccsa, Félix Cobeñas Pariamache, Zenón Ccapali Atoccsa, Sergio Antonio Chala, Javier Sipan Guerra, Julio Lozano Muñoz, Rubén Javier Sotomayor Vargas, Hilda Valdez Tellez, Máximo Gonzáles Figueroa, José Raúl Araca Sosa, Gumercinda Echevarría Flores, Wilburt Villegas Guerra, Visitación Elizabeth Vera Vitorino, Rómulo Antonio Retuerto Aranda, Angela Valdez Rivera, Miguel Hurtado Gutiérrez, Carmen Zavaleta Saavedra, Lira Quiñones Atalaya, Berilda Muñoz Jesús, María Huaranga Soto, Johel Briones Rodríguez, Nina Díaz Céspedes y Jaime Barbarán Quispe.

⁸⁵ Elsi Judith Kitano la Torre, Félix Espinoza Fernández, Elisa Rodríguez García, Luis Rojas Figueroa, Isaías Román Toro, Luis Elera Molero, Edgar Dextre Cano, Inés Meléndez Saavedra, Vilma Burga Cardozo, Eva Vidal Vidal, Luis Gonzáles Panuera, Segundo García Vergara, Luz Sánchez Campos, César Montalván Alvarado, Liz Mujica Esquivel, Raúl Sánchez Candia, José Saavedra Ambrosio, Rosa Cherrez Córdova, Víctor Ampuero Ampuero, Juan Cajusol Bances, José Purizaca Arámbulo, Elsa Silvia Zapata Espinoza, Manuel Carranza Rodríguez, Lucas Herrera Rojas, Flavio Díaz Campos, Raquel Delgado Suárez, Rubén Reyes Caballero, Víctor del Castillo Meza, Edison Dextre Ordóñez, Ronald Santisteban Urmeneta, Edgar Velásquez Machuca, Leoncio Uchuya Chacaltana, José Clerque Gonzáles, Carmen Sosa Álvarez, Max Bautista Apolaya, Julio Rodas Romero, Gustavo Gonzáles Guillén, Elizabeth Luna Aragón, Luis Aliaga Lama, Carlos Ortega Martell, Juana Ugarte Pierrend, Cecilia Arcos Díaz, Rosario Zapata Zapata, Carlos Rivas Capeletti, Margarita Ramírez Granados, Neida Vizcarra Zorrilla, José Changanaqui Chávez, Mónica Lourdes Alvarado Suárez, Herlinda Ayala Palomino, Henry Camargo Matencio, Hipólito Cornelio

Dicho Juzgado, mediante sentencia de 26 de junio de 1995, declaró fundada la demanda e inaplicables las Resoluciones 1303-A-92-CACL y 1303-B-92-CACL de 6 noviembre de 1992 (*supra* párr. 89.13). En consecuencia, el Juzgado ordenó que se repusiera a los demandantes en los cargos que ocupaban al momento de la afectación del derecho. Dicha sentencia consideró que:

[L]a resolución [...] quinientos treinta y dos-noventidos-PCM si bien fue expedida el cinco de Noviembre de mil novecientos noventa y dos, recién fue publicada el seis de noviembre, y por ende, [...] no podía surtir sus efectos dicho acto sino hasta el día siguiente de su publicación, esto es el siete de Noviembre de mil novecientos noventidos, y que recién a partir de allí podía Don Carlos Novoa Tello actuar como Presidente de la Comisión expidiendo las resoluciones que corresponda, más aún tratándose de un proceso de racionalización que afectaría a una parte de los trabajadores del Congreso; que asimismo, aquí surge la implicancia con el hecho de que el plazo para la racionalización había vencido el seis de Noviembre de mil novecientos noventidos y que por tanto tampoco hubiese podido expedir Novoa Tello resolución en dicho sentido a partir del día siete cuando recién podía ejercer dicha función y que, en tal orden de ideas las resoluciones mil trescientos tres-A-noventidos-CACL y mil trescientos tres-B-noventidos-CACL [...] resultan ineficaces con respecto a los demandantes por haber sido emitidas el seis de Noviembre de mil

Dávila, Edith Soria Cañas, Frida Salas Sobrino, Lucy Loayza Arcos, Iván Zumaeta Flores, Rosa Arévalo Torres, Elizabeth Carrillo Quiñones, Flavio Orillo Vásquez Torres, Juan Alvarado Achicahuala, Oscar Santiváñez Velásquez, Wilder Solís Retuerto, Guadalupe Cabanillas Toro, Daysi Cornelio Figueroa, Fidel Vásquez Sánchez, Susana Ibarra Nato, Oscar Owada Amado, Luz Gallegos Ramírez, Hermelinda Villarreal Rodríguez, Víctor Rojas Cortez, Lupo Cubas Vásquez, Andrés Hijar Cerpa, Marleni Álvarez Gutiérrez, Jorge Navarro Sánchez, María Romero Chang, Manuel Mendoza Michuy, Manuel Quiñones Díaz, José Aguado Alfaro, Guisella Aguilar Rojas, Rosa Canepa Campos, Alfredo Ballarta Rueda, Clemencia Solís Martell, Iván Silva Delgado, Tiburcio Chipana Quispe, Luis Chipana Rodríguez, Sara Ibáñez Ortiz, Manuel Margarito Silva, Irma Rojas Vega, José Villar Contreras, Juan Huaman Cárdenas, Wilfredo Chino Villegas, Eleuterio Solís Roca, Elmi Ramos de la Cruz, Juan Guzmán Rebatta, Mario Peredo Cavassa, Jorge Pacheco Munayco, Leti Torres Hoyos, Meri Huamantumba Vasquez, Delano Marcelo Navarro, Gloria Dergan Alcántara, Armando Saavedra Vega, Marco Antonio Jaimes Cano, Roberto Ribotte Rodríguez y Jhon Ravello Velásquez.

⁸⁶ Adolfo Fernández Saré, Héctor Malpartida Gutiérrez, José Clerque Gonzales, Iván Alex Vega Díaz, Valeriano Sebastián Bonifacio Ramón, Jorge Ganoza Rivera, Daniel Arnez Macedo, Teresa Pichilingue Romero, Nelly Rivera Martínez, Antonia Elizabeth Córdova Melgarejo, Edgar Velásquez Machuca, Dully del Águila Chamay, Catalina Paitan Mauricio, Bertha Rivera Delgado, Juan Francisco Delgado Gómez, Ricardo Hernández Fernández, Wilfredo Emilio Huaman Trinidad, Juan Torres Martínez, Víctor Manuel Urrunaga Linares, Jorge Martín Rivas Chara, César Augusto Bravo Sarco, Luisa Chara Pacheco, Freddy Varias Trabanco, Orlando Díaz López, Manuel Cuadros Livelli, Eugenio Rodríguez Espada, Reynaldo Herrera Valdez, Antonio Condezo Espinoza, Caro Herrera Madueño, Ricardo Gonzáles Castillo, Margarita Moreno Gonzáles, Cita Vereau Palma, Ana María García Hualpa, Felícita Meri Huamantumba Vásquez, Virginia Eugenio Centeno, Violeta Saavedra Mego, Alicia Peredo Cavassa, Juana Bracamonte Chiringano, María Salazar Venegas, Luis Marrugarra Neyra, Luisa Pilco Guerra, Leoncio Beltrán Aguilar, Víctor Nizama Zelaya, Jacinta Ramírez de Peña, Víctor Núñez Centeno, Consuelo Pizarro Sánchez, Carmen Núñez Morales, María Inga Coronado, Máximo Atauje Montes, Jackeline Magallán Galoc, Carlos La Cruz Crespo, César Grandez Alvarado, Jorge Ore León, José Marchena Alva, Gustavo Gonzáles Guillén, José Clerque Gonzáles, Nelly Rivera Martínez, Juan Vásquez Quezada, César Pérez Guevara, Bladimir Chávez García, Santiago Erquiñigo Ramón, César Sernaqué Vargas, Javier Flores Salinas, Eduardo Salazar Caycho, Oscar Vásquez Legua, Víctor Silva Baca, Elieberto Silva Baca, Tito Hinostroza Toro, Soledad Vásquez Quiñones, Walter de la Cruz Paredes y Carmen Sosa Álvarez.

⁸⁷ Juan Carlos Sánchez Lozano, Julio Antonio Rigaid Arévalo, Esther Cisneros Urbina, César Pérez Guevara, Moisés Pajares Godoy, Segundo Zegarra Zevallos, Walter Soto Santana, Carlos Unzueta Medina, Walter Soto Santana, María Infantes Vásquez, Jesús Hinojosa Silva, Félix Aguilar Rojas, Lidia Bereche Riojas, Carmen Rivera Loayza y Teodoro Castro Salvatierra.

⁸⁸ sentencia de 26 de junio 1995 emitida por el Juzgado 28 Especializado en lo Civil de Lima (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 15, folios 524, 530 a 532 y 536); recurso de amparo interpuesto por algunos trabajadores el 2 de marzo de 1995 ante el Juzgado 28 Especializado en lo Civil de Lima (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 22 A, folios 673 a 680), y escritos de 10 y 28 de marzo de 1995 de adhesión al recurso de amparo interpuesto el 2 de marzo de 1995 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 22 B y C, folios 682 a 687).

novecientos noventa y dos por quien en aquella fecha aún no se encontraba habilitado para ejercer el cargo, resultando sintomático que la publicación se haya dado recién el treinta y uno de Diciembre de mil novecientos noventa y dos, alegando que la resolución Suprema número quinientos treinta y dos-noventidos-PCM no puede operar retroactivamente [...] ⁸⁹.

VIII. Artículos 8 y 25 de la Convención (Protección Judicial y Garantías judiciales) en relación con los Artículos 1.1 y 2 de la misma (Obligación de Respetar los Derechos y Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno).

Alegatos de la Comisión

90. Respecto del artículo 25 de la Convención Americana la Comisión alegó que:

- a) el Estado negó a las presuntas víctimas su derecho a la protección judicial y con ello violó lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención;
- b) de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, dicho artículo recoge instituciones como el amparo o la tutela, que deben ser procedimientos sencillos y breves para la protección de los derechos fundamentales;
- c) en el Perú la acción de amparo es concebida como un procedimiento que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales de las personas; además, es concebido como una acción de garantías constitucionales destinada a “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”;
- d) la supresión de la posibilidad de revisión y control del acto administrativo que generó la violación sufrida por las presuntas víctimas vulneró el derecho a un recurso sencillo y rápido;
- e) la existencia de actos del Estado que no sean objeto de control por vía administrativa o por vía judicial es incompatible con la Convención Americana;
- f) la Corte Superior de Lima no analizó el fondo del reclamo del recurso de amparo interpuesto;
- g) al condicionar la procedencia de la acción a los alcances de una resolución administrativa y al omitir pronunciamiento de fondo de acuerdo con lo alegado y probado por las partes, la decisión del Tribunal Constitucional sustrajo a los trabajadores del Congreso de la posibilidad de la garantía judicial. Tal violación permanece en el tiempo para un número importante de personas que no han tenido respuesta al fondo a sus reclamos;
- h) el planteamiento de la decisión del Tribunal Constitucional negó a los trabajadores del Congreso cualquier posibilidad de control o revisión judicial a sus reclamos;
- i) la vía ordinaria a la cual remitió el Tribunal Constitucional estaría vedada, pues las presuntas víctimas estaban fuera de término para acudir al proceso contencioso administrativo; por tanto, quedaron sin protección alguna por una decisión arbitraria;

⁸⁹ sentencia de 26 de junio 1995 emitida por el Juzgado 28 Especializado en lo Civil de Lima (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 15, folios 524, 530 a 532 y 536).

j) aun si se interpretara que los trabajadores del Congreso tuvieron libre acceso a la jurisdicción a través del desarrollo del recurso judicial ante los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, esto no sería suficiente para dar por cumplida la garantía judicial que impone al Estado el artículo 25 de la Convención. Las meras formalidades de un proceso no representan la efectividad del recurso, pues éste se encuentra concebido como un medio para lograr la protección judicial efectiva de los derechos humanos que requiere un resultado;

k) los trabajadores del Congreso tenían el derecho a que las autoridades judiciales, incluida la máxima instancia en el país, el Tribunal Constitucional, revisara los méritos de su demanda y fuera al fondo del asunto para obtener una decisión que aceptara sus argumentos y los repusiera en sus derechos o que, por el contrario, desestimara sus reclamos, y

l) la situación a la que se han visto expuestos las presuntas víctimas no es un hecho aislado o que obedezca a una intención del Estado de reorganizar una de sus instituciones. El gobierno del presidente Fujimori generó un cuadro de inestabilidad jurídica e institucional para facilitar la instauración del nuevo régimen a través de ausencia de controles.

93. Respecto del artículo 2 de la Convención, la Comisión alegó que:

a) la supresión de la posibilidad de revisión y control del acto administrativo por medio del artículo 9 del Decreto Ley No. 25640 y del artículo 27 de la Resolución 1239 A-9-CACL, vulneró el derecho a un recurso sencillo y rápido de las presuntas víctimas al sustraer un acto administrativo al control gubernativo y luego al escrutinio jurisdiccional, en los términos de los artículos 25.1 y 8.1 de la Convención Americana, y

b) el Estado no ha adecuado su legislación a la Convención, por lo que ha incumplido la obligación impuesta a los Estados partes por el artículo 2 de la misma. En ese sentido, la Ley No. 27487 “que deroga el Decreto Ley No. 26093 y autoriza la conformación de comisiones encargadas de revisar los ceses colectivos en el sector público” no hace referencia a la derogatoria del Decreto Ley No. 25640.

107. El Tribunal recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna⁹⁰. Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un verdadero acceso a la justicia, conforme a

⁹⁰ Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 365; Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 211, y Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 56.

los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia⁹¹.

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativo o de amparo.

146. Este Tribunal ha considerado que el presente caso ocurrió en un clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba el acceso a la justicia respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, por lo cual éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados. De tal manera, sin necesidad de haber determinado el carácter mismo de las cesaciones verificadas, la Corte determinó que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia, por lo que declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (*supra* párrs. 129 y 132).

163. Por tanto,

La Corte

Decide,

por unanimidad:

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, en los términos de los párrafos 58 a 60, 65 a 71 y 75 a 78 de la presente Sentencia.

⁹¹ Caso de las Masacres de Ituango, *supra* nota 65, párr. 339; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 6, párr. 206, y Caso de la “Masacre de Mapiripán”, *supra* nota 65, párr. 211.

Declara,

por unanimidad, que:

2. El Estado violó, en perjuicio de las 257 víctimas enunciadas en el Anexo de la presente Sentencia, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 106 a 132 de esta Sentencia.

3. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y Dispone,

Por unanimidad, que:

4. El Estado debe garantizar a las 257 víctimas enunciadas en el Anexo de la presente Sentencia el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas, en los términos de los párrafos 148, 149 y 155 de esta Sentencia. Las decisiones finales del órgano que se cree para dichos efectos deberán adoptarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Sentencia.

5. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, la cantidad fijada en el párrafo 151 de la presente Sentencia, a favor de las 257 víctimas cuyos nombres se encuentran en el Anexo de la presente Sentencia, por concepto de daño inmaterial, en los términos de los párrafos 156 y 158 a 161 del presente fallo.

6. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, las cantidades fijadas en el párrafo 154, por concepto de costas, en los términos de los párrafos 157 a 161 de la presente Sentencia.

7. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya ejecutado lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 162 de la misma”.

l) Caso Boyce y Otros vs Barbados⁹².- El presente caso es uno de los fallos donde la Corte realiza el control convencional a cláusulas constitucionales, generando con ello la posibilidad de que una norma constitucional sea inconvencional, siendo en este caso que los Estados establezcan la pena de muerte como opción de la *tesis proteccionista*, siendo que la filosofía de la Convención Americana es optar

⁹² Corte IDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 2, 3, 30, 47-64, 71, 82 y 138.

por la *tesis abolicionista*. Veamos un *in extensu* la interpretación que hace la Corte IDH en esta materia:

“2. En la demanda, la Comisión alegó que el Estado es responsable de las violaciones cometidas en contra de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins (en adelante, “las presuntas víctimas”), por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta sobre las presuntas víctimas - quienes habían sido condenadas por el delito de homicidio - las condiciones de su detención, la lectura (“reading”) de las órdenes de ejecución mientras sus peticiones estaban supuestamente pendientes ante los tribunales internos y el sistema interamericano de derechos humanos y por la supuesta falta de adecuar el derecho interno de Barbadas a lo establecido en la Convención Americana. Las cuatro presuntas víctimas fueron sentenciadas a muerte de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas de

1994 de Barbados, la cual establece una pena obligatoria de muerte para las personas condenadas por el delito de homicidio.

3. La Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 4.1 y 4.2 (Derecho a la Vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Física) y 8.1 (Garantías Judiciales) de la Convención, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) del mismo instrumento. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de ciertas medidas de reparación no monetarias.

30. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer del presente caso. El Estado de Barbados ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 27 de noviembre de 1982 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 4 de junio de 2000.

A. Pena de Muerte Obligatoria

47. La Comisión y los representantes alegaron que el Estado ha violado los artículos 4.1, 4.2, 5.1, 5.2 y 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ésta, respecto de la imposición de la pena de muerte de manera obligatoria a las cuatro presuntas víctimas por haber sido condenadas del delito de homicidio. Particularmente, la Comisión alegó que una ley que automáticamente asigna una pena de muerte sin revisión jurídica ni consideración de la naturaleza del delito y las circunstancias individuales del acusado viola el derecho a no ser privado de manera arbitraria de la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías judiciales. Los representantes alegaron que: “contrario al artículo 4.1 de la Convención, que prohíbe la privación arbitraria de la vida, la pena de muerte obligatoria condenó a los peticionarios sin considerar su humanidad individual; contrario al artículo 4.2 de la Convención que requiere que la pena de muerte se aplique únicamente a los delitos más serios, la pena de muerte obligatoria condenó a los peticionarios sin una determinación judicial de las circunstancias mitigantes o agravantes del delito; contrario al artículo 8.1 de la Convención, que requiere que la pena sea determinada por un tribunal competente, independiente e imparcial, la ley impuso una pena de muerte obligatoria a los peticionarios; y contrario a los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, que prohíben el trato

cruel, inhumano y degradante, la pena de muerte obligatoria impuesta a los peticionarios degradó su dignidad inherente como seres humanos”.

48. Barbados refutó los argumentos expuestos por la Comisión y los representantes y sostuvo que no ha violado los artículos 1, 4, 5 y 8 de la Convención Americana porque “muchas de estas presuntas violaciones se basan en una interpretación incorrecta del artículo 4 de la Convención, como que prohíbe la pena de muerte obligatoria”. Asimismo, uno de los argumentos centrales del Estado se basa en que, según las reglas internacionalmente reconocidas para la interpretación de tratados, la pena de muerte obligatoria sigue estando legalmente permitida tanto conforme a la Carta, interpretada a la luz de la Declaración Americana, como a la Convención Americana. Por ello, el Estado afirmó que la pena de muerte, la cual está constitucionalmente protegida en Barbados, no entra en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos ante el sistema interamericano. El Estado alegó que se debe leer el artículo 4 de manera estricta y que su correcta interpretación no puede apoyar a un régimen abolicionista ni a una restricción del derecho de los Estados de imponer la pena de muerte obligatoria. El Estado alegó que las decisiones de esta Corte y los informes de la Comisión en este punto están incorrectas en cuanto a derecho y por lo tanto, dichas interpretaciones estarían fuera de la competencia de cada órgano como *ultra vires*. En consecuencia, el Estado alegó que la jurisprudencia en este sentido no puede ser vinculante o aún sentar un precedente persuasivo.

49. La Corte considera que no existe controversia alguna respecto de que las cuatro presuntas víctimas, los señores Boyce, Joseph,⁹³ Atkins⁹⁴ y Huggins⁹⁵ fueron sentenciados a la pena capital⁹⁶ de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas de

⁹³ Jeffrey Joseph y Lennox Ricardo Boyce fueron acusados junto con Rodney Murray y Romaine Bend de golpear a Marquelle Hippolyte el 10 de abril de 1999, lo cual eventualmente causó su muerte el 15 de abril de 1999. El 10 de enero de 2001 fueron procesados por el delito de homicidio. El Fiscal ofreció una declaración de culpabilidad de “manslaughter” a los cuatro acusados. Rodney Murray y Romaine Bend se declararon culpables de la ofensa menor de homicidio culposo (“manslaughter”). Boyce y Joseph, sin embargo, se declararon no culpables al cargo de homicidio. El 2 de febrero de 2001 Lennox Boyce y Jeffrey Joseph fueron encontrados culpables de homicidio y condenados a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona. *Lennox Ricardo Boyce and Jeffrey Joseph v. The Queen*, acta de procedimiento (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B.1, folios 502 and 814-815); Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Barbados en *Jeffrey Joseph and Lennox Ricardo Boyce v. The Attorney-General et al.*, supra nota 13, (folios 910-912); *affidávit* de Jeffrey Joseph, 17 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, anexo D.1, folios 1556), y *affidávit* de Lennox Boyce, 17 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, anexo D.1, folio 1559).

⁹⁴ Frederick Benjamin Atkins fue acusado del homicidio de Sharmaine Hurley, quien falleció en algún momento entre el 10 y 13 de octubre de 1998, como resultado de dos puñaladas en el pecho. El señor Atkins se declaró no culpable al cargo de homicidio y el 21 de julio de 2000 fue condenado y sentenciado a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona. *Her Majesty The Queen v. Frederick Benjamin Atkins*, transcripción del juicio (expediente de anexos a la demanda, tomo III, anexo B.6, folios 1010, 1014, 1085 y 1325), y Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Barbados, *Frederick Benjamin Atkins v. The Queen*, Criminal Appeal No. 21 of 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo III, anexo B.7, folio 1328).

⁹⁵ Michael McDonald Huggins fue acusado del homicidio de Stephen Wharton, quien falleció a causa de un herida de bala el 30 de noviembre de 1999. El señor Huggins se declaró no culpable al cargo de homicidio y el 19 de julio de 2001 fue condenado y sentenciado a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona. *Michael McDonald Huggins v. The Queen*, supra nota 16, (folios 1384 y 1476), y *Affidávit* de Michael Huggins, 17 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, anexo D.1, folio 1562).

⁹⁶ El Tribunal recuerda que no es un tribunal penal ante el cual se puede juzgar la responsabilidad penal de un individuo. Esta cuestión le corresponde a los tribunales internos. Asimismo, la Corte reconoce el deber del Estado de proteger a todas las personas bajo su jurisdicción, prevenir la comisión de delitos, castigar a aquéllos responsables y, generalmente, mantener el orden público. Sin embargo, la prevención de los delitos y el régimen de castigos del Estado deberá llevarse a cabo con el más alto respeto hacia los derechos humanos de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y de conformidad con los tratados de derechos humanos aplicables. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988.

1994 de Barbados, según la cual: “[c]ualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”⁹⁷. Tampoco existe controversia respecto a que dicha legislación impone una pena de muerte obligatoriamente para todas aquellas personas encontradas culpables del delito de homicidio⁹⁸. Sin embargo, existe controversia respecto del hecho de si la imposición obligatoria de la pena de muerte es contraria a las disposiciones de la Convención Americana⁹⁹.

50. Al interpretar la cuestión de la pena de muerte en general, la Corte ha observado que el artículo 4.2 de la Convención permite la privación del derecho a la vida mediante la imposición de la pena de muerte en aquellos países en los cuales no está abolida. Es decir, la pena capital no es *per se* incompatible con la Convención Americana ni está prohibida por ella. Sin embargo, la Convención fija un número de limitaciones estrictas para la aplicación de la pena capital¹⁰⁰. Primero, la aplicación de la pena de muerte debe estar limitada a los delitos comunes más graves y no relacionados con agravios políticos¹⁰¹. Segundo, se debe individualizar la pena de conformidad con las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado¹⁰². Por último, la aplicación de la pena capital está sujeta a ciertas garantías procesales cuyo cumplimiento deberá ser estrictamente observado y revisado¹⁰³.

Serie C No. 4, párr. 154; *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 37; *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 55, y *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 63.

⁹⁷ Ley de Delitos contra la Persona, Cap. 141 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo I, anexo 23, folio 2980).

⁹⁸ Las únicas excepciones a esta regla incluyen casos donde la persona condenada es menor de 18 años de edad o se encuentra embarazada. artículo 14 de la Ley de Delincuentes Menores de Edad (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo I, anexo 22, folio 2973) y artículo 2 de la Ley de Pena de Muerte (Mujeres Embarazadas) (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo I, anexo 27, folio 3087).

⁹⁹ El Estado ha afirmado en varias oportunidades en el presente caso que “el pueblo de Barbados cree firmemente en la efectividad y la validez de la pena de muerte como un factor disuasivo criminal. El Gobierno actual fue elegido, en parte, por la plataforma explícita de la imposición de la pena de muerte. Fue elegido para apoyar no sólo cualquier forma de pena de muerte, sino la forma actual y obligatoria de pena capital”. Enfatizó que aún si en Barbados no se imponía la pena de muerte desde el año 1984, todavía existía un fuerte apoyo por parte del pueblo para la pena capital obligatoria como un factor disuasivo criminal. En este sentido, la Corte reconoce la información presentada por el Estado respecto del apoyo de la opinión pública a la pena de muerte en Barbados. Sin embargo, conforme a los artículos 62 de la Convención y 1 del Estatuto de la Corte, el objetivo principal de este Tribunal, como institución judicial, es “la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos”. El Estado de Barbados ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 27 de noviembre de 1982 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 4 de junio de 2000 (*supra*, párr. 30). Consecuentemente, de conformidad con su deber de resolver aquellos casos debidamente sometidos a su conocimiento, la Corte debe analizar si el sistema de pena capital de Barbados concuerda con las obligaciones legales que el Estado ha asumido conforme a la Convención Americana, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal. En este sentido, la Corte, como último intérprete de la Convención, se asegura que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes que, aunque sean populares, son contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128*.

¹⁰⁰ Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 7.

¹⁰¹ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 106; *Caso Raxcacó Reyes, supra* nota 37, párr. 68. también *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 7, párr. 55.

¹⁰² *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 42, párrs. 103, 106 y 108, y *Caso Raxcacó Reyes, supra* nota 37, párr. 81. también *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 7, párr. 55.

¹⁰³ *Caso Fermín Ramírez, supra* nota 37, párr. 79. también *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 7, párr. 55, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en*

51. En especial, al abordar el tema de la aplicación de la pena capital en otros casos, la Corte ha sostenido que las referencias a los términos “arbitrariamente” en el artículo 4.1 de la Convención y a “los delitos más graves” en el artículo 4.2 tornan incompatible la imposición obligatoria de la pena capital con aquellas disposiciones en tanto la misma pena se aplica a conductas que pueden variar considerablemente y cuando no se restringe su aplicación a los delitos más graves¹⁰⁴.

52. Las disposiciones de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse (*supra* párrs. 16 y 17) conforme al principio *pro persona*, es decir, a favor del individuo¹⁰⁵, en el sentido de “limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ést[a] se vaya reduciendo hasta su supresión final”¹⁰⁶.

A.1) La limitación de la aplicación de la pena de muerte a únicamente “los delitos más graves”

53. La Corte ha sostenido en otras ocasiones que la privación intencional e ilícita de la vida de una persona (homicidio intencional o doloso, en sentido amplio) puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal bajo diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones entre el delincuente y la víctima [*e.g.* infanticidio], móvil de la conducta [*e.g.* por recompensa o promesa de remuneración], circunstancias en la que ésta se realiza [*e.g.* con brutalidad], medios empleados por el sujeto activo [*e.g.* con veneno], etc. De esta forma se establecerá una graduación en la gravedad de los hechos, a la que corresponderá una graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable¹⁰⁷.

54. Por lo tanto, la Convención reserva la forma más severa de castigo para aquellos hechos ilícitos más graves. Sin embargo, tal y como se afirmó anteriormente, el Artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona simplemente establece que cuando se declara culpable de homicidio a una persona, esa persona será sentenciada a muerte. Independientemente del modo en que se cometió el delito o el medio empleado, se aplica la misma pena para todos los casos de homicidio en Barbados. Es decir, la Ley de Delitos en Contra de la Persona no diferencia entre homicidios cuya pena es la muerte y homicidios (no meramente “*manslaughter*” u otra forma menos grave de homicidio)¹⁰⁸ cuya pena no es la muerte. Más

el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 135.

¹⁰⁴ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, *supra* nota 42, párrs. 103, 106 y 108, y Caso Raxcacó Reyes, *supra* nota 37, párrs. 81 y 82.

¹⁰⁵ *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 173; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *supra* nota 40, párr. 77 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 59.

¹⁰⁶ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 42, párr. 99, y *Caso Raxcacó Reyes*, *supra* nota 37 párr. 56. también *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 7, párr. 57.

¹⁰⁷ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, *supra* nota 42, párr. 102.

¹⁰⁸ Los asesinatos que de otra forma constituirían homicidio en Barbados, están sujetos a penas menos graves en los siguientes casos: atentado de homicidio, amenaza de homicidio a través de cartas, conspiración para cometer homicidio, asistencia en un suicidio, actuar a fin de cumplir con un pacto suicida, o infanticidio. *Ley de Delitos contra la Persona*, *supra* nota 38, ss. 2 y 9-14 (folios 2980 y 2983-2984).

bien, la Ley de Delitos contra la Persona “se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí”¹⁰⁹.

55. Consecuentemente, la Corte considera que el Artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona de Barbados no limita la aplicación de la pena de muerte para los delitos más graves, en contravención con el artículo 4.2 de la Convención.

A.2) Carácter arbitrario de la pena de muerte obligatoria

56. El Estado alegó que la aplicación de la pena de muerte obligatoria por el delito de homicidio en Barbados no es arbitraria precisamente porque está legalmente aprobada, en oposición a “las ejecuciones *ad hoc* aplicadas fuera del contexto de la ley”. Para apoyar su argumento, el Estado afirmó que “el sistema judicial penal de Barbados brinda a toda persona acusada del delito de homicidio o traición pleno derecho al debido proceso judicial, incluyendo una amplia gama de defensas legales establecidas por ley o por jurisprudencia, así como justificaciones que previenen la imposición de la pena de muerte, y juzga la inocencia o culpabilidad de cada persona a nivel individual. Asimismo, el Consejo Privado de Barbados evalúa todas las consideraciones que se podrían aplicar al individuo - teniendo en cuentas circunstancias particulares de la persona - a fin de decidir si se debe conmutar la pena de muerte”.

57. Aunque la Corte concuerde con que las ejecuciones extrajudiciales son, por definición, arbitrarias y contrarias al artículo 4.1 de la Convención¹¹⁰, el Estado incorrectamente asume que una pena de muerte legalmente impuesta no podría ser también arbitraria. Una pena de muerte obligatoria legalmente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito. La Ley de Delitos contra la Persona de Barbados prevé la pena de muerte como la única forma posible de castigo para el delito de homicidio¹¹¹ y no permite la aplicación de una pena menor teniendo en cuenta las características específicas del delito (*supra* párrs. 49-61) y la participación y culpabilidad del acusado.

58. Al respecto, la Corte ha sostenido en otras oportunidades que considerar a todas las personas que hayan sido encontradas culpables por homicidio como merecedoras de la pena de muerte “significa tratar a las personas condenadas de un delito en particular no como seres humanos únicos, sino como miembros de una masa anónima, sin diferencias, sujeta a la

¹⁰⁹ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 42, párr. 103

¹¹⁰ *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, *supra* nota 25; *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, y *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

¹¹¹ La definición de homicidio no está establecida en ninguna ley escrita, dado que continúa siendo un delito del derecho común y se entiende que “se comete homicidio cuando una persona sana y mayor de edad ilegalmente mata a otra persona, actuando con malicia premeditada expresada por esa persona o implícita por ley, de modo que la persona herida muere como consecuencia de esa herida dentro de un año y un día” Cf. Definición de homicidio. Alegatos Finales Escritos del Estado (fondo, tomo III, folio 848). Adicionalmente, la Ley de Delitos Contra la Persona establece que una persona que “asiste, aconseja, incita o provoca a otra persona para que cometa homicidio es culpable de dicho delito y se le puede procesar y castigar en carácter de autor principal” Ley de Delitos contra la Persona, *supra* nota 38, s. 45 (folio 2992).

imposición ciega de la pena de muerte”¹¹².

59. Evidentemente, el Estado está en lo correcto al afirmar que el estricto cumplimiento de ciertas garantías procesales es esencial para evaluar si la pena de muerte se ha aplicado de manera arbitraria¹¹³. Sin embargo, se debería hacer una distinción entre, por un lado, la disponibilidad y el cumplimiento de dichos procedimientos durante el proceso de un caso de pena capital, incluido el procedimiento de apelación, y, por otro lado, la etapa en la cual se impone la pena. Conforme a la ley de Barbados, la disponibilidad de las defensas legales y jurisprudenciales para los acusados en casos capitales tienen incidencia únicamente en la determinación de la culpa o inocencia de la persona y no en la determinación del castigo adecuado que debería aplicarse una vez que la persona ha sido condenada. Es decir, el acusado en un caso capital podría intentar evitar el veredicto de culpabilidad interponiendo ciertas defensas con respecto a la imputación del homicidio¹¹⁴. Estas defensas buscan, por un lado, evitar condenas por homicidio y reemplazarlas con condenas por “*manslaughter*”, por ejemplo, que acarrea una pena de cadena perpetua o, por otro lado, excluir totalmente la responsabilidad penal del acusado por el homicidio¹¹⁵. Sin embargo, siempre y cuando se encuentre que el acusado ha sido culpable del delito de homicidio, la ley no permite que el juez considere el grado de culpabilidad del acusado u otras formas de castigo que serían más aptas para ese individuo dadas las circunstancias particulares del caso. Es decir, los tribunales no tienen facultad para individualizar la pena de conformidad con la información concerniente al delito (*supra* párr. 54) y al acusado.

60. El Estado alegó que el poder ejecutivo toma en cuenta aquellas circunstancias únicas del individuo y el delito, las cuales, a través de la recomendación del Consejo Privado de Barbados¹¹⁶, pueden ayudar a decidir sobre la conmutación de la pena de muerte (*supra*

¹¹² Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, *supra* nota 42, párr. 105, citando a Woodson vs. Carolina del Norte, 428 U.S. 280, 304 (1976). La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica sostuvo que la pena de muerte obligatoria constituía una violación de las garantías del debido proceso consagradas en la 14ª Enmienda y del derecho de no estar sujeto al trato cruel e inusual viola la 8ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. La Corte, asimismo, indicó que, a fin de aplicar la pena de muerte es generalmente necesario considerar las facetas relevantes del carácter y los registros del acusado y las circunstancias del delito en particular.

¹¹³ En la Opinión Consultiva OC-16 la Corte dejó claro que cuando se afectan las garantías del debido proceso, la “aplicación de la pena de muerte es una violación del derecho a no ser privado ‘arbitrariamente’ de la vida, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4[...]) que conlleva las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de ésta naturaleza; por ejemplo, aquellas pertenecientes a la responsabilidad internacional del Estado y el deber de reparar”. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consultar en el Marco de las Garantías del Debido Proceso, *supra* nota 44, párr. 137.

¹¹⁴ *Ley de Delitos contra la Persona* (definiendo, *inter alia*, responsabilidad disminuida y provocación, *supra* nota 38, ss. 4 and 5, (folios 2980-82).

¹¹⁵ *Ley de Delitos contra la Persona*, *supra* nota 38, s. 6 (folio 2982).

¹¹⁶ El artículo 78 de la Constitución de Barbados dispone que el Consejo Privado de Barbados puede asesorar al Gobernador General en su deber de ejercer la prerrogativa de clemencia, a través de la cual el Gobernador General puede otorgar un perdón, aplazamiento, sustituir la pena por una menos grave que la impuesta o condonar la pena en forma parcial o total. El Gobernador General designa a los miembros del Consejo Privado de Barbados, también conocido como Comité de Clemencia, luego de consultar con el Primer Ministro. Actualmente, el Comité de Clemencia está compuesto por miembros de la rama ejecutiva y el sector académico, religioso y privado. Los miembros ocupan el cargo un tiempo máximo de 15 años o hasta cumplir 75 años de edad. Sin embargo, el Gobernador General puede revocar su designación luego de consultar al Primer Ministro. Constitución de Barbados, Capítulo VI, Poderes Ejecutivos, ss. 76, 77 y 78 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo I, anexo 17, folios 2840-2841), y alegatos finales escritos del Estado (fondo, tomo III, folio 874).

párr. 20). Al respecto, la Corte considera que se debería realizar una distinción entre el derecho que tiene toda persona condenada, conforme al artículo 4.6 de la Convención, a “solicitar amnistía, el indulto o la conmutación de la pena” y el derecho reconocido en el artículo 4.2 de solicitar a un “tribunal competente” que determine si la pena de muerte es el castigo apropiado en cada caso, de conformidad con la legislación interna y la Convención Americana. Es decir, la imposición de una pena es una función judicial. El poder ejecutivo puede otorgar indulto o conmutar una pena ya impuesta por un tribunal competente, pero no se puede privar al poder judicial de la responsabilidad de aplicar la pena más adecuada para un delito en particular. En el presente caso, el poder judicial no tuvo otra opción más que imponer la pena de muerte a las cuatro presuntas víctimas cuando las encontraron culpables de homicidio y no se permitió una revisión judicial de la imposición de dicho castigo, ya que éste debe ser impuesto de manera obligatoria por ley¹¹⁷.

61. En resumen, independientemente de las defensas disponibles para la determinación de una condena por homicidio y sin perjuicio de la posibilidad de solicitar al poder ejecutivo la conmutación de la pena de muerte, la Corte considera que “en lo que toca a la determinación de la sanción, [la Ley de Delitos contra la Persona] impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte para todo culpable de homicidio”¹¹⁸. Esto constituye una contravención de la prohibición de privar del derecho a la vida en forma arbitraria, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención, ya que no permite la individualización de la pena de conformidad con las características del delito, así como la participación y culpabilidad del acusado¹¹⁹.

62. De todo lo expuesto, la Corte concluye que, en tanto el efecto de la llamada Ley de Delitos contra la Persona consiste en someter a quien sea acusado de homicidio a un proceso judicial en el que no se consideran las circunstancias particulares del acusado ni las específicas del delito, la mencionada Ley viola la prohibición de privación arbitraria de la vida y no limita la aplicación de la pena de muerte a los delitos más graves, en contravención del artículo 4.1 y 4.2 de la Convención.

63. Por lo tanto, la Corte considera que Barbados ha violado el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ésta, en perjuicio de los señores Boyce, Joseph, Huggins y Atkins.

64. En cuanto a los alegatos de la Comisión y los representantes que versan en torno a que

¹¹⁷ Luego de una condena por homicidio, el condenado puede apelar contra la condena ante la Corte de Apelaciones de Barbados, y posteriormente ante el Comité Judicial del Consejo Privado. A partir del año 2005 la Corte Caribeña de Justicia reemplazó a este último. Las causales de apelación a la Corte de Apelaciones se basan en cuestiones de: derecho, mixtas de derecho y hecho, hecho, o cualquier otra causal suficiente para apelar, y en casos en los cuales se aplica la pena de muerte obligatoria, se puede apelar la condena, no la imposición de la pena de muerte, la cual está específicamente fijada por ley. Las causales de apelación al Comité Judicial del Consejo Privado están basadas en cuestiones de: derecho, interpretación de la Constitución, importancia general o pública, y mixtas de derecho y hecho. *Ley Penal de Apelaciones*, Cap. 113A (expediente de anexos a los alegatos finales escritos presentados por todas las partes, folios 6867 y 6887).

¹¹⁸ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 42, párr. 104. *Caso Raxcacó Reyes*, supra nota 37 párr. 81.

¹¹⁹ De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado en sus observaciones respecto de Barbados que “continúa preocupado por el hecho que las leyes de [Barbados] toman obligatoria la imposición de la pena de muerte respecto de ciertos delitos, lo cual priva al juez de cualquier discreción para imponer una pena conforme a todas las circunstancias del caso”. UNHRC, *Considerations of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations on Barbados* (Eighty-ninth session, 2007) CCPR/C/BRB/CO/3, May 11, 2007, párr. 9.

la pena de muerte obligatoria en Barbados conlleva también a una violación de los artículos 5 y 8 de la Convención, esta Corte considera, tal y como lo ha hecho en casos anteriores¹²⁰, que los hechos relacionados con dichos argumentos han sido analizados en los párrafos anteriores en relación con la violación del artículo 4 de la Convención (*supra*, párrs. 49 a 63). Por ello, no es necesario que la Corte aborde dichos argumentos adicionales.

A. Artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona

71. Conforme al artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona de 1994 (en adelante, “LDCP”): “[c]ualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”¹²¹. La Corte ya ha manifestado que dicha imposición arbitraria de la máxima e irreversible pena de muerte, sin consideración de las circunstancias individuales del delito y la participación y culpabilidad del delincuente, viola los derechos consagrados en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento (*supra* párrs. 62 y 63).

A. Método de Ejecución de la Pena de Muerte mediante la Horca

82. Los representantes alegaron que la ejecución en la horca, conforme a la legislación de Barbados, constituye un trato o pena cruel e inhumano en violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana “ya que expone a la persona condenada a un sufrimiento prolongado e innecesario, donde existe riesgo de una muerte extremadamente dolorosa, duradera y horrible debido a la posibilidad de muerte por estrangulación o de decapitación total o parcial”. Los representantes sostuvieron que aunque ninguna de las presuntas víctimas fue ahorcada, se violó el derecho a no ser sometido a una pena cruel e inhumana al momento de las notificaciones y lectura de las órdenes de ejecución. Respecto del señor Huggins, los representantes manifestaron que aún continúa enfrentando la muerte por horca, dado que no se ha conmutado su pena de muerte.

113. Independientemente del hecho que un peticionario tenga un “derecho constitucional” o una “expectativa legítima”, este Tribunal considera que es fundamental que los litigantes puedan completar sus procedimientos de apelación a nivel interno así como las peticiones y demandas interpuestas ante la Comisión y la Corte, respectivamente, antes de que se pueda llevar a cabo alguna ejecución. Esto es una consecuencia natural de la ratificación por parte de Barbados de la Convención Americana y del reconocimiento de la competencia de esta Corte. Una interpretación diferente de la Convención sería contradictoria con su objeto y fin, y dejaría sin sentido al acceso del individuo al sistema interamericano, así como a los artículos 62.3 y 63.1 de dicho instrumento

138. Por tanto, LA CORTE DECLARA,

¹²⁰ *Caso Raxcacó Reyes*, *supra* nota 37 párr. 106.

¹²¹ *Ley de Delitos Contra las Personas*, *supra* nota 38, (folio 2980).

Por unanimidad, que:

1. El Estado violó, en perjuicio de los señores Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins, los derechos reconocidos en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 49 a 63 de esta Sentencia.
2. El Estado no ha dado cumplimiento al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de la misma, en los términos de los párrafos 65 a 80 de esta Sentencia.
3. El Estado violó, en perjuicio de los señores Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins, los derechos reconocidos en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 86 a 102 de esta Sentencia.
4. El Estado violó, en perjuicio de los señores Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins, los derechos reconocidos en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 103 a 116 de esta Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

5. Esta Sentencia constituye, per se, una forma de reparación, en los términos del párrafo 126 de la misma.
6. El Estado debe conmutar, formalmente, la pena de muerte del señor Michael McDonald Huggins, dentro de un plazo de seis meses, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 127(a) a 128 del presente Fallo.
7. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que no se imponga la pena de muerte de manera tal que contravenga los derechos y libertades garantizados en la Convención y, en especial, que no se imponga a través de una sentencia obligatoria, en los términos de los párrafos 127(b) a 128 de este Fallo.
8. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo.

9. El Estado debe implementar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas que sean necesarias para asegurar que las condiciones de detención en las cuales se encuentran las víctimas del presente caso cumplan con los requisitos impuestos por la Convención Americana, en los términos de los párrafos 127(d) a 128 del presente Fallo.

10. Las obligaciones del Estado en el marco de las medidas provisionales ordenadas por este Tribunal en el presente caso quedan reemplazadas por las que se ordenan en esta Sentencia, a partir de la fecha de notificación de la misma, en los términos del párrafo 129 de esta Sentencia.

11. El Estado debe efectuar el pago por concepto de reintegro de gastos dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos del párrafo ** de esta Sentencia.

12. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, Barbados deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la ejecución de la misma”.

m) Caso Caballero Delgado y Santana vs Colombia¹²².- En el presente caso la Corte IDH no ejerció el control de convencionalidad, porque no estimó que el Estado haya sido responsable del incumplimiento de deberes de naturaleza convencional que deberían regularse en su ordenamiento interno. Lo consignamos aquí, a fin de apreciar desde la otra orilla la defensa que formulan los Estados emplazados:

2. La Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y el artículo 26 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decida si hubo violación, por parte de Colombia, de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), todos ellos en relación con el artículo 1.1 de la Convención que establece la obligación de respetar y garantizar esos derechos, en perjuicio de los señores Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. Además, consideró que se violó el artículo 2 de la Convención, “en base al principio *pacta sunt servanda*” por no haberse adoptado disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos tales derechos y el artículo 51.2 en relación con el 29.b) de la misma, al incumplir las recomendaciones formuladas por la Comisión. Solicitó a la Corte que requiera al Gobierno “inic[iar] las investigaciones necesarias hasta identificar y sancionar a los culpables... inform[ar] a los familiares de las víctimas sobre su paradero... [que declare que] debe reparar e indemnizar a los familiares de las víctimas por los hechos cometidos por sus agentes... [y que lo condene] a pagar las costas de este proceso”.

8. El 15 de mayo de 1996 la Comisión presentó a la Corte los siguientes documentos: una declaración extraprocesal de los señores Isaías Carrillo Ayala y Fanny González sobre la

¹²² Corte IDH, Sentencias de reparaciones y costas, 29 de enero de 1997, Serie C, N° 31, Párrafos 2, 8, 62 y 72.

convivencia de los señores Cristóbal Anaya González y María del Carmen Santana Ortiz durante dos años en forma permanente y bajo el mismo techo, copia del certificado de maestro de Isidro Caballero Delgado, copia del acta de posesión de Isidro Caballero Delgado del cargo de maestro, partida de matrimonio de Natividad Delgado y José Manuel Caballero, certificado de nacimiento de Isidro Caballero Delgado, copia del registro de defunción del señor José Manuel Caballero, copia de certificación de nacimiento de Iván Andrés Caballero Parra, declaración extraprocesal de los señores Dexy Pinto Rangel, José Froylán Suárez Badillo y Cleotilde Caballero Delgado sobre la convivencia permanente de los señores Caballero Delgado y María Nodelia Parra durante los últimos once años, copia de una tabla colombiana de mortalidad, proyecto educativo institucional del Colegio Departamental Isidro Caballero Delgado y documentación referente a gastos.

62. La Comisión pretende que Colombia ha violado el artículo 2 de la Convención, pero esta Corte no encuentra que ese país carezca de las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención y, en consecuencia, no existe la violación señalada.

72. POR TANTO,

LA CORTE,

Por cuatro votos contra uno

1. Decide que la República de Colombia ha violado en perjuicio de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana los derechos a la libertad personal y a la vida contenidos en los artículos 7 y 4 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Disiente el Juez Nieto Navia.

Por cuatro votos contra uno

2. Decide que la República de Colombia no ha violado el derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Disiente el Juez Pacheco Gómez.

Por unanimidad

3. Decide que la República de Colombia no ha violado los artículos 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativos a la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados en la misma, las garantías judiciales en los procesos y la protección judicial de los derechos.

Por unanimidad

4. Decide que la República de Colombia no ha violado los artículos 51.2 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por unanimidad

5. Decide que la República de Colombia está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y su sanción conforme a su derecho interno.

Por cuatro votos contra uno

6. Decide que la República de Colombia está obligada a pagar una justa indemnización a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades colombianas con ocasión de este proceso.

Disiente el Juez Nieto Navia.

Por cuatro votos contra uno

7. Decide que la forma y cuantía de la indemnización y el resarcimiento de los gastos serán fijados por esta Corte y para ese efecto queda abierto el procedimiento correspondiente”.

n) Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contenciosos Administrativo) vs Venezuela¹²³.- El presente caso gira en torno a la destitución de un conjunto de magistrados en donde se aprecia la violación de los estándares que deben gobernar el estatuto de los jueces en América Latina como es por ejemplo la independencia y la autonomía; dicha destitución tuvo como móvil justificatorio presuntos errores judiciales y que más bien, a criterio de la Comisión IDH fueron posiciones interpretativas distintas. Con todo veamos la posición hermenéutica que rodea este caso donde igualmente subyace manifiestas omisiones inconventionales:

2. La demanda se relaciona con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en adelante “la Corte Primera”) Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. La Comisión alegó que la destitución por dicho error “resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho” y que se los destituyó “por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada, en grave violación de su derecho a un debido proceso por la falta de motivación de la decisión que los destituyó y sin que tuvieran a su disposición un recurso sencillo, rápido y efectivo que se pronunciara sobre la destitución de que fueron objeto”. De otra parte, la Comisión indicó que la Corte Primera había adoptado decisiones “que generaron reacciones adversas por parte de altos funcionarios del Poder Ejecutivo” y que un “conjunto de indicios” permitiría inferir que el órgano que ordenó la destitución carecía de independencia e imparcialidad y que dicha destitución obedecía a una “desviación de poder” que se explicaría en la “relación de causalidad [que existiría] entre las declaraciones del Presidente de la República y altos funcionarios del Estado

¹²³ Corte IDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo de Reparaciones y Costas, 5 de Agosto de 2008, Serie C, N° 182, párrafos 2, 3, 26, 42, 43, 44, 45, 46, 146-148, 189 y 267.

por los fallos contrarios a intereses del gobierno y la investigación disciplinaria que fue impulsada y que devino en la destitución de las víctimas”.

3. En la demanda la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas. Asimismo, solicitó que se ordenaran determinadas medidas de reparación.

VI. Artículos 8 (Garantías Judiciales)¹²⁴ y 25 (Protección Judicial)¹²⁵ en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos)¹²⁶ y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno)¹²⁷ de la Convención Americana.

26. Conforme a las pruebas aportadas, la Corte encuentra probado que el órgano disciplinario judicial que destituyó a los ex-magistrados Apitz, Rocha y Ruggeri tuvo su origen en un proceso de transición constitucional que se inició en 1999 con el establecimiento de una Asamblea Nacional Constituyente (en adelante la “Asamblea Constituyente”), que tras declarar la existencia de una “crisis institucional” y la necesidad de una “reorganización de todos los órganos del poder público”¹²⁸, aprobó el 15 de diciembre de 1999 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante “la Constitución”). En lo relativo al Poder Judicial la Constitución estableció la creación de tribunales disciplinarios, cuyo marco normativo se encontraría en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana¹²⁹ (en adelante “el Código de Ética”). Además, en sus disposiciones transitorias la Constitución ordenaba que en el plazo de un año desde la instalación de la Asamblea Nacional debía dictarse la legislación referida al Sistema Judicial, y que “[h]asta tanto se sancione [la ley orgánica sobre la defensa pública], la [CFRSJ]

¹²⁴ El artículo 8.1 de la Convención establece: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹²⁵ El artículo 25.1 de la Convención estipula: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

¹²⁶ El artículo 1.1 de la Convención establece: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹²⁷ El artículo 2 de la Convención dispone: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹²⁸ decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público emitido por la Asamblea Constituyente el 12 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.764 de 13 de agosto de 1999 (expediente de prueba, Tomo I, Anexo A.2, folio 71).

¹²⁹ artículo 267 de la Constitución. Además, la Constitución estableció el reemplazo de la Corte Suprema de Justicia por el TSJ (artículos 253 y 262), y el ingreso a la carrera judicial por concursos de oposición públicos (artículo 255).

estará a cargo del desarrollo y operatividad efectiva del Sistema Autónomo de la Defensa Pública”¹³⁰.

1. Libre remoción de jueces provisorios

42. La primera cuestión a determinar es si los Estados deben ofrecer a los jueces provisorios un procedimiento de remoción igual o similar al ofrecido a los jueces titulares. La Comisión consideró que “más allá de que los jueces en un país sean titulares o provisorios, deben ser y aparecer como independientes”, razón por la cual “[s]u destitución debe realizarse en estricto apego a los procedimientos establecidos en la ley, respetando su derecho a un debido proceso”. Por su parte, el representante denunció que “[e]l carácter provisorio (o temporal) de los jueces implica que carecen de estabilidad en sus cargos y que para separarlos de los mismos no es imprescindible la apertura de un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa, como tampoco lo es comprobar que hayan incurrido en una falta disciplinaria”. El Estado señaló que “habiendo sido los ex-jueces provisorios de la Corte Primera funcionarios temporales y por lo tanto desprovistos de la titularidad en el cargo, su destitución se produjo mediante un procedimiento disciplinario donde se [o]torgaron todas las garantías y protección judiciales que se le confieren a los jueces titulares”.

43. La Corte observa que los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial¹³¹. En similar sentido, la Corte considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. Además, no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente¹³². Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y

¹³⁰ disposición cuarta transitoria del numeral quinto de la Constitución.

¹³¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20.

¹³² Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura vinculan la permanencia del juez en su cargo con la garantía derivada de inamovilidad al reconocer la vigencia de esta última hasta que expire el período para el que los jueces hayan sido nombrados o elegidos, siempre que existan normas al respecto. Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985; ver también Principio I.3 de la Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de Viceministros. En un sentido paralelo se expresó el señor Param Cumaraswamy en su declaración rendida ante fedatario público (affidavit) el 15 de enero de 2008 (expediente de fondo, Tomo III, folios 822 a 836).

no la regla. De esta manera, la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. Esta situación de vulnerabilidad del Poder Judicial se acentúa si tampoco existen procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados.

44. Esta Corte ha destacado con anterioridad que los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos tanto para el nombramiento de jueces como para su destitución. Sobre este último punto, el Tribunal ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa¹³³. Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias¹³⁴.

45. De otro lado, puesto que el nombramiento de jueces provisionales debe estar sujeto a aquellas condiciones de servicio que aseguren el ejercicio independiente de su cargo¹³⁵, el régimen de ascenso, traslado, asignación de causas, suspensión y cesación de funciones del que gozan los jueces titulares debe mantenerse intacto en el caso de los jueces que carecen de dicha titularidad.

46. En el presente caso, la Corte constata que el Estado ofreció a las víctimas un proceso ante la CFRSJ previo a su destitución. Queda entonces por determinar si dicho procedimiento se ajustó a las obligaciones contraídas por el Estado frente a la Convención Americana. Al respecto, este Tribunal ha señalado que

[t]odos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos¹³⁶.

146. La Corte constata que el régimen de transición ha operado desde 1999 hasta la fecha, cuando la Constitución preveía que éste no debía prolongarse más de un año desde el establecimiento de la Asamblea Nacional¹³⁷. El Estado aludió a una sentencia emitida en 2006 por la Sala Constitucional del TSJ que declaró la existencia de una “inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional [...] con motivo del procedimiento legislativo iniciado para

¹³³ *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 73 y 74.

¹³⁴ Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59.

¹³⁵ Principio 11 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59, y Directriz II de las Directrices de *Latimer House* para el Commonwealth sobre Supremacía Parlamentaria e Independencia Judicial adoptadas en una reunión de representantes de la Asociación Parlamentaria del Commonwealth, de la Asociación de Magistrados y Jueces del Commonwealth y de la Asociación de Educación Jurídica del Commonwealth, celebrada el 19 de junio de 1998.

¹³⁶ *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 149.

¹³⁷ disposición transitoria cuarta, número 5, de la Constitución.

sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética [...], elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado”¹³⁸.

147. De lo expuesto, el Tribunal constata que el propio Poder Judicial venezolano ha condenado la omisión legislativa en la adopción del Código de Ética. Dicha omisión ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ. En definitiva, si bien en este caso no ha quedado demostrado que la CFRSJ haya actuado en desviación de poder, directamente presionada por el Ejecutivo para destituir a las víctimas, el Tribunal concluye que, debido a la libre remoción de los miembros de la CFRSJ, no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones del órgano disciplinario.

148. Por todo lo anterior, el Tribunal declara que el Estado violó el derecho de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri a ser juzgados por un tribunal con suficientes garantías de independencia, lo que constituye una vulneración del artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

189. La Corte ha establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta¹³⁹. Además, la Corte considera que si bien la denuncia fue declarada inadmisibles por la Comisión Interamericana respecto de la alegada violación del artículo 24¹⁴⁰, es posible para este Tribunal analizar la eventual violación de este derecho, puesto que las decisiones de inadmisibilidad que realiza la Comisión basadas en el artículo 47 letras b) y c) de la Convención son calificaciones jurídicas *prima facie*, que no limitan la competencia de la Corte para pronunciarse sobre un punto de derecho que ha sido analizado por la Comisión sólo de forma preliminar. El Tribunal pasa entonces a dividir el análisis de los alegatos de las partes de la siguiente manera: 1) discriminación en la aplicación de la sanción de destitución; 2) discriminación en el acceso al Poder Judicial, y 3) discriminación en la aplicación de la ley procesal.

267. Por tanto,

La Corte

¹³⁸ sentencia No. 1048 de la Sala Constitucional del TSJ 18 de mayo de 2006, *supra* nota 13. El TSJ “Exhort[ó] a la [CFRSJ] prestar toda su asesoría y cooperación a la Asamblea Nacional con el fin de desarrollar en armonía el trabajo legislativo que permita la sanción y puesta en vigencia del futuro código disciplinario judicial, dentro del espíritu que prevé el artículo 136 constitucional de colaboración entre los órganos del Poder Público”.

¹³⁹ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 179; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 125; *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 122, y *Caso Yatama supra* nota 63, párr. 183.

¹⁴⁰ Informe de Admisibilidad N° 24/05 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de marzo de 2005, párr. 46 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Apéndice B, folio 66).

Decide,

Por unanimidad:

1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado, en los términos del párrafo 24 de la presente Sentencia.

Declara,

Por unanimidad, que:

2. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal competente, conforme a los párrafos 47 a 53 de esta Sentencia
3. El Estado no garantizó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal imparcial, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, conforme a los párrafos 54 a 67 de esta Sentencia.
4. El Estado no violó el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no oír a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova en el proceso de avocamiento ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y al no oír en audiencia pública a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras en los recursos interpuestos, conforme a los párrafos 68 a 76 de este fallo.
5. El Estado incumplió con el deber de motivación derivado de las debidas garantías del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova, conforme a los párrafos 77 a 94 de esta Sentencia.
6. No ha quedado establecido que el Poder Judicial en su conjunto carezca de independencia, conforme a lo expuesto en los párrafos 96 a 108 de esta Sentencia.
7. El Estado violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal independiente, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, por las razones expuestas en los párrafos 109 a 148 de esta Sentencia.
8. El Estado violó el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras, conforme a los párrafos 157 a 161 y 172 a 181 de esta Sentencia.

9. El Estado violó el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras, conforme a los párrafos 150 a 156 y 171 de esta Sentencia.

10. El Estado no violó el derecho de la señora Ana María Ruggeri Cova a la protección judicial, consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo expuesto en los párrafos 182 a 185 de esta Sentencia.

11. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los párrafos 190 a 200 de esta Sentencia.

12. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, consagrado en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los párrafos 201 a 207 de esta Sentencia.

13. El Estado no violó la cláusula general de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el derecho sustantivo a ser oído dentro de un plazo razonable consagrado en el artículo 8.1 de dicho tratado, conforme a los párrafos 208 a 215 de esta Sentencia.

14. No es procedente la alegada violación del artículo 29.c) y 29.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, conforme a los párrafos 216 a 223 de esta Sentencia.

15. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y Dispone:

por unanimidad que:

16. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 236, 242 y 260 de la misma.

17. El Estado debe reintegrar al Poder Judicial a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova, si éstos así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos. Si por motivos fundados, ajenos a la voluntad de las víctimas, el Estado no pudiese reincorporarlas al Poder Judicial en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad establecida en el párrafo 246 de esta Sentencia.

18. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 249 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

19. El Estado debe adoptar dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 253 de esta Sentencia.

20. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento”

- o) Caso Prado Bugallo c. España.**- Desde la Resolución emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STDH del 13 de febrero del 2003) la jurisdicción supranacional europea dispuso condena al Estado Español, dado que constato que había una inercia u omisión en el campo de su legislación procesal penal, relacionada a las intervenciones judiciales de las comunicaciones privadas. Así, el STDH señaló lo siguiente:

“En el asunto Prado Bugallo contra España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), constituido en una Sala compuesta por los Jueces Sir Nicolas Bratza, Presidente, señores M. Pellonpää, A. Pastor Ridruejo, señora E. Palm, señores M. Fischbach, J. Casadevall y S. Pavloski, así como por el señor M. O’Boyle, secretario de sección,

Tras haber deliberado en privado los días 16 de abril de 2002 y 28 de enero de 2003

Dicta la presente

SENTENCIA

Procedimiento

1 El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 58496/2000) contra el Reino de España presentada ante el Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio») (RCL 1999\ 1190 y 1572) por un ciudadano español, el señor José Ramón Prado Bugallo, el 9 de mayo de 2000.

2 El demandante está representado por el señor Emilio Ginés Santidrián, abogado del Colegio de Madrid. El Gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, el señor Javier Borrego Borrego, Jefe del Servicio Jurídico de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3 El demandante alega haber sido objeto de escuchas telefónicas que atentaron contra su derecho al respeto de su vida privada, en violación del artículo 8 del Convenio.

4 La demanda fue asignada a la Sección Cuarta del Tribunal (artículo 52.1 del Reglamento del Tribunal). En el seno de dicha sección, la Sala que iba a conocer del caso (artículo 27.1 del Convenio), fue constituida como dispone el artículo 26.1 del Reglamento del Tribunal.

5 Mediante una Resolución de 6 de septiembre de 2001, la Sala decidió comunicar para presentación de alegaciones, la queja basada en el artículo 8 del Convenio [artículo 54.2 b) del Reglamento] y declarar el resto de la demanda inadmisibles.

6 El 1 de noviembre de 2001, el Tribunal varió la composición de sus secciones (artículo 25.1 del Reglamento). La presente demanda fue asignada a la nueva Sección Cuarta (artículo 52.1 del Reglamento).

7 Mediante una Resolución de 16 de abril de 2002, la Sala declaró admisible el resto de la demanda.

8 Las partes no presentaron alegaciones escritas sobre el fondo del asunto.

9 El 17 de septiembre de 2002, el Gobierno informó al Tribunal que no se contemplaba la posibilidad de un acuerdo amistoso de este asunto.

10 El 22 de octubre de 2002, la Sala decidió, tras consultar a las partes, que no era necesario celebrar una audiencia sobre el fondo (artículo 59.3 del Reglamento).

11 El 20 de noviembre de 2002, el demandante presentó sus pretensiones en concepto de satisfacción equitativa. El 27 de noviembre de 2002, el Gobierno presentó sus alegaciones a este respecto.

Hechos

1 Las circunstancias del caso

12 El demandante, José Ramón Prado Bugallo, ciudadano español, nació en 1956 y es Presidente en Cambados.

1 El origen del asunto y el desarrollo de la investigación

13 A la cabeza de un vasto complejo económico compuesto por numerosas sociedades de importación-exportación de tabaco con sede en Panamá, en Galicia y en Amberes, el demandante disponía en España de una amplia red de colaboradores.

14 A finales de 1990, el Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, inició una investigación judicial por tráfico de estupefacientes. En el marco de esta investigación y a petición del Ministerio del Interior, el Juez de Instrucción ordenó, el 28 de septiembre de 1990, conforme al artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16), que se intervinieran por un período de treinta días las líneas telefónicas de varias personas sospechosas de estar implicadas en actividades delictivas vinculadas con el tráfico de estupefacientes. El Juez ordenó igualmente que cada quince días, y cada vez que se solicitara una prórroga, las cintas de grabación y su transcripción fueran enviadas al Secretario Judicial para su verificación conforme a las directrices contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\ 857). Al no haber recibido las cintas ni la transcripción en el plazo de quince días, el Juez de Instrucción ordenó, el 24 de octubre de 1990, que cesaran las escuchas.

15 El 23 de noviembre de 1990, el Juez de Instrucción ordenó que se intervinieran las líneas telefónicas inscritas a nombre de varias personas físicas y morales sospechosas de pertenecer a una red de tráfico de cocaína dirigida por el demandante. Una vez más, el Juez ordenó que las grabaciones efectuadas fueran remitidas cada quince días al Secretario Judicial para su verificación.

16 En diciembre de 1990 y enero de 1991, el Juez ordenó que se intervinieran nuevas líneas, siempre basándose en el artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las mismas condiciones en cuanto a su control por el Secretario Judicial.

17 Al final de una intensa investigación policial, los días 19 y 20 de enero de 1991, el demandante y varios de sus colaboradores fueron arrestados por la Policía. Como consecuencia de estas investigaciones, la policía incautó una cantidad importante de cocaína escondida en un coche utilizado por los colaboradores del demandante, así como en varios pisos. Además, se descubrió igualmente un camión provisto de escondites para el transporte de mercancías, alquilado por uno de los colaboradores del demandante (...)

4 El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

23 Invocando los artículos 24.1 y 24.2 (derecho a un proceso justo y respeto del principio de la presunción de inocencia) y 18.3 (respeto del secreto de las comunicaciones) de la Constitución (RCL 1978\2836), el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se quejaba de la negativa a escuchar las cintas de las cassettes que contenían la grabación de las conversaciones interceptadas durante la instrucción, y luego en el momento de la audiencia pública ante la Audiencia Nacional. Se quejaba igualmente del rechazo por el Juez de Instrucción de su solicitud de designar a dos expertos en telecomunicaciones para que procedieran a un examen pericial de las intervenciones telefónicas. Mediante Sentencia de 20 de diciembre de 1999 (RTC 1999\236), el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo. En cuanto al motivo derivado del artículo 18.3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, tras haber recordado las exigencias constitucionales que debían rodear las intervenciones telefónicas, dijo lo siguiente:

«(...) En el presente caso, el examen de las actuaciones (...) pone de manifiesto, como señala el Ministerio Fiscal, que las intervenciones telefónicas respetaron las exigencias. En efecto (...) cabe destacar que la primera de las intervenciones telefónicas, acordada por el Juez Central de Instrucción núm. 5 en el Auto de 23 de noviembre de 1990, no carece de motivación sino que se adoptó a la vista de las actuaciones practicadas por el mismo Juez en otro sumario ya en marcha (el núm. 13/1990, seguido también contra el hoy demandante por un eventual delito de tráfico de drogas) donde (...) se autorizó la intervención de distintos teléfonos, con indicación tanto de los números como de sus titulares, por considerar que tal medida podía proporcionar datos valiosos para la investigación de la trama de una organización dedicada al narcotráfico y la posible llegada de un importante alijo de cocaína. Las posteriores intervenciones telefónicas, a su vez, fueron ordenadas por el Instructor siempre para personas individualizadas y líneas telefónicas concretas, por plazo cierto (un mes generalmente) en una investigación judicial de narcotráfico.

En todos los Autos de autorización se indica la obligación de la policía de aportar, cada quince días y siempre que se solicite cualquier prórroga, la transcripción y las cintas originales para su comprobación por el Secretario Judicial (...). En este sentido, en las actuaciones constan, igualmente, no sólo las correspondientes diligencias de recepción de las cintas conteniendo las grabaciones sino las de cotejo por el fedatario procesal de las cintas grabadas y sus transcripciones (...). A su vez, en los Autos de prórroga de las intervenciones telefónicas se justifica la necesidad de la prórroga, en concreto, por la complejidad de los hechos investigados (...).

Por lo expuesto, y de conformidad con la doctrina constitucional antes citada, cabe concluir que en el presente caso no se aprecia lesión alguna del artículo 18.3 CE desde la perspectiva, en el caso analizado, de la investigación de un delito que nuestra legislación considera grave. Así, las intervenciones telefónicas respetaron las exigencias de autorización judicial, legalidad y proporcionalidad (...).

Por otra parte, la práctica totalidad de las irregularidades denunciadas se refieren a la forma en que el resultado de las intervenciones telefónicas ordenadas por el juez Instructor se incorporaron, primero al sumario y después al juicio oral, y son ajenas al contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (...).

II Legislación Interna Aplicable

El régimen de las intervenciones telefónicas

a) La Constitución

Las disposiciones aplicables de la Constitución (RCL 1978\ 2836) disponen:

Artículo 10.2

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (LEG 1948\ 1) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Artículo 18.3

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Artículo 96

«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...».

b) Ley de Enjuiciamiento Criminal

i Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988

Entre las disposiciones aplicables del título VIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16) relativas a la entrada y registro en lugar cerrado, al examen de libros y papeles y a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, las relativas a la correspondencia eran las siguientes:

Artículo 579

«Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por esos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa».

Artículo 581

«El empleado que haga la detención remitirá inmediatamente la correspondencia detenida al Juez instructor de la causa».

Artículo 583

«El auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia (...) determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada (...)».

Artículo 586

«La operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia (...)».

Artículo 588

«La apertura de la correspondencia se hará constar por diligencia (...).

Esta diligencia será firmada por el Juez instructor, el Secretario y demás asistentes».

ii Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988

La Ley Orgánica 4/1988 modificó los artículos 553 y 579 del título VIII del libro II (apartado 30 supra). El artículo 579, el único aplicable en este caso, dispone:

Artículo 579

«1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por esos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

(...)».

c) Jurisprudencia

a) En su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 (RTC 1984\ 114), el Tribunal Constitucional precisó que el concepto de «secreto» no cubre solamente el contenido de las comunicaciones, sino también otros aspectos de éstas como la identidad de los interlocutores.

b) En su Sentencia de 21 de febrero de 1991 (RJ 1991\ 1335), el Tribunal Supremo señaló la imperfección de la modificación legislativa operada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 (RCL 1988\ 1136), que modificó el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16). La sentencia precisaba que las cintas grabadas a partir de una intervención telefónica debían ser puestas a disposición del Juez, con la transcripción exacta de su contenido, que debía ser verificado por el Secretario Judicial, para su audición, dado el caso, en los debates orales. Añadía que «si se cumplían las condiciones previstas en el artículo 579, si el Juez controlaba el resultado de la administración de la prueba, y si permitía su audición en los debates orales», la intervención de la comunicación telefónica sería considerada como una prueba válida.

c) En su Auto de 18 de junio de 1992, el Tribunal Supremo interpretó la legislación existente en España en la materia después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 (apartados 29 y 31 infra). Preciso que «el legislador no establece limitaciones por la naturaleza de los posibles delitos o las penas a ellos asociadas» y subrayó que las lagunas, la insuficiencia y la imprecisión de esta Legislación, debían ser corregidas por el Juez nacional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

24 A este respecto, el Tribunal Supremo estableció los principios siguientes:

«En resumen, las vulneraciones que determinan la nulidad de la prueba de intervención telefónica y sus consecuencias, son éstas:

1. No exteriorización de indicios. Falta de motivación efectiva

La no exteriorización (...) de los indicios existentes, a juicio del Juez, que pudieran justificar una medida tan especialmente restrictiva de Derechos Fundamentales, como lo es la interceptación telefónica, sin que la simple sospecha policial, que se ofrece, en principio, como cobertura de la resolución judicial, pueda ser suficiente.

2. Ausencia de control

La carencia, prácticamente total, de cualquier tipo de control judicial respecto a la realización efectiva de la intervención del teléfono afectado, a través, por ejemplo, de un examen de las conversaciones grabadas en períodos razonables para comprobar la progresión de la investigación, en este caso policial, y siempre bajo la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad cuya existencia sólo se puede constatar a través, precisamente, de la motivación, decidiendo la necesidad o no, en los términos expuestos, de continuar sucesivamente, a través de

prórrogas, la intervención/observación que ha de tener también un límite razonable en el tiempo, siguiendo los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Periodicidad del control. Efectos

Una vez grabadas en las correspondientes cintas las conversaciones, el Juez debe proceder periódicamente, en los términos que prudencialmente fije, en función de las circunstancias concurrentes, a su examen en presencia del Secretario Judicial y decidir, oídas que hayan sido las voces transcritas, lo procedente, ordenando la continuación o no de la intervención y fijando, en su caso, las oportunas pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida.

Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo (...) para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle (...).

Sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue (ver Sentencia del TEDH de 6-9-1978 [TEDH 1978\ 1], Caso **Klass**), aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación (...).

4. Disociación entre autorización e investigación

(...) hubo vulneración del derecho a la intimidad y, más sencillamente aún, al secreto de las comunicaciones, en general, y de las telefónicas, en particular (...) cuando en el desarrollo de la interceptación, inicialmente acordada, aparece como posible un delito o unos posibles nuevos delitos, en cuyo momento (...), la Policía debió, de manera inmediata, sin solución de continuidad, ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción autorizante/ordenador de la interceptación a los efectos consiguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad (...). No son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la nueva y expresa autorización del Juez, es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización. Tales situaciones, si no son controlables y controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo desconocimiento del principio de proporcionalidad, que no se sabrá nunca si existe o no(...).

5. Entregas de copias, no de originales

También hay vulneración por no ajustarse la medida a una interpretación, de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16). El hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean las originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la Policía sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema. (...) se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de los expertos y en presencia del Secretario Judicial (...), seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada y mantenga el resto bajo la custodia de dicho Secretario, impidiendo cualquier conocimiento no deseado ni deseable de aquellas conversaciones ajenas al propósito de la interceptación y haga cesar de manera inmediata dicha intervención cuando no interese a los fines legítimos de la averiguación de un delito grave, cuya gravedad ha de ser siempre proporcional a la invasión de la intimidad, en principio intolerable, de las vidas privadas(...).

6. Constatación de la proporcionalidad

(...) Sobre estas coordenadas hay que observar la proporción y la desproporción existente entre las medidas cautelares adoptadas y la finalidad perseguida (...). El Juez, garante esencial de los

Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que la acompañan y decidir, valorando si los objetivos legítimos de la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena, merecen en ese concreto supuesto el sacrificio de otro bien jurídico, especialmente valioso como es la dignidad, la intimidad y la libertad de la persona (...).

7. Determinación de la medida y sus límites

(...) debe la autoridad judicial precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada (...).

Fundamentos de Derecho

I Sobre la violación del artículo 8 del Convenio

25 El demandante afirma que la intervención de sus comunicaciones telefónicas supuso violación del artículo 8 del Convenio que dispone:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

26 El demandante considera que la legislación española aplicable a las intervenciones telefónicas no responde a la condición de previsibilidad enunciada en el apartado 2 del artículo 8, y se refiere a la jurisprudencia del Tribunal en el asunto **Valenzuela Contreras contra España** (Sentencia de 30 julio 1998 [TEDH 1998\ 31], **Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-V**). A este respecto, considera que la modificación legislativa incorporada al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 (RCL 1988\1136) es insuficiente, ya que no define con precisión la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a una intervención telefónica, ni las condiciones para establecer las actas que consignen las conversaciones interceptadas, ni la utilización y el borrado de las grabaciones. En su opinión, la motivación y el control judicial de las resoluciones que ordenan la intervención son insuficientes. En cuanto a la Resolución del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\ 6102), considera que no podría llenar todas las lagunas de la Ley. En efecto, como ya ha indicado el Tribunal Constitucional, únicamente la Ley puede regular los Derechos y Libertades Fundamentales reconocidos por la Constitución. Resumiendo, el demandante hace valer que las garantías enunciadas en la Resolución de 18 de junio de 1992 no le han sido aplicadas. Así, el Juez no recibió las cintas originales sino copias. Además, la misma Audiencia Nacional constató las insuficiencias del sistema de control de las escuchas telefónicas. Otra violación se desprende del hecho de que todo el control posterior a la grabación es dejado a cargo del Secretario Judicial y no del Juez. Las cintas no son entregadas al Juez, y no es él quien selecciona las cintas que le parecen necesarias para la investigación.

27 Por su parte, el Gobierno considera que en el momento de los hechos, la legislación española aplicable en materia de intervenciones telefónicas respondía a las exigencias del artículo 8 del Convenio (RCL 1999\ 1190 y 1572). Subraya que la reforma de 1988, en combinación con la interpretación hecha por los tribunales españoles, satisfacía las condiciones inherentes a esta disposición del Convenio. Considera que la queja del demandante es puramente formal, y subraya

el examen minucioso llevado a cabo por los tribunales internos de las alegaciones del demandante relativas a la supuesta violación de su derecho al respeto de sus comunicaciones. Hace notar que las autoridades judiciales internas motivaron cada vez, de manera minuciosa, las resoluciones sobre las intervenciones telefónicas.

28 El Tribunal recuerda que en el asunto **Valenzuela Contreras** (TEDH 1998\ 31) (anteriormente citado, apartado 61), concluyó la violación del artículo 8 porque el Derecho Español, escrito y no escrito, no indicaba con la suficiente claridad, en el momento de los hechos, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado.

29 El presente caso se diferencia del asunto **Valenzuela Contreras** en que la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 (RCL 1988\ 1136) modificó el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16) y precisó, en sus apartados 2 y 3, las modalidades de control de la intervención de las conversaciones telefónicas. Según este artículo, únicamente podrá realizarse la vigilancia de las comunicaciones telefónicas por resolución motivada del Juez, cuando existan indicios que hagan pensar que se puede obtener por este medio el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Estas mismas garantías deben rodear las resoluciones de prórroga de esta medida de vigilancia. En cuanto a las transcripciones de las conversaciones grabadas, tienen lugar bajo el control del Secretario Judicial.

30 Sin embargo, el Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias **Kruslin contra Francia** y **Huvig contra Francia**, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición a este respecto.

31 Por otro lado, estas lagunas han sido señaladas por las jurisdicciones superiores españolas que han entendido que las modificaciones realizadas por esta Ley eran insuficientes para responder a las garantías que deben rodear las intervenciones telefónicas. Por esto, además de las disposiciones legislativas, el Tribunal Supremo, principalmente en su Resolución de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\ 6102) (Legislación Interna Aplicable, supra), así como el Tribunal Constitucional, consideraron necesario definir toda una serie de garantías complementarias que precisaran el alcance y las modalidades del poder de apreciación de los jueces, así como las condiciones de establecimiento de las actas que consignan las conversaciones interceptadas y su uso por el Juez Instructor.

32 El Tribunal constata que, si la Ley de 1988 supuso un progreso innegable, todavía persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas. Es cierto que estas insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo. Dado esto, esta evolución jurisprudencial, incluso suponiendo que pueda llenar las lagunas de la Ley en el sentido formal, se ha dado después de los autos del Juez Instructor ordenando la intervención de los teléfonos de las personas que

participaban en la actividad delictiva dirigida por el demandante. Así, no puede ser tenida en consideración en este caso.

33 Por lo tanto, ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

II Sobre la aplicación del artículo 41 del Convenio

34 El artículo 41 del Convenio dispone:

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

A Daños

35 El demandante no plantea ninguna solicitud de indemnización por daño moral o perjuicio material. Se limita a precisar que se reserva el Derecho de obtener reparación, una vez constatada la violación por el Tribunal, mediante los diferentes recursos y actuaciones existentes en el Derecho interno. En ausencia de solicitud por parte del demandante, el Tribunal considera que no procede conceder ninguna suma por este concepto.

B Costas y gastos

36 El demandante reclama 15.080 en concepto de costas y gastos, que detalla de la siguiente manera:

- a) 11.200 por la preparación de la demanda ante el Tribunal; y
- b) 1.800 por gastos de desplazamiento al centro penitenciario en el que está internado, lo que supone en total una cantidad de 13,00. A esta suma, añade el 16% de IVA, que supone 20,80.

37 El Gobierno considera que la cantidad reclamada es excesiva y desproporcionada. Considera que la eventual constatación de la violación supondría en sí misma una satisfacción equitativa suficiente.

38 El Tribunal considera que el demandante no puede pretender el reembolso de la totalidad de los gastos satisfechos ante los órganos del Convenio. Recuerda a este respecto, haber declarado inadmisibles una parte de la demanda del demandante en su Resolución de 6 septiembre 2001. En consecuencia, considera razonable conceder por este concepto 7.000 , más el Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable.

C Intereses de demora

39 El Tribunal considera apropiado que los intereses de demora estén basados en el tipo de interés mínimo de préstamos del Banco Central Europeo, más tres puntos de porcentaje (véase **Christine Goodwin contra el Reino Unido** [TEDH 1996\ 21] [GS], núm. 28957/1995, ap. 124, TEDH 2002).

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1 Declara que ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999\ 1190 y 1572);

2 Declara

- (a) que el Estado demandado deberá abonar al demandante en el plazo de tres meses a partir de que esta sentencia sea firme de acuerdo con el artículo 44.2 del Convenio, 7.000 (siete mil euros) en concepto de costas y gastos, más el Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable;
- (b) que se abonará un interés simple anual igual al tipo de interés mínimo de préstamos del Banco Central Europeo, más tres puntos de porcentaje, a partir de la expiración de dicho plazo y hasta su abono;

3 Rechaza el resto de la demanda de indemnización.

Hecha en francés y notificada por escrito el 18 de febrero de 2003 en virtud del artículo 77.2 y 77.3 del Reglamento del Tribunal. **Firmado:** Nicolas Bratza, Presidente, Michael O'Boyle, secretario.

A raíz de esta decisión el TC español emite, como ha recordado el profesor Ignacio Villaverde Menéndez, la STC 184-2003 en la que dicho colegiado constitucional expresa su oposición firme de emplear la cuestión o la autocuestión de inconstitucionalidad para suplir la iniciativa del legislador en la reparación de las omisiones constitucionales. Así, se puede apreciar en dicho fallo lo siguiente:

Pues bien, nuestro pronunciamiento, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros órganos judiciales, debe poner de manifiesto que el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH. En la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, en la que proyectamos a partir de nuestra Constitución dichas exigencias, dijimos que se concretan en:

La definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad.

El art. 579 LECrim, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, establece:

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos".

De la lectura del transcrito precepto legal resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia,

utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE).

Pero, además, tampoco regula expresamente y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental las condiciones de grabación, custodia y utilización frente a ellos en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el art. 579 LECrim sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afcción de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d CE), o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE).

Pues bien, en el caso que nos ocupa no existía norma de cobertura específica no sólo por las insuficiencias de regulación ya expuestas, sino porque los recurrentes de amparo no son ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas sino personas con quienes se pusieron en contacto telefónico aquéllos cuyas líneas telefónicas estaban intervenidas, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso al ser introducidas en el mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron. Es decir, se afectó su derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas sin que el art. 579 LECrim habilite expresamente dicha injerencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal.¹⁴¹

Sobre el particular, siguiendo aquí la observación que hace el profesor Ignacio Villaverde, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, formula la siguiente crítica:

Este reconocimiento de la omisión relativa inconvencional que deriva en la lesión de un derecho fundamental de la Constitución Española de 1978 (artículo 18.3, secreto de las comunicaciones) se topa con el límite de la reserva de ley. En efecto, el TC reconoce que, por sus omisiones, la legislación procesal es contraria al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por derivación, al artículo 18, numeral 3, de la ce, pero de ello no deduce la necesidad de declarar

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 184/2003, de 23 de octubre (BOE núm. 272, de 13 de November de 2003).

inconstitucional por omisión inconventional el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), porque no es el enunciado legal el contrario al Convenio (y a la Constitución), sino su omisión (vaguedad e indeterminación), la cual no es posible colmar mediante las técnicas interpretativas de uso ya que, al tratarse de la regulación de los límites de un derecho fundamental, sólo el legislador orgánico (artículo 81 de la ce) puede llenar ese silencio mediante un enunciado legal expreso.” (Villaverde Menéndez, p. 253)

Este mismo profesor también consigna otro caso de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión Europea. Así, la sentencia 282-2014 del 24 de enero del 2014 emitido por el Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, dispone rechazar una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado, por no haber implementado la directiva 204/80/EC, de 29 de abril de 2004 en la que no se regula la reparación y dejando sin asistencia a unos padres de una menor asesinada por otro menor; en esta sentencia la doctrina en su FD 3 expresa:

Pues bien, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea precisa, con carácter general, de la concurrencia de los siguientes presupuestos. En primer lugar, que se haya producido un incumplimiento, violación o inobservancia del Derecho de la Unión. En segundo lugar, que esa violación del derecho comunitario merezca la calificación de “suficientemente caracterizada”, es decir, que esa violación sea de tal grado o entidad que merezca la indicada calificación. Y finalmente, resultarían de aplicación, en su caso, las exigencias propias de la responsabilidad patrimonial ex artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

8. Los antidotos y remedios procesales contra las omisiones inconventionales.-

Así como se ha abordado una serie de remedios como mecanismos para el control de las omisiones inconstitucionales, también se ha empezado a diseñar una suerte de teoría de remedios contra las omisiones inconventionales, aun cuando esta base teórica frente a su similar la inconstitucionalidad por omisión, resulta todavía demasiado prematura.

Una cosa es la jurisdicción constitucional que se presenta como los mecanismos para ejercer el control de la eficacia de las normas, así como de la vigencia de los derechos fundamentales y del control del ejercicio del poder; y otra cosa es la justicia o jurisdicción convencional cuyos mecanismos de control pueden ser de dos variantes.

Destacamos aquí un *control convencional vertical* que es el proveniente del propio órgano que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos; cuyos mecanismos tienen efecto expansivo o *erga omnes* para todo el sistema regional de derechos humanos; y por otro lado, habrían los mecanismos del *control difuso de convencionalidad*.

En esta perspectiva, por tanto, el control convencional de las omisiones inconventionales se deben abordar desde estas dos variantes, modelos clases, o tipologías.

Así pues, en el caso del control convencional vertical que dimana de la corte IDH, aún su desarrollo jurisprudencial es paulatino y discreto; y ello obedece a que no se han diseñado mecanismos en donde los estados emplazados que han sido denunciados por violación de derechos humanos y cuyas víctimas han tenido como acto lesivo la omisión de leyes que no desarrollaron eventuales cláusulas programáticas del

corpus iuris latinoamericano, les ha desencadenado efectivamente una violación a los derechos humanos que, en este caso, son ya no de las cláusulas constitucionales de su ordenamiento interno, sino de cláusulas convencionales expresadas en los tratados de la región.

Debemos advertir que cuando hablamos de remedios estamos hablando de los antídotos o de los mecanismos que existen para enervar estos fenómenos patológicos que provienen del silencio, de la inercia o de la omisión del Estado a través de sus autoridades que no impulsan como deber convencional el desarrollo de leyes, de políticas públicas o de conductas de acción en la que se despliegue y desencadene la vigencia de los derechos humanos en el ordenamiento interno de un país.

Si observamos los diversos mecanismos de jurisdicción constitucional que existen en Latinoamérica; bien podríamos apelar a la categoría conceptual que legara Mauro Cappelletti; esto es, los procesos constitucionales agrupados en la *jurisdicción constitucional de la libertad*.

Habría, por tanto, dos tipos de mecanismo para el control convencional de las omisiones de las normas convencionales:

a) El control convencional abstracto:

Se trataría de apelar, en este caso, a la jurisdicción constitucional orgánica, con miras a que se homologue un *proceso de inconventionalidad por omisión* frente a normas abstractas que no han sido desarrolladas por las autoridades estatales. Lo que aquí podría ser replanteado, en base al control de la inconstitucionalidad por omisión, es homologar la experiencia de los sistemas en las que sí tienen diseñado expresamente los mecanismos de inconstitucionalidad por omisión. En este sentido, bien cabe replantear la figura y así como no se han desarrollado normas constitucionales que requieren desarrollo legislativo; lo propio se plantearía frente a las normas convencionales que requieren de un desarrollo acaso complementario con miras a afirmar mayor eficacia plena lo declarado en los tratados internacionales. Sin embargo, esta propuesta quedaría sólo reducida para los países que tienen dicho mecanismo reglado en su jurisdicción constitucional orgánica, como son los ya aludidos.

b) La otra opción es que se apele a la heurística de la imaginación y recreación de las jurisdicciones constitucionales en el marco de la globalización, apelen a la otra experiencia: la creación pretoriana o jurisprudencial donde los órganos de justicia constitucional establezcan y reconozcan por vía de acción de un proceso constitucional, que determinados tratados internacionales de derechos humanos, no han sido desarrollados plenamente por el legislador, o por el ejecutivo vía determinadas políticas públicas, puesto que sin ella, la declaración internacional queda en el mero lirismo normativo; siendo esto así, el fallo tendría la posibilidad de declarar que existe una inconventionalidad por omisión; esto es, una nula vigencia de un expreso derecho humano que no es materialmente llevado a la práctica por un nulo desarrollo; allí incluso el fallo puede y debe apelar no sólo a declarar la inexistencia material de dicha norma convencional; sino que utilice el mecanismo de una sentencia exhortativa con *vacatio sententiae*, y así la sentencia del órgano de jurisdicción constitucional formula una parte donde exhorta al emplazado que, para los efectos prácticos, puede ser tanto el legislativo si es la inexistencia de una ley de desarrollo complementario de la norma convencional; o del ejecutivo si se trata de la inexistencia de una determinada política pública, y no sólo recomienda su expreso desarrollo; sino que en la parte de la estructura de la sentencia, los tribunales constitucionales desarrollan ya, como mandatos al legislador, de lo que debe ser, por decirlo así, rellenado ese horror vacui inconventional; disponiendo que se le da un

plazo específico, razonable, para que cubra dicho vacío; y así se impone la *vacatio setentiae*; pasado dicho plazo y si la autoridad emplazada, llamada a desarrollar dicha declaración de inconventionalidad por omisión no lo cumple, entra en vigor la sentencia. Este tipo de mecanismo, si bien forman parte de las familias de resoluciones constitucionales atípicas, son necesarias, aun cuando para ello se critique la presunta desnaturalización de la magistratura constitucional, que se convierte en “legislador positivo”. Este tipo de sentencias, también se le conoce como recomendaciones al legislador, y por lo general engloban un conjunto de formulaciones o directrices que buscan la actuación de los órganos estatales, significando así una obligación (Eto Cruz, 2010, pp. 33-35).

c) El control de convencionalidad concreto.-

Se trata en este caso de que, sin cuestionar una cláusula convencional que no se ha visto complementada vía la adopción de medidas de derecho interno, bien sea del deber de legislar, o de disponer específicas políticas públicas, el hecho en concreto es la cláusula convencional, pese a que está listada allí, no resulta ser efectiva, por ende, no puede ser acatada ni cumplida en el ordenamiento interno; en tal circunstancia, le corresponde a la persona que se ve específicamente afectada con esa omisión, pueda utilizar algún resorte procesal, como puede ser, para el caso peruano, específicamente un proceso de cumplimiento; lo que correspondería para otros un proceso de amparo o para Brasil un *madato de injunction*, entre otros. La creación judicial permitiría, en este caso, por resolución, suplir esa falta de adopción que establece, por ejemplo, el art. 2 de la CADH puesto que no hay una concreta manifestación del “deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno”. Subyace en la utilización de estos mecanismos de control de convencionalidad concreto, la utilización del control difuso de convencionalidad, pudiendo ser esta variante que se entabla ante la judicatura doméstica de los Estados, bien para enervar normas o sentencias inconventionales; o para provocar vía resolución judicial, se supla la inercia del Estado, con la emisión de la resolución que dispone para el caso concreto y específico, que pueda tornarse efectivo lo que no ha sido desarrollado por el Estado.

9. Una aproximación panorámica sobre el control de la inconventionalidad por omisión en la doctrina y en la jurisprudencia: Balance y perspectiva.-

Desde hace algunos lustros se ha venido esgrimiendo la presencia de un “*ius constitutionale commune latinoamericano*” (Von Bogdandy, 2010); destaca como uno de los precursores teóricos Armin Von Bogdandy; se trataría de un planteamiento donde concurren la confluencia de la doctrina constitucional latinoamericana, fundamentalmente a partir de la histórica creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional¹⁴²; y por otro lado, de la aplastante jurisprudencia heterodoxa que ha venido desarrollando las Altas Cortes Constitucionales que se han consolidado ya en América Latina y el Caribe. En el caso de la doctrina constitucional, se reclama el reconocimiento de los aportes y propuestas originales de una serie de académicos y científicos que han cultivado y consolidado una comunidad de académicos en las disciplinas del Derecho Público como son: la Teoría Constitucional, la Teoría Procesal

¹⁴² El XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado en Buenos Aires en el 2019 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado los días 21, 22 y 23 de Mayo de 2019 y que llevó como presentación “La democracia Constitucional en América Latina: A 45 años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Constitucional y la Teoría General de los Derechos Humanos¹⁴³; y en el caso de la jurisdicción constitucional indoiberoamericana, se cuenta con diversas generaciones de Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales que desde hace ya aproximadamente tres décadas han hecho extraordinarios aportes a la interpretación de los derechos fundamentales y de cómo debe racionalizarse el ejercicio del poder¹⁴⁴. Merece aquí igualmente destacar que la jurisdicción constitucional participa de diversos modelos cuya génesis provienen del modelo norteamericano o difuso¹⁴⁵ por un lado y de otro del modelo europeo, austriaco o kelseniano¹⁴⁶.

Lo que interesa aquí es realizar una aproximación de lo que se ha abordado en torno a este fenómeno que, obviamente se ubica por partida doble en las jurisdicciones constitucionales de cada país y a la vez del sistema regional de protección de los derechos humanos hoy identificado como jurisdicción supranacional o más específicamente del control de convencionalidad.

9.1. Revisión panorámica de la doctrina convencional.-

Debemos en primer lugar aclarar que existe una importante publicación proveniente de diversos países latinoamericanos e incluso de académicos europeos que igualmente han dado muestras de preocupación en torno a cómo funciona y en torno a qué se controla en sede convencional.

¹⁴³ Al respecto, resulta de suyo muy ilustrativo la investigación de LAISE, Luciano Damián (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

¹⁴⁴ Vid. Nogueira Alcalá, Humberto (2004). *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 303 pp.; Fix-Zamudio, Hector y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 161 pp.; Bustillos, Julio (2011). *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 594 pp.; Brito Melgarejo, Rodrigo (2010). *Diálogo entre tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 383 pp.; Tusseau, Guillaume (2010). *Contra los "modelos" de jurisdicción constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 171pp.; Bustos Gisbert, Rafael (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 227pp.; Ayala Corao, Carlos (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 302pp.; Gómez Pérez, Mara (2014). *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 489pp.; Sagüés, Néstor Pedro (2013). *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 371pp.; Caballero Ochoa, José Luis (2013). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 273pp.; Bagni, Silvia (coordinadora). (2014). *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 408pp.; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2016). *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 743pp.; Pérez Fernández Ceja, Ydalia (2017). *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 230pp.

¹⁴⁵ Una aproximación puede verse en términos generales en Morison, Samuel Eliot, Commager, Henry Steele y Leuchtenburg, William E. (2003). *Breve historia de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, Trad. de Odón Durán D'oiion, Faustino Ballvé y Juan José Utrilla, México; pp. 146 y ss; más específicamente a Cueva Fernández, Ricardo (2011). *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; pp. 390-403 y Dorado Porras, Javier (1997). *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson.

¹⁴⁶ Sigue siendo clásico el colectivo: AA.VV (1984). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, vid, especialmente el informe general introductorio de Louis Favoreu, pp. 15-52.

En este marco y contexto debemos en primer lugar hacer referencia a los trabajos del insigne Héctor Fix Zamudio, quien tiene diversas reflexiones facturadas en ensayos y libros¹⁴⁷, entre los que destaca sus aportes en el juicio de amparo; su reflexión a través de este instrumento procesal ha permitido que este proceso pueda convertirse, a la postre, en el control constitucional de las diversas formas donde se manifiesta tanto la inconstitucionalidad como la inconventionalidad¹⁴⁸.

En la construcción de las bases clásicas como contemporáneas en torno a la doctrina del control convencional, se han publicado diversas obras colectivas; así destacan por ejemplo las siguientes obras que pasamos a nivel colectivo a referir como es el de Ricardo Velásquez Ramírez¹⁴⁹ y Humberto Bobadilla que se publicara en Lima; lo propio el colectivo dirigido por Eduardo Ferrer¹⁵⁰ y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; luego el colectivo de la profesora argentina Susana Albanese¹⁵¹; igualmente el colectivo de Mariano Anne¹⁵² e Ignacio Gutierrez aparecido en España; Eduardo Ferrer¹⁵³ editó otro colectivo pionero sobre el control difuso de convencionalidad; el profesor Brasileño Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁴ y Valerio De Oliveira editaron en Brasil un amplio panorama sobre el control de convencionalidad en latinoamérica; en la misma línea Alejandro Saiz y Eduardo Ferrer¹⁵⁵ estamparon otro colectivo sobre la interpretación conforme del control convencional en paralelo entre américa Latina y Europa; en Colombia se publicaron el colectivo dirigido por Luis Andrés Cucarella¹⁵⁶ sobre los nuevos desafíos de la justicia convencional; igualmente Alfonso Jaime Martínez¹⁵⁷ registra otra obra sobre los mismos temas de protección regional de derechos humanos; Alfredo Islas y Jesús Manuel Argáez¹⁵⁸,

¹⁴⁷ Vid. Fix-Zamudio, Héctor (1982). *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones constitucionales*, Madrid, Civitas-UNAM, p. 365; (1991). *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos; (1997) *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, 2da. ed. 1997.

¹⁴⁸ Vid. Fix-Zamudio, Héctor (2011). *En la Memoria de El Colegio Nacional (1974-1998)*. El Colegio Nacional, México, vid especialmente: “El juicio de amparo en Latinoamérica”, pp. 107 y ss.

¹⁴⁹ Vid. AA.VV. (2007). *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho Latinoamericano*. Ricardo Velásquez Ramírez y Humberto Bobadilla Reyes (Coordinadores). Prólogo de Teodoro Ribera Neumann, Universidad Autónoma de Chile, Cedral, Grijley, Lima.

¹⁵⁰ Vid. AA.VV. (2008). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores)., Tomo IX – Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons Editores, México.

¹⁵¹ Vid. AA.VV. (2008). *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (Coordinadora)., Ediar, Buenos Aires.

¹⁵² Vid. AA.VV. (2010). *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Anne Peters, Mariano J. Aznar Gómez e Ignacio Gutiérrez (Editores)., Tirant lo Blanch, Valencia.

¹⁵³ Vid. AA.VV. (2012). *El control difuso de convencionalidad*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador)., FUNDAP, Querétaro.

¹⁵⁴ Vid. AA.VV. (2013). *Controle de Convencionalidade. Um panorama Latino-Americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguay*, Luiz Guilherme Marinoni y Valerio De Oliveira Mazzuoli (Coordinadores)., Gazeta Jurídica, Brasília.

¹⁵⁵ Vid. AA.VV. (2014). *Control de Convencionalidad. Interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*. Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores)., Editorial Porrúa, Ciudad de México.

¹⁵⁶ Vid. AA.VV. (2016). *Derecho Procesal Convencional. El nuevo desafío de la Justicia Convencional*, Cucarella Galiana, Luis Andrés (Director)., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

¹⁵⁷ Vid. AA.VV. (2016). *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Martínez Lazcano, Alfonso Jaime (Director científico)., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

¹⁵⁸ Vid. AA.VV. (2016). *Derechos humanos. Un escenario comparativo entre los sistemas universal, regional y nacional*, Islas Colín, Alfredo y Argáez de los Santos, Jesús Manuel (Coordinadores)., Editorial Flores, Ciudad de México.

publicaron en México otro trabajo sobre la misma materia; La Asociación de Letrados publicó el dialogo interjurisdiccional¹⁵⁹ vinculado a esta materia.

En el caso del profesor Ricardo Alonso (Alonso García, 2015), ha reflexionado desde una perspectiva europea el rol de la jurisdicción constitucional y los retos que ella enfrenta; con todo no se aprecia *in globo* el abordaje de la inconventionalidad de la omisión. En el caso de Jorge Alejandro Amaya, profesor argentino tiene importantes aportes en torno al control de convencionalidad (Amaya, 2014); pero más recientemente acaba de publicar un extraordinario tratado, donde allí aborda a través de una mixtura el control de constitucionalidad y de convencionalidad y en cuyo primer volumen el autor desarrolla toda la avanzada conceptual que hoy existe en torno al control de convencionalidad y en donde convergen con otros autores (tomo II, III y IV) el sincretismo y fusión del control de constitucionalidad que presupone el de convencionalidad y viceversa; en el fondo se asume la postura que planteó hace algunos años Néstor Pedro Sagüés sobre la interpretación constitucional convencionalizada (Amaya, 2018, pp. 313 y ss.). En el caso del profesor Arp Björn, nos presenta este jurista una muy documentada visión sobre el proceso individual que interponen las victimas dentro de las competencias *ratione personae* como legitimación activa; así como la competencia de la legitimación pasiva, igualmente la dinámica del procedimiento que se desarrolla ante la Comisión; pero no obstante, no se aborda el fenómeno de la inconventionalidad que supone el no cumplimiento cuya responsabilidad son de los Estados como emplazados pasivos; pero es claro que cada vez que hay una inconventionalidad por omisión de hecho surge el tema del peticionario y la víctima, conforme lo establece el art. 44 de la Convención Americana que establece que:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Con todo, este es un estupendo trabajo del profesor de la Universidad de Washington (Arp, 2014) que nos permite apreciar que toda inconventionalidad por omisión, de facto desencadena violación a los derechos humanos en los Estados en que se presenta este fenómeno de su no cumplimiento vía políticas legislativas, o de su no desarrollo ni impulso de políticas públicas, entre otros aspectos.

Carlos Ayala Corao, ex-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, igualmente es un referente en la doctrina latinoamericana; y como no podía ser de otra manera, ha aportados entre otros aspectos, la reflexión del diálogo interjurisdiccional en materia de control de convencionalidad (Ayala Corao, 1998). Sobre todo, en el caso de su trabajo sobre la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos, ello nos permite poner en evidencia la superioridad del *corpus iuris latinoamericano*, frente al ordenamiento jurídico interno de cada país, y que no es más que eventuales conflictos entre el bloque de convencionalidad frente al bloque de constitucionalidad (Ayala Corao, 2013). Mención especial le corresponde al destacado iuspublicista Allan Brewer-Carías, académico venezolano que ha consolidado un importante servicio a la reflexión del derecho público, en especial del derecho administrativo, de la ubérrima producción en torno al amparo venezolano, así como también en torno al Control de Convencionalidad que ha permitido replantear su defensa así como sus virtudes y

¹⁵⁹ Vid. AA.VV. (2013). Asociación de letrados del Tribunal Constitucional: Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

defectos; de esta copiosa producción podemos poner en relevancia importantes aportes¹⁶⁰. El caso de desaparecido maestro Germán Bidart Campos merece una reflexión más puntual, dado que de su arsenal bibliográfico, ha dejado estampada una heterodoxa bibliografía de singular calado profundo; y en el tema que nos interesa, aparte de su obra (Bidart Campos, 1994), de Derecho Constitucional (Bidart Campos, 1963) tiene publicado al alimón con Daniel Herrendorf su obra *Principios de Derechos Humanos y Garantías* (Ediar, Buenos Aires) y *Casos de Derechos Humanos* donde desarrolla interesantes casos hipotéticos, llevando a su interpretación a diversas orillas; en torno al fenómeno que nos interesa, ya Germán Bidart ha desarrollado el tema desde la perspectiva del control de la inconstitucionalidad por omisión; y, por tanto, su reflexión ha constituido un importante aporte a la visión paralela de la inconventionalidad por omisión¹⁶¹.

Los trabajos provenientes desde la reflexión continental europea, básicamente del mundo español, se encuentran extraordinarios aportes que aquí pasamos brevemente a repasar. Así Valentín Bou y Mirella Castillo, han reflexionado sobre el derecho internacional de los derechos humanos; pero su aporte constituye acaso una visión teórica y dogmática pero sin haber desarrollado la problemática de la inconventionalidad por omisión pero implícitamente como los demás trabajos que pasamos revista se encuentran subyacentes (Bou Franc, 2008). El profesor Francisco Javier Díaz Revorio, ha publicado una compilación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en donde pasa revista de

¹⁶⁰ Vid. Brewer-Carías, Allan R. (2018) “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo,” en *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José Araujo Juárez*, Víctor Hernández Mendible y José Luis Villegas Moreno (Coordinadores), Caracas, pp. 295-318; (2017) “Derecho administrativo y control de convencionalidad,” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 268, Tomo LXVII, mayo-agosto 2017, Universidad Nacional Autónoma de México, México pp. 107-144; (2015) “La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV). vs. Venezuela, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra”, en *Revista de Derecho Público*, No. 143-144, (julio- diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015. pp. 409-43).; (2015) “El derecho de amparo contra todos los actos estatales y el control de convencionalidad en América Latina” en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, (Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, Tomo III, México; (2013) “Algo más sobre el marco conceptual del control de convencionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Libro homenaje a la jurista Victoria Adato Green*, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, pp. 67-94; (2013) “El control de convencionalidad, su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad” redactado para su publicación en *el Liber Amicorum en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*, Santo Domingo, República Dominicana; (2012) “El derecho político de los ciudadanos a ser electos para cargos de representación popular y el alcance de su exclusión judicial en un régimen democrático (O de cómo la Contraloría General de la República de Venezuela incurre en inconstitucionalidad e inconventionalidad al imponer sanciones administrativas de inhabilitación política a los ciudadanos).” en *Revista Elementos de Juicio*, Año V, Tomo 17, Bogotá, pp. 65-104; La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por daños morales contra el portal la patilla.com, new york, 11 de junio, 2019; (2019) *Control de Convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Biblioteca de Derecho Administrativo, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid, 106 pp; (2015) *Estudios sobre el control de convencionalidad* (en colaboración con Ernesto Jinesta Lobo, Víctor Hernández Mendible, y Jaime Orlando Santofimio Gamboa), Colección Estudios Jurídicos No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 434 pp; (2013) *El control de convencionalidad y responsabilidad del estado* (En colaboración con Jaime Orlando Santofimio), Prólogo de Luciano Parejo Alfonso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 384 pp.

¹⁶¹ Vid. Bidart Campos, Germán (1978). *La justicia constitucional y la inconventionalidad por omisión*. El Derecho, T° 78, Buenos Aires, p. 789; *Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*, El Derecho, T° 129, Buenos Aires, 1988, pp. 949 y ss.

los principales fallos emblemáticos desde el control convencional europeo (Díaz Revorio, 2004). En esta misma línea se encuentra el trabajo al alimón de Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda (Burgorgue-Larsen, 2009), en donde desarrollan las sentencias y decisiones de la Corte IDH y que sin duda alguna constituye la cosa convencional interpretada tanto como la cosa juzgada convencional. Igualmente se aprecia el trabajo de Miguel Francisco Canessa (Canessa Montejo, 2008), igualmente el trabajo de José Carlos Remotti (Remotti Carbonell, 2003), como el trabajo de Carlos Villán Durán (Villán Durán, 2006) y mucho más reciente el trabajo de Juan Manuel Ulla (López Ulla, 2011). Este último trabajo en donde sí se aprecia explícitamente las reflexiones de Víctor Bazán, donde aborda el ensayo: “Estado Constitucional y Derechos Humanos en Latinoamérica: Algunos problemas y desafíos”, allí afronta la problemática de la justicia constitucional frente a la inconventionalidad por omisión (pp. 99–108) y sobre todo el tema más crucial: La controvertida cuestión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pp. 137-140). Igualmente el trabajo de Raúl Canosa Usera (Canosa Usera, 2015), quien ha contribuido a consolidar desde la perspectiva española una mirada sobre el control de convencionalidad como “último fruto de laboratorio constitucional Iberoamericano (pp. 19 y ss.); y en donde rescata precisamente la invención del control de convencionalidad difuso (pp. 23 y ss), realiza igualmente un repaso de la convencionalidad en el sistema europeo deslindando la diferencia entre la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comunitaria y cierra con la experiencia española (pp. 83 y ss.).

En la línea de otros trabajos relevantes sobre el control de convencionalidad se puede apreciar una constante de que la producción de hace menos de una década, ha tenido una reflexión puntual pero sin haber abordado este fenómeno que se vislumbra como uno de los problemas del actual *pluralismo jurídico* como paradigma para enfrentar la omisión de las normas convencionales. No cabe duda que los actuales tiempos de la posmodernidad y de la hipermodernidad, son tan recientes estas nuevas contingencias jurídicas, que recién ha empezado a gestarse esta reflexión puntual sobre el fenómeno de la inconventionalidad por omisión. Si seguimos pasando revista, podemos dar cuenta de extraordinarios aportes pero sin haber hecho el abordaje de este serio problema que afronta el actual control de convencionalidad.

Apreciamos por ejemplo los trabajos de Rafael Bustos (Bustos Gisbert, 2012), en donde aborda con mucho cuidado un interesante capítulo rubricado: “El legislador ante el pluralismo constitucional: La ceguera internacional- comunitaria del legislador orgánico (pp. 58–86), sobre todo la interesante conclusión a la que arriba respecto a la timidez del legislador en la solución de los problemas relacionados con la gobernanza multinivel” (pp.84 – 85). Igualmente resulta interesante el aporte del diálogo interjurisdiccional entre TEDH y la CIDH en la construcción jurisprudencial en materia de la libertad de expresión (pp. 186 y ss.). A su turno, José Luis Caballero Ochoa (Caballero Ochoa, 2013), igualmente mantiene una reflexión sobre la interpretación conforme a nivel del bloque de convencionalidad y así observamos el desarrollo del efecto de cosa interpretada, donde deslinda con el efecto de cosa juzgada a nivel del Tribunal Supranacional (pp. 72 y ss.) para pasar revista luego a la interpretación conforme en el contexto del diseño constitucional mexicano (pp. 93 y ss.). Destaca en esta obra una implicitud de la inconventionalidad por omisión cuando aborda el acápite “El modelo incipiente como forma de asumir obligaciones de derecho interno” (pp. 75 – 78), lo propio el acápite sobre la extensión del control de convencionalidad y su vinculación con el control difuso de constitucionalidad (pp. 78 -87). Mención aparte merece la reflexión de Cançado Trindade, Antônio (Cançado Trindade, 2014), donde reflexiona sobre la humanización del derecho internacional contemporáneo, allí el profesor

emérito de derecho internacional de la universidad de Brasilia y otrora Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya) y ex Presidente de la Corte IDH, desarrolla con aliento filosófico la persona humana como sujeto del derecho internacional en los actuales escenarios de la primera década del siglo XXI y sobre todo, reflexiona desde su propia experiencia sobre la persona como sujeto del derecho internacional y allí habla de los pasos que deben desarrollarse “ *del Locus Standi al Ius Standi de los individuos demandantes ante la Corte*”. Allí este profesor reivindica sus votos en diversas sentencias de la Corte como en los casos *Castillo Páez* (30.01.1996), *Loayza Tamayo* (31.10.1996), y *Castillo Petruzzi* (04.09.1998), así como en su Voto en la Opinión Consultiva (n. 16) de la Corte sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las garantías del debido proceso legal* (01.10.1999) y señala “Si se acepta esta propuesta –como creo se debe aceptarla-, el artículo 61(1) de la Convención pasaría al tener la siguiente redacción:

Los Estados Partes, la Comisión y las presuntas víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte (Cançado Trindade, 2014, pp. 128).

En esta misma línea el mismo profesor ha publicado otra obra de palpitante actualidad, sobre todo lo relacionado a las personas bajo conflictos bélicos por un lado y el problema que asola tanto la región de los éxodos masivos de los refugiados de diversas latitudes, en especial de Siria, y en Centroamérica, lo propio de la población venezolana (Cançado Trindade, 2003).

Desde Colombia se han publicado algunos textos que aquí reseñamos como los de Luis Andrés Cucarella (Cucarella Galiana, 2015), Miranda Bonilla (Miranda Bonilla, 2016), Manuel Quinche (Quinche Ramírez, 2014), Enrique Pozo Cabrera (Pozo Cabrera, 2016), entre otros conjuntamente con Eduardo Velandia, han abordado la problemática de la jurisdicción supranacional manteniendo como el resto de la comunidad de académicos un enfoque implícito pero sin haber enfrentado el actual problema que desencadena la violación sistemática de los derechos humanos a partir del silencio, de la omisión, de la conducta contumaz, renuente y evasiva de los Estados que no cumplen con impulsar y afirmar una real vigencia sociológica de los Derechos Humanos. En el caso de Velandia Canosa, ha publicado un trabajo titulado “Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión” (Revista Jurídica Primera Instancia, 2014, p. 167), pero fundamentalmente le ha dedicado en dicho trabajo a desarrollar específica y exclusivamente el problema de la inconstitucionalidad por omisión repasando las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. Debe rescatarse que este autor viene publicando diversos libros facturados como “*Derecho procesal constitucional*” y en dichos trabajos colectivos en parte se encuentra ya el tema del control de convencionalidad como es el trabajo de Manuel Fernando Quinche (Quinche Ramírez, 2014, pp. 653 – 673). Igualmente destacan los aportes del profesor Hernán Olano que también se ha preocupado por la problemática del Control Convencional con los actuales enfoques contemporáneos¹⁶².

Siguiendo la línea de este repaso panorámico observamos igualmente los trabajos del Héctor Faúndez, donde desarrolla los aspectos procesales de la protección de los derechos humanos (Faúndez Ledesma, 2004). En esta reflexión igualmente está el trabajo de Carlos Fernández Liesa (Fernández Liesa, 2014),

¹⁶² Vid. Ramelli Arteaga, A. (2006). “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre, pp. 55-584, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile; (2016) “Teoría del control de convencionalidad” en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, pp. 61-94, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

cuyo enfoque nos permite aproximarnos en la evolución histórica de cómo se ha venido delineando el corpus iuris de las fuentes de los Derechos Humanos. Así, destaca una primera parte relacionada a los orígenes del derecho internacional de los derechos humanos en el mundo moderno (pp. 3 y ss); la segunda parte es más puntual, dado que trata de la contribución de la Sociedad de Naciones al derecho internacional de los derechos humanos y de las minorías (pp. 85 y ss); la tercera parte es el enfoque de la Naciones Unidas y las condiciones del siglo XX en el desarrollo internacional de los derechos humanos (p. 163 y ss.), la cuarta parte es una aproximación ya contemporánea del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional de los derechos humanos (p. 263 y ss.) para finalizar con una quinta parte en torno a la transformación internacional de los derechos humanos. Sin duda alguna, este trabajo constituye una aproximación rigurosa de cómo ha venido gestándose el desarrollo de la evolución diacrónica y sincrónica del que autores como Antonio Enrique Pérez Luño (Perez Luño, 2005, pp. 110 y ss.), han dado cuenta en torno al proceso de positivación de los Derechos Humanos.

José Julio Fernández, desde los predios de la Universidad de Santiago de Compostela, ha contribuido al *Ius Constitutionale Común Latinoamericano* y ha publicado dos extraordinarios trabajos en torno a la jurisdicción constitucional¹⁶³, así su enfoque nos permite apreciar los procesos constitucionales típicos en la que se desarrolla en el clásico trípode: a) control de constitucionalidad de las leyes, tanto en su versión abstracta como concreta; b) tutela de los derechos fundamentales en los que se expresan a través de los diversos procesos constitucionales de la que históricamente Mauro Cappelletti denominó “*Jurisdicción constitucional de la libertad*” como son los proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data entre otros; y c) los conflictos de competencia y de atribuciones (pp. 40–106). A su turno Fernández Rodríguez ha planteado la presencia de lo que él denomina procesos constitucionales atípicos que son procesos que no son los básicos de la jurisdicción constitucional, “pero que se mantienen dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional” (p. 106), y en lo que nos atañe precisamente aborda un tema del cual fue su predilección académica de su tesis doctoral: el problema del control de las omisiones inconstitucionales y ahí da cuenta de su reconocimiento positivo en regímenes como por ejemplo Brasil, Costa Rica, Ecuador, Portugal y Venezuela. Igualmente él ha destacado tanto en su tesis doctoral como en este trabajo el reconocimiento de la omisión constitucional a nivel pretoriano o jurisprudencial, y así destaca dicho control en Alemania e Italia y en otros casos en donde se ha abordado jurisprudencialmente como Andorra, Bélgica, España o Rumania. No ha dejado de pasar revista en la jurisdicción constitucional latinoamericana en donde se ha reconocido en Perú, Colombia, en menor medida Nicaragua. Igualmente, en ciertas constituciones de entidades federales como las Provincias Argentinas de Rio Negro y Tucumán; así como los estados mexicanos de Chiapas, Coahuila, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz. Lo propio en Brasil que se encuentra positivado; igualmente aborda para lo que nos interesa, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales (pp. 112 y ss.); sin duda alguna este trabajo llena un sensible vacío en nuestra región latinoamericana.

La producción bibliográfica de Eduardo Ferrer es un hito especial por ser un académico a tiempo completo entregado a la pasión reflexiva de estas materias; gracias a Eduardo Ferrer existen los clásicos tomos inaugurales del colectivo sobre derecho procesal constitucional (Ferrer Mac-Gregor, 2006); fuera

¹⁶³ Vid. Fernández Rodríguez, José Julio (2014). *La jurisdicción constitucional iberoamericana. El reto competencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.; y desde la perspectiva europea (2002). *La justicia constitucional europea en el siglo XXI*, Tecnos, Madrid.

de ello existe una aplastante bibliografía sobre la materia¹⁶⁴. Eduardo Ferrer ha logrado delinear el problema de la inconvencionalidad por omisión como da cuenta en su trabajo “Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional”. Este autor sostiene que se han generado nuevas formas de omisiones en virtud a que los Estados se encuentran obligados a cumplir con las declaraciones, pactos, convenios o tratados internacionales; incluso mucho más reciente las decisiones emitidas por los intérpretes convencionales. En tal situación, “Cuando un Estado no cumple con un compromiso internacional por una inactividad de su parte, estamos en presencia de *omisiones inconvencionales* (que pueden ser parciales o absolutas), generando una responsabilidad internacional para el Estado” (Ferrer Mac-Gregor, 2013, pp. 585-591). En este excurso Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sostiene que la propia Convención Americana prescribe que los estados partes se encuentran comprometidos a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeto a su jurisdicción, obligación que implica *adoptar “las medidas legislativas” o de “otro carácter”* que sean necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades (art. 1 y 2 de la Convención); con independencia además de lo dispuesto en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresamente señala que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buen fe” (Ferrer Mac-Gregor, 2013, p. 586).

De esta manera, los Estados pueden incurrir en violaciones a la Convención Americana y sus protocolos adicionales, sea por acción o por omisión, por parte del legislador (constituyente o secundario), la administración o los órganos jurisdiccionales (incluso tribunales, Cortes o Salas Constitucionales).

Igualmente tenemos otros autores que desde distintas reflexiones han coadyuvado con su pluma a consolidar el derecho procesal convencional, identificado también como la jurisdicción supranacional o mucho más reciente el control de convencionalidad. Así destacan los aportes de Antonio Flores Saldaña (Fernández Liesa, 2014), lo propio el padre del control de convencionalidad en latinoamérica Sergio García Ramírez¹⁶⁵, quien es el que estableció las bases pioneras a través de sus votos razonados en establecer lo que hoy es el control de convencionalidad.

En esta panorámica visión observamos otros trabajos como Mara Gómez Pérez (Gómez Pérez, 2014), que igualmente desarrolla lo que es el dialogo inter jurisdiccional. Lo propio Enrique Haba, que desarrolló con décadas atrás uno de los tratados básicos de los Derechos Humanos (Haba, 1986), sigue en esta línea Ignacio Francisco Herrería (Herrerías Cueva, 2012), Juan Carlos Hitters y Oscar Fappiano, son

¹⁶⁴ Vid. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013). *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, prólogo de Diego Valadés, estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio, UNAM/Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Escalante López, Sonia (coordinadores). (2014). *Derecho Procesal de los Derechos Humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coordinadores). (2013). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (coordinadores). (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2ª edición, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, México; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y. Figueroa Mejía, Giovanni A (coordinadores). (2013). *El amparo del siglo XXI*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

¹⁶⁵ Vid. García Ramírez, Sergio (2014). *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México; García Ramírez, Sergio (2001). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México; García Ramírez, Sergio (2003). *La jurisdicción internacional: derechos humanos y justicia penal*, Porrúa, México; García Ramírez, Sergio (2014). *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México. Igualmente, su clásica obra (2003). *La jurisdicción Internacional. Derechos humanos y la justicia penal*. Editorial Porrúa, México.

académicos argentinos que han contribuido en América Latina con un magnífico tratado sobre el derecho internacional de los derechos humanos (Hitters y Fappiano, 2007), igualmente otros profesores argentinos destaca Pablo Luis Manilli (Manili, 2003) y que aparte han desarrollado un estupendo trabajo al alimón con Daniel A. Sabsay (Sabsay y Manili, 2016), otros profesor de dicho país es Ricardo Monterisi, que desarrolla el procedimiento ante la Comisión y la Corte IDH, siguiendo la línea de los procesos constitucionales supranacionales.

En el Perú, Landa Arroyo, ha compilado la jurisprudencia más relevante de la Corte IDH (Landa Arroyo, 2005), lo propio Ana Salado Osuna, tiene un trabajo pionero en esta materia (Salado Osuna, 2004); aparte de un trabajo al alimón que desarrolló del autor de esta investigación con Edgar Carpio Marcos (Carpio Marcos y Eto Cruz, 2004). Igualmente se publicó a fines de la década de los 80 un excelente trabajo del profesor Daniel O'Donnell (O'Donnell, 1989), igualmente Aníbal Quiroga León (Quiroga León, 2003). Martha Gloria Salinas y José Chumbiauca (Salinas Zavala y Chumbiauca Diez, 2005) inauguraron hace algunos años el estudio de los instrumentos procesales de tutela de los derechos humanos; por entonces cuando recién se gestaba la idea del control de convencionalidad. Domingo García Belaunde, merece un tratamiento mayor dado que constituye uno de los académicos que ha sentado y ha consolidado las bases epistémicas del derecho procesal constitucional¹⁶⁶; aunque ello no le ha impedido ser un crítico respecto al control de convencionalidad que ejerce la Corte IDH¹⁶⁷. Igualmente Pedro Grández ha coordinado un breve colectivo puntual sobre la interpretación constitucional y convencional desde un enfoque transversal (Grández Castro, 2016). José F. Palomino Manchego¹⁶⁸, trajinado académico y congresólogo de fuste, igualmente tiene una larga producción ensayística, entre los que merece igualmente destacar sus aportes en materia de los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica.

La reflexión mexicana es de por sí mucho más exuberante sobre todo a partir de la empresa académica y editorial inaugurada hace algunos años por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, gestor y creador de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Así, el profesor Claudio Nash¹⁶⁹, aborda la problemática del

¹⁶⁶ Vid. García Belaunde, Domingo (2001). *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad César Vallejo, Trujillo, 1998; 2da. Edición, revisada y ampliada, Editorial Temis, Bogotá; García Belaunde, Domingo (2004). *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima; García Belaunde, Domingo (con Eloy Espinosa-Saldaña Barrera). (2006). *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional* Jurista Editores, Lima y Editorial Porrúa, México 2006 (Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.); García Belaunde, Domingo (director). (2009). *Diccionario de jurisprudencia constitucional*, Edit. Grijley, Lima; García Belaunde, Domingo (2009). *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Idemsa, Lima; García Belaunde, Domingo (director). (2011). *En torno al Derecho Procesal Constitucional. Un debate abierto y no concluido*, Editorial Porrúa, México 2011; 2da. edición, Editorial Adrus, Arequipa; García Belaunde, Domingo (con Jhonny Tupayachi Sotomayor). (2011). *Propuestas de reforma al Código Procesal Constitucional*, Editorial Adrus, Arequipa; García Belaunde, Domingo (editor). (2017). *Sobre la jurisdicción constitucional* de Hans Kelsen, Cuadernos del Rectorado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.

¹⁶⁷ Vid. García Belaunde, Domingo (2015). “El control de Convencionalidad y sus problemas” en *Pensamiento Constitucional* N° 20 Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 135-160; del mismo autor y al alimón con Palomino Manchego, José (2013). *El control de convencionalidad en el Perú* en *Pensamiento Constitucional* N° 18 Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 223-241.

¹⁶⁸ Vid. Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (2016). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos; 2da. Edición*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima. Palomino Manchego, José F. (2003). *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Sobretiro Grijley Editorial, Lima.

¹⁶⁹ Vid. Nash, Claudio (2013). *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, Porrúa, México D.F.; Nash, Claudio (2010). *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, Fontamara, México D.F.

control de convencionalidad y aspectos sustantivo de los derechos fundamentales, Ernesto Rey Cantor, aunque es un destacado jurista colombiano ha publicado en México uno de los trabajos pioneros sobre el control de convencionalidad (Rey Cantor, 2008), igualmente el profesor español Miguel Revenga, realiza un panorama sobre los fundamentos del derecho constitucional y los derechos fundamentales; y en donde destaca el capítulo relacionado a “Tres variaciones y una coda sobre la articulación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria” (Revenga Sánchez, 2014). Igualmente siga larga la lista del pensamiento académico mexicano; así destaca, el trabajo de Juana María Ibáñez Rivas (Ibáñez Rivas, 2017); el trabajo de **Ariel Dulitzky** (Dulitzky, 2017).

Carlos Ruiz Miguel (Ruiz Miguel, 2014, pp. 111 – 112 y 123 – 124), catedrático de Santiago de Compostela de entre su ubérrima bibliografía destaca su obra sobre derechos fundamentales y derecho procesal constitucional, desarrollando un enfoque crítico en torno a la jurisdicción constitucional al que él lo califica en la encrucijada, sobre todo abordando el amparo constitucional español y la judicialización del derecho europeo y la llamada inconstitucionalidad por omisión; recordemos que el profesor compostelano mantiene una dura y demoledora crítica a la inconstitucionalidad por omisión y que obviamente se extiende a la inconventionalidad por omisión. Así, destaca que la llamada inconstitucionalidad por omisión “ha sido objeto de una vasta producción doctrinal, que, sin embargo, no se corresponde con su realidad normativa. En efecto esta realidad se caracteriza por dos notas: el reconocimiento de la Inconstitucionalidad por omisión”

En muy pocos ordenamientos y los decepcionantes resultados prácticos de su puesta en práctica. Este fracaso evidentemente no ha amilanado a los defensores de la figura que de forma inversamente proporcional a la eficacia de la misma multiplican los estudios laudatorios” (Ruiz Miguel, 2014, pp. 111).

Por otro lado, señala que “el constructo llamado inconstitucionalidad por omisión pretende lograr la coherencia del sistema jurídico, pero de forma difícilmente compatible con los principios esenciales que estructuran el Estado constitucional: el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución” (pp. 112). La concepción crítica de este académico llega a señalar que existen una serie de “aporías sustantivas del control de la inactividad del legislador”. Así esgrime como argumento que: “toda construcción dirigida a defender la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la inactividad del legislador, debe declarar, ante todo, qué concepto de Derecho se utiliza como punto de partida. Si el punto de partida es la asunción del positivismo judicial de acuerdo con el cual “es inconstitucional lo que así declaren los jueces, el mismo debe estar justificado de forma positiva, pero ¿dónde está el apoyo positivo de este constructo? Ciertamente, algunos ordenamientos han positivizados el mismo, pero donde esto no se ha hecho, ¿cómo justificar su introducción? Solo si la Constitución le confiere una tal facultad, un órgano puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una inactividad legislativa respecto a un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar. No es coherente defender el constructo desde una posición que pretende “superar el positivismo” cuando lo que se está haciendo es, precisamente, defender un positivismo judicial en virtud del cual solo puede contemplarse la normatividad de la Constitución en tanto en cuanto la misma pueda ser objeto de interpretación y declaración por los jueces” (Ruiz Miguel, 2014, pp. 124). Estamos ante un excursus sólido que lleva a un debate de calado profundo en torno al oxímoron que plantea el profesor compostelano; la revisión de su tesis, se ha visto igualmente complementada por Javier Pérez Royo, quien sostiene que “Cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión estamos hablando en un sentido figurado y no haciendo

referencia a un fenómeno real del universo jurídico en el que nos movemos” (Pérez Royo, 1995, pp. 3501 y ss.).

Con todo, más allá de esta reflexión epistémica; el mundo del ser, de la realidad, presenta más evidencias que consisten en simples y concretas violaciones a los derechos fundamentales o a los programas que el constituyente pide que sea desarrollado por el poder constituido y éste hace caso omiso, generando, específicamente en el control de las omisiones inconvencionales violaciones a los derechos humanos.

Predicar su no existencia porque acaso no se encuentra legislado en la legislación de los modelos de jurisdicción constitucional, estimamos que no habilita en términos axiomáticos y apodícticos en negar lo que al fenómeno como tal se manifiesta. No olvidemos que fenómeno viene de “*phaenomenon*” que significa lo que aparece, lo que acontece; y ciertamente en el universo de los tiempos contemporáneos se observa que los Estados o bien no cumplen con el deber de legislar, igual como no expresan determinadas políticas públicas en torno a la intervención del Estado para solucionar los problemas públicos¹⁷⁰.

Entre otras publicaciones mexicanas encontramos al breve opúsculo escrito al alimón entre don Héctor Fix-Zamudio y Héctor Fix-Fierro (Fix-Zamudio y Fix-Fierro, 2019); en la misma línea la producción convencional lo estampa también don Jesús Orozco Henríquez (Orozco Henríquez, 2018), que ha coordinado un enfoque colectivo de diversos autores; igualmente se aprecia a Fernando Silva García (Silva García, 2014), realiza un estudio sobre el *principio pro homine* y que se ubica en el marco de la teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, marco donde gira parte de lo que es precisamente la interpretación de los derechos humanos desde una perspectiva convencional. Igualmente Enrique Uribe ha coordinado el colectivo sobre los problemas actuales de los tribunales constitucionales y el control de convencionalidad (Uribe Arzate, 2012); destaca igualmente los trabajos de Armin Von Bogdandy (Von Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, 2010), que es un académico alemán y que ha contribuido en el desarrollo de lo que él denomina el proyecto del *ius constitutionale común latinoamericano*; este mismo autor tiene publicado otros trabajos de orden colectivo como es el abordado por Mariela Morales y Eduardo Ferrer, precisamente sobre la idea conceptual del *ius constitucionales comunes en derechos humanos*; estos tres autores igualmente han coordinado la internacionalización de la jurisdicción constitucional (Von Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, 2013). Sigue en esta línea de producción el profesor Ariel Dulitzky (Dulitzky, Ariel, 2017) que igualmente aborda más sobre lo mismo a partir de los derechos humanos en latinoamérica y su sistema interamericano, lo propio Jana María Ibáñez (Ibáñez Rivas, 2017), que ha estampado una obra sobre el control, de convencionalidad, lo propio Iván Giovanni Roldán (Roldán Orozco, 2015), y Manuel Becerra Ramírez (Becerra Ramírez, 2017). Manuel E. Ventura Robles (Ventura Robles, 2017), ex-magistrado de la Corte IDH, ha publicado unas breves y puntuales memorias sobre su labor.

¹⁷⁰ Vid. Dente, Bruno y Subirats, Joan (2014). *Decisiones públicas, Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Ciencias Sociales Ariel, Barcelona, Merino, Mauricio (2016). *Políticas públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*. Edit. Cide, México, segunda reimpresión.

Debemos dar igualmente cuenta de otros trabajos, como por ejemplo los provenientes de Venezuela a través de Pedro Nikken (Nikken, 2006), o el trabajo de República Dominicana de Luis Antonio Sousa (Sousa Duvergé, 2011), o en Paraguay del destacado profesor Pablo Darío Villalba¹⁷¹, entre otros.

Todos estos autores como el grueso de los ya citados, sin lugar a dudas han contribuido a reflexionar sobre el control de convencionalidad en los actuales escenarios, pero adolecen de haber precisamente omitido el desarrollo de la inconvencionalidad por omisión. Esto, por tanto, no hace más que confirmar su relativa novedad en el pensamiento constitucional contemporáneo; y específicamente, en la reflexión de los inusitados retos que hoy afronta el control convencional, tanto a nivel europeo, como latinoamericano.

9.2. Balance y perspectiva en la producción bibliográfica en torno al control de inconvencionalidad por omisión.-

De la visión panorámica que hemos abordado podemos apreciar diversas rutas de reflexión en torno a la materia:

a) *Las bases de la doctrina general en torno al control de convencionalidad.* Aquí nos encontramos con una serie de reflexiones en la que se da cuenta de la regulación del derecho internacional de los derechos humanos a través de los actualmente llamados *bloque de convencionalidad* y sus correspondientes regulaciones de orden procesal y que giran en torno fundamentalmente al *control positivo de inconvencionalidad*: esto significa que se trata del control que llega previo a la revisión por la comisión ante la Corte IDH, en donde se ha entablado el requerimiento de súbditos nacionales cuyas autoridades estatales han menoscabado por vía de acción sus derechos humanos; estamos aquí ante la doctrina clásica y vigente en la que el Estado es sometido a un escrupuloso examen en torno a sus diversas manifestaciones de orden interno. El objeto de control es por lo general de leyes e incluso normas de rango constitucional; y lo propio el control de las resoluciones judiciales cuando se han agotado la jurisdicción doméstica o interna;

b) *La doctrina procesal constitucional sobre los procedimientos ante la Corte Interamericana.-* Aquí estamos ante los típicos casos del derecho procesal transnacional, es decir de los procedimientos ante la Comisión y ante la Corte IDH, la misma que se encuentra disciplinada a través de las denuncias y quejas, las medidas cautelares, la solución amistosa, las etapas probatorias ante la Comisión IDH, las audiencias, los informes finales y finalmente las propuestas y recomendaciones, todo esto gira en torno al procedimiento de la Comisión IDH; igualmente se aprecia que diversos autores han realizado enjundiosos estudios en torno al procedimiento ante la Corte IDH. Así nos encontramos con el desarrollo teórico de los principios procesales de la etapa contenciosa, el sometimiento del caso a la Corte; las excepciones preliminares, los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas, las contestaciones del Estado, su rebeldía; la etapa oral del procedimiento ante la Corte IDH, la prueba ante la Corte, la etapa final y las medidas provisionales; en esta perspectiva existe ya una amplia reflexión de la cual cabe hablar y alertar de una

¹⁷¹ Vid. Villalba Bernie, Pablo Darío (2014). *Sistema interamericano de Derechos Humanos*, La Ley, Asunción; Villalba Bernie, Pablo Darío (2016). *Jurisdicción Supranacional. El procedimiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

nueva disciplina que bien puede en el marco del control de convencionalidad calificarse como *derecho procesal convencional o derecho procesal supranacional o derecho procesal transnacional*; igualmente ambas manifestaciones aquí ya aludidas, pese a los detalles y el manejo de principios, conceptos, categorías que disciplinan actualmente los controles de convencionalidad latinoamericanos y europeos encontramos como balance, solo contados trabajos que han abordado la problemática de la omisión inconventional y que bien pueden tener otras expresiones como inconventionalidad por omisión o el control convencional de las omisiones inconventionales; al margen de estas calificaciones lo importante aquí es destacar los trabajos relevantes de la cual existe desde la vertiente europea así como latinoamericana coincidencias y discrepancias, primero, en torno al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, identificada también como ilegalidad por omisión o control constitucional de las omisiones legislativas. Frente a este silencio, inercia o nulo desarrollo de las cláusulas constitucionales, se ha ampliado un nuevo fenómeno que forma parte de la actual hipermodernidad y que obliga a repensar y replantear estos nuevos desafíos en la construcción teórica o conceptual de la inconventionalidad por omisión. Así, la parquedad bibliográfica no desmerece los profundos estudios en las que dan cuenta los autores que aquí pasamos en líneas generales a abordar.

Destacan en el plano europeo los trabajos precursores de la doctrina lusitana en torno a la inconstitucionalidad por omisión como los de Jorge Miranda (Miranda, 1977, pp. 333 y ss.), Joaquín Gomes Canotilho (Miranda, 1997, pp. 153 y ss.); Paulo Modesto (Gomes Canotilho, 1993, pp. 351, y ss.), Torrecillas Ramos (Modesto, 1991, pp. 115 y ss.), entre otros.

En lo que corresponde a las reflexiones del pensamiento ibérico, son diversos los autores que han dado cuenta de esta problemática, así tenemos a Luis Aguiar de Luque (Torrecillas Ramos, 1997, pp. 1015 y ss.), Ángeles Ahumada (Aguiar De Luque, 1987, pp. 9 y ss.), Juan Carlos Gavara (Ahumada Ruiz, 1991, pp.169 y ss.), Marcos Gomez (Gavara de Cara, 2007, pp. 93 y ss.), Javier Pérez Royo (Gómez Puente, 1997), Javier Tajadura (Gómez Puente, 1994, pp. 629 y ss.), Ignacio Villaverde (Pérez Royo, 1995, pp. 3501 y ss.), Carlos Ruiz Miguel (Tajadura Tejada, 2002, pp. 443 y ss.), Francisco Fernández Segado (Villaverde Menéndez, 1997), José Julio Fernández Rodríguez (Ruiz Miguel, 2014), entre otros.

En el campo latinoamericano, es obvio que sobresale la ubérrima producción de Brasil, dado que en este sistema sí se encuentra regulado diversos procesos en torno al control de la constitucionalidad por omisión; y así destacan los aportes de Marcelo Caetano (Fernandez Segado, 2009, pp. 581 y ss.), José Joaquín Calmon (Fernández Rodríguez, 1998), José Ronald Cavalcante (Caetano, 1977), Anna Candida Da Cunha (Calmon de Passos, 1989), José Afonso Da Silva (Cavalcante Soares Júnior, 2001, pp. 249 y ss.), Felice Delfino (Da Cunha Ferraz, 1986, pp. 49 y ss.), Adhemar Ferreira (Da Silva, 2010, pp. 449 y ss.), Gilmar Ferreira (Delfino, 1974, pp. 911 y ss.), Marcelo Figueiredo (Ferreira Maciel, 1989, pp. 43 y ss.), Francisco Antonio de Oliveira (Ferreira Mendiës, 2007, pp. 137 y ss.), Luiz Fux (Figueiredo, 1991), Hely Lopes conjuntamente con los profesores Arnoldo Wald y el ya citado profesor Gilmar Ferreira tienen un clásico manual en la que da cuenta del proceso constitucional de mandado de seguridad (Oliveira, 2004), Lenio Luiz (Fux, 2013), Soraya Lunardi (Lopes Meirelles, Wald y Ferreira Mendes, 2010, pp. 494 y ss.), André Vicente Pires (Luiz Streck, 2013, pp. 858 y ss.), Flavia Piovesan (Lunardi, 2013), Regina Quaresma (Lunardi y Dimoulis 2014, pp. 405 y ss.), Marcia Rodrigues (Pires Rosa, 2006), Luiz Rodrigues (Piovesan, 1995), Carlos Siqueira (Quaresma, 1999).

Después de Brasil, corresponde a la Argentina haber contribuido en la reflexión sobre la inconveniencia por omisión, cuya génesis en su momento lo abordó el desaparecido profesor Germán J. Bidart Campos¹⁷², en segundo lugar la mayor contribución permanente sobre este problema le corresponde a Néstor Pedro Sagüés¹⁷³, y luego al profesor Víctor Bazán¹⁷⁴ (Siqueira Castro, 1999, pp. 76 y ss.), quien ha culminado hace algunos años con un demoledor trabajo a nivel del actual mundo globalizado; lo propio, la profesora María Sofía Sagüés¹⁷⁵ igualmente ha transitado esta compleja problemática de los actuales predios del derecho procesal constitucional; indirectamente lo han abordado también el profesor ya citado Osvaldo Alfredo Gozaíni¹⁷⁶.

México no solo ha albergado el encuentro y las citas de los grandes congresos en derecho constitucional, sino que desde los predios del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de otras diversas universidades, sumada a la actual legislación en la que se regula en diversos estados el proceso de inconstitucionalidad por omisión, ha motivado que igualmente se produzca una importante producción académica y así destaca Miguel Carbonell (Carbonell, 2007, pp. VII y ss.), Jesús Casal (Casal, 2003, pp. 2235 y ss.), Sergio

¹⁷² Vid. Bidart Campos, Germán J.: “La justicia constitucional y la inconveniencia por omisión”, en *El Derecho* (Universidad Católica Argentina), tomo 78, pp. 785 y ss. Asimismo, en *La Justicia*, tomo XXVI, n° 601, México, Mayo 1980.; Bidart Campos, Germán J.: “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro”, en *El Derecho* (Universidad Católica Argentina), tomo 129, Buenos Aires, 1988, p. 949.

¹⁷³ Vid. Sagüés, Néstor Pedro (1997). «La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro», en Víctor Bazán (Coordinador), *Inconstitucionalidad por omisión*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, pp. 109 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro (1992). “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”. *IUS ET VERITAS*, 3(5), pp. 39-48. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15356>; Sagüés, N. P. (1997).. La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro (Argentina).. *IUS ET VERITAS*, 8(15), 151-156. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15737>; Sagüés, Néstor Pedro (2003). «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, 4.ª ed., Editorial Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, tomo IV, pp. 3127 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro (2007). “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión” en: Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, ISSN 1133-7087, N° 58-59, págs. 253-264, España.; Sagüés, Néstor Pedro (2009). Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La corte constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario. *Estudios constitucionales online*, vol.7, n.2, pp.71-79. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200003>; Sagüés, Néstor Pedro (2016). “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión” en: Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coordinadores).: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ISBN: 970-32-0003-6, México, pp. 605-619.

¹⁷⁴ Vid. Bazán, Víctor: “La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, tomo I, pp. 475 y ss.; Bazán, Víctor: “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de Derecho comparado”, en Miguel Carbonell (Coordinador), *En busca de las normas ausentes* (Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión), 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, pp. 75 y ss.; Bazán, Víctor: “Acercas de la inconstitucionalidad y la inconveniencia por omisión en Argentina”, en: *Federalismi.it rivista di Diritto Pubblico Italiano, comparato, europeo, Focus America Latina*—ISSN 1826-3534, N° 1, 2016. Véase en: <https://federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=32987&dpath=document&dfile=15122016152514.pdf&content=Acerca%2Bde%2Bla%2Binconstitucionalidad%2By%2Bla%2Binconveniencia%2Bpor%2Bomisi%C3%B3n%2Ben%2BArgentina%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>

¹⁷⁵ Vid. Sagüés, María Sofía: «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, 4.ª ed., Editorial Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003, tomo IV, pp. 3087 y ss.; Sagüés, María Sofía: «Recepción normativa del control de inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional Peruano», en José F. Palomino Manchego (coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, tomo II, pp. 939 y ss.

¹⁷⁶ Vid. Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2011). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo I, Editorial Porrúa, México. Ubérrima es la producción de este académico argentino, destacan, para los efectos de esta investigación: (2017) *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina; (2014) *Derecho procesal transnacional. Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, México.

García Ramírez (García Ramírez, 2003); y sobre todo la presencia de la ubérrima producción del actual presidente de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor; todos estos autores, han tenido como las grandes bases el pensamiento del destacado maestro Héctor Fix Zamudio. Igualmente han publicado estudios específicos Carlos Báez (Báez Silva, 2009, 187 pp.); así como Laura Rangel (Rangel Hernández, 2009, 455 pp.). Mención especial debe ponerse en relieve la extraordinaria reflexión de Laura Rangel, quien encuentra que el tema de la inconstitucionalidad por omisión también presenta una “dimensión trasnacional”. Así, sostiene: “...al tratarse de un vicio de inconstitucionalidad lo común es que la misma se presente con respecto de la Constitución y por tanto en un nivel de derecho interno, se ha encontrado que en ciertas ocasiones, también tiene una vertiente hacia el exterior que, en concreto, se refiere al incumplimiento de la obligación derivada de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de dictar las disposiciones legislativas o modificar las vigentes, para hacer efectivos, los derechos derivados de dichos pactos (Rangel Hernández, 2013, pp. 56 y 68 y ss.)

Los trabajos más rigurosos ya en forma específica sobre la omisión inconvencional que se viene reconstruyendo en la actualidad reposa en las propuestas teóricas esbozadas por Víctor Bazán por un lado, en su magnífico trabajo ya aludido (Bazan, 2014) así como el de Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ferrer Mac-Gregor, 2011); en esta misma línea existen otros artículos breves y puntuales que empiezan a consolidar una reflexión desde la orilla de nuestro derecho constitucional común latinoamericano entre los que destaca también los trabajos de Gonzales Garcete, Cubides Cárdenas y Santofimio Diaz (Gonzales Garcete, Cubides Cardenas y Santofimio Diaz, 2015, pp. 177-216); igualmente Víctor Orozco Solano (Orozco Solano, 2017) desde Costa Rica ha reflexionado en torno a esta temática.

10. Colofón.-

Aunque se viene predicando interdisciplinariamente la presencia en las civilizaciones contemporáneas de una sociedad de la información y del conocimiento; en lo que acontece en torno a las diversas formas en que los regímenes políticos desconocen los derechos de las personas, sea en su versión nacional, como derechos fundamentales o constitucionales, o en su versión internacional como derechos humanos, lo cierto es que en América Latina ha empezado una gran marcha de luchas y reivindicaciones de los más elementales derechos en diversos escenarios del complejo ajedrez geopolítico que hoy surca el horizonte convulsionado de países como Ecuador, Colombia, Venezuela, Chile, Bolivia, Nicaragua; y las grandes marchas de poblaciones de Centroamérica dispuestas a iniciar una vida de ilusiones en el sueño de Norteamérica, aunque para ello hayan masivos éxodos de migrantes que constituyen una masa superior a lo que ha ocurrido en la población de sirios; sumado a los varios millones de venezolanos que, por los problemas de un régimen de dictadura bajo el ropaje de un socialismo del siglo XXI, ha convertido a nuestra indoiberoamérica en regímenes de incertidumbre, todos estos movimientos constituyen, sin duda alguna, una alerta en torno a las grandes desigualdades que genera los proyectos de un mercantilismo que sólo tienen como norte la acumulación de riquezas sin una distribución equitativa. Frente a este desconcierto, desencadenado por gobernantes sin una visión de la perspectiva histórica para nuestra región, como de afirmar una estabilidad mínima coadyuvando a una vigencia de derechos vinculados al trabajo, salud, educación; bases y presupuestos que desencadenan la paz, bienestar y felicidad a sus pueblos, la lucha que pueden librar la ciudadanía, también puede ser por consolidar sus derechos, a través de los controles que suministra la propia constitución y la Convención Americana. El rol de los jueces resulta vital en consolidar la democracia; y bien puede aceptarse que los gobernantes pueden fallar o desviarse de una gobernabilidad que suponga *legitimidad*; pero no puede perderse la perspectiva de que

los jueces, formando parte del poder político, a través de los controles, consolide una democracia real y actuante; una democracia donde las poblaciones vulnerables encuentren sus correspondientes garantías, núcleos de comunidades afirmen su identidad, pueblos originarios ejerzan sus consultas previas, en sincretismo armónico con las inversiones, los regímenes políticos puedan ser objeto de controles políticos como parte de los mecanismos de una democracia semidirecta, donde exista la posibilidad de mecanismos efectivos como la revocación, la remoción, la iniciativa legislativa en la formación de las leyes, la rendición de cuentas, los pensionistas llegados en la edad del cese o de jubilación, tengan asegurado su pensiones y no el suplicio y vía crucis de los trámites para que se les califique sus aportes; que existan el instrumento efectivo del derecho de réplica en la prensa que afirma muchas veces y en forma impune la *real malicia*, convirtiéndose en instrumentos que hipotecan las noticias en forma vil y mercenaria a los regímenes que detentan el poder. En buena cuenta, es probable que el nuevo *millenium* con la génesis del Siglo XXI enfrente un desafío del pensamiento occidental, de la ideología supérstite del liberalismo (Fukuyama, 2016, p. 39 y ss.); el S. XX fue el derrumbamiento histórico del comunismo, hoy el liberalismo como tal, ha empezado a manifestar sus debilidades expresadas en no afirmar un estado de bienestar, actualmente la gente viene apelando a las movilizaciones en plazas y calles; y es definitivamente una forma acaso más efectiva de afirmar los mecanismos más reales y directos en la lucha por sus derechos fundamentales o humanos, antes que los mecanismos procesales que predica el derecho procesal constitucional y transnacional. Corresponde a los académicos, y sobre todo al movimiento del derecho constitucional común latinoamericano afirmar propuestas que coadyuven a una vigencia de los derechos básicos de las poblaciones en cada Estado; una forma de ella constituye precisamente el control constitucional y convencional de las omisiones, pues este fenómeno es una forma refinada y perversa de violación de los derechos humanos sin que ello genere un escándalo ni pueda cuestionarse su actitud evasiva frente a sus obligaciones constitucionales y convencionales; en realidad se trata de un fenómeno que silenciosamente asola a los pueblos de Latinoamérica; y por qué no, del mundo globalizado. Es necesario pues, que la reflexión contemporánea exprese la voz de alerta a fin de que los pueblos puedan efectivamente disfrutar de los derechos que se encuentran regulados, tanto en sus documentos constitucionales internos, como en los tratados internacionales de derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiar De Luque, Luis (1987). “El control del procedimiento legislativo y la inconstitucionalidad por omisión”, en: *Revista de Derecho Político*, n° 24, Verano, pp. 9 y ss.

Ahumada Ruiz, M. Ángeles (1991) *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 8, Enero/Abril, pp.169 y ss.

Alonso García, Ricardo (2015). El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Amaya, Jorge Alejandro (2014). *La jurisdicción constitucional. Control de constitucional y convencionalidad. Adaptado al Paraguay por pablo villalba Bernie y Robert Marcial Gonzales*, prólogo de Daniel Mendonca Bonnet, La Ley, Asunción.

Amaya, Jorge Alejandro (Director). (2018). *Tratado de control de Constitucionalidad y convencionalidad*. Tomo I, Edit Astrea, Buenos Aires, pp. 313 y ss.

Arp, Björn (2014). *Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Una Guía Práctica*. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México.

Ayala Corao, Carlos M. (1998). *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas – San José.

Ayala Corao, Carlos M. (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.,

Báez Silva, Carlos (2009). *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 187 pp.

Barrios Gonzales, Boris (2013). *Fundamentos constitucionales y supranacionales del proceso penal acusatorio. De la justicia de reglas a la justicia de principios*. Cultural Portobelo, Panamá.

Bazan, Víctor (2006). “La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, pp. 475 y ss.

Bazan, Víctor (2008). “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de Derecho comparado”, en Miguel CARBONELL (Coordinador), *En busca de las normas ausentes (Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión)*., 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 75 y ss.

Bazan, Víctor (2011). “Estado Constitucional y Derechos Humanos en Latinoamérica. Algunos

problemas y desafíos. En: Lopez Ulla, Juan Manuel (Director): *Derechos Humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Thomson Reuters.

Bazan, Víctor (2014). “Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales” En: *Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica*, ISBN: 978-958-58530-3-4, Colombia; puede verse en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4503/1.pdf>

Bazán, Víctor (2016). “Acerca de la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión en Argentina”, en: *Federalismi.it rivista di Diritto Pubblico Italiano, comparato, europeo, Focus America Latina*—ISSN 1826-3534, N° 1.

Becerra Ramírez, Manuel (2017). *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

Bidart Campos, Germán (1963). *Derecho Constitucional. Norma, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, 2 Tomos, Ediar, Buenos Aires.

Bidart Campos, Germán (1978). *La justicia constitucional y la inconvencionalidad por omisión*. El Derecho, T° 78, Buenos Aires, p. 789; *Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*, El Derecho, T° 129, Buenos Aires, 1988, pp. 949 y ss.

Bidart Campos, Germán (1994). *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Ediar, Edit. Buenos Aires.

Bidart Campos, Germán J. (1980). “La justicia constitucional y la inconvencionalidad por omisión”, en *El Derecho* (Universidad Católica Argentina), tomo 78, pp. 785 y ss. Asimismo, en *La Justicia*, tomo XXVI, n° 601, México, Mayo.

Bidart Campos, Germán J. (1988). “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro”, en *El Derecho* (Universidad Católica Argentina), tomo 129, Buenos Aires, p. 949.

Bou Franc, Valentín y CASTILLO DAUDÍ, Mireya (2008). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Bunge, Mario (2006). *A La Caza De La Realidad. La Controversia Sobre El Realismo*. Gedisa Editorial, Barcelona, traducción de Rafel González del Solar; pp. 31 y ss.

Burgogue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya (2009). *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona.

Bustos Gisbert, Rafael (2012). *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*; Editorial Porrúa, México.

Caballero Ochoa, José Luis (2013). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de

Derecho Procesal Constitucional, México.

Cabe en este sentido rescatar dos sentencias emblemáticas aunque con distinta perspectiva que ha emitido el Tribunal Constitucional en el 2018 con la sentencia de Ollanta Humala y Nadine Heredia STC 04780-2017-PHC/TC, 00502-2018-PHC/TC (Acumulado). y la del 2019 relacionada a la Sra. Keiko Fujimori STC 02534-2019-PHC/TC.

Caetano, Marcelo (1977). *Direito Constitucional*, 2 vols., Editora Forense, Rio de Janeiro.

Calmon de Passos, José Joaquim (1989). *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data – Constituição e processo*, Editora Forense, Rio de Janeiro.

Cançado Trindade, Antônio Augusto (2014). *La humanización del Derecho Internacional contemporáneo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Cançado Trindade, Antônio Augusto (2014). *La Humanización del derecho internacional contemporáneo*; Editorial Porrúa México, pp. 128.

Cançado Trindade, Antônio Augusto; Peytrignet, Gérard; y Ruiz de Santiago, Jaime (2003). *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, Porrúa – Universidad Iberoamericana, México.

Canessa Montejo, Miguel Francisco (2008). *La protección internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Canosa Usera, Raúl (2015). *El Control de convencionalidad*; Thomson Reuters, Pamplona.

Carbonell, Miguel (Coordinador). (2007). *En busca de las normas ausentes* (Ensayos sobre la inconstitucionalidad omisión)., 2.^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, por México. En la propia obra, del mismo autor, «Presentación» (La inconstitucionalidad por omisión y los retos del Estado constitucional), en pp. VII y ss.

Carbonell, Miguel (Coordinador). (2007). *En busca de las normas ausentes* (Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión)., 2.^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, por México.

Carpio Marcos, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo (2004). *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado. Reflexiones a propósito del caso peruano*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. Colección Constitucionalismo y Derecho Público – FUNDAP, Querétaro.

Carrillo, Marc (2019). *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa Edit., México, pp. 83 y ss.

Casal, Jesús M. (2003). «La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Konrad Adenauer Stiftung)., pp. 33 y ss. Artículo también publicado con igual título en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador)., Derecho Procesal

Constitucional, 4.^a ed., Editorial Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo III, pp. 2235 y ss.

Cavalcante Soares Júnior, José Ronald (2001). «ADIN por Omissão, o Supremo Tribunal Federal e a Hermenêutica Constitucional», en José Ronald Cavalcante Soares (Coordenador), *Estudos de Direito Constitucional. Homenagem a Paulo Bonavides*, LTR Editora, São Paulo, pp. 249 y ss.

Cucarella Galiana, Luis Andrés (2015). *Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá.

Da Cunha Ferraz, Anna Cândida (1986). «Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte», en *Revista de Informação Legislativa*, (Senado Federal), ano 23, n.º 89, Janeiro/Março, pp. 49 y ss.

Da Silva, José Afonso (2010). *Curso de Direito Constitucional Positivo. 34 Edicao*. Malheiros Editores, São Paulo, pp. 449 y ss.

Dau-Lin, Hsü: Mutación de la Constitución. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, Trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, p. 31

Delfino, Felice (1974). «Omissioni legislative e Corte costituzionale (delle sentenze costituzionali c. d. creative)», en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè Editore, tomo secondo, Milano, pp. 911 y ss.

Dente, Bruno y Subirats, Joan (2014). *Decisiones públicas, Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Ciencias Sociales Ariel, Barcelona, Merino, Mauricio (2016). *Políticas públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*. Edit. Cide, México, segunda reimpresión.

Díaz Revorio, Francisco Javier (Compilador). (2004). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima.

Diez De Velasco, Manuel (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos Madrid, decimosexta edición, p. 196-197

Dulitzky, Ariel (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano modelos para desarmar*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.

Dulitzky, Ariel (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro

Eto Cruz, Gerardo (2013). *Constitución y procesos constitucionales*, T. I, Adrus editores, Lima, p. 72 y ss.

Eto Cruz, Gerardo (2014). *La inconventionalidad por omisión: Una aproximación conceptual. En Libro de ponencias V Congreso Nacional De Derecho Procesal Constitucional. A Diez Años De Vigencia Del Código Procesal Constitucional*, Lima, Adrus Edit,

Eto Cruz, Gerardo (2018). “El Habeas Corpus en los tiempos del Populismo penal mediático” en: *El Hábeas Corpus en la actualidad, posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional del Perú. Lima, pp. 567 - 584.

Eto Cruz, Gerardo (2019). *Derecho procesal constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial*. Vol. I, Grijley, Lima, Sexta Edición, pp. 265 y ss.

Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). (2010). *La sentencia constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Lima, pp. 33-35

Farré López, Pedro (2008). *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*. Editorial La ley, Madrid. Lizarraga Vizcarra, Isabel (2005). *El derecho de rectificación*. Editorial Aranzadi, Navarra. Daniel Pizarro, Ramón (1999). *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. Bacigalupo, Enrique (2002). *Delitos contra el honor*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

Faúndez Ledesma, Héctor (2004). *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José.

Fernández Liesa, Carlos R. (2014). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Fernández Liesa, Carlos R. (2014). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Fernández Rodríguez, José Julio (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado*. El caso español, Civitas, Madrid.

Fernández Rodríguez, José Julio (2014). *La jurisdicción constitucional iberoamericana. El reto competencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México,; y desde la perspectiva europea (2002). *La justicia constitucional europea en el siglo XXI*, Tecnos, Madrid.

Fernández Segado, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparada*; op. cit., p. 612

Fernández Segado, Op. cit., p. 613.

Fernandez Segado, Francisco (2009). *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. Tomo I, pp. 608 – 635.

Fernandez Segado, Francisco (2009). *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. Tomo I: Los sistemas de justicia constitucional Las «Dissenting Opinions». El control de las omisiones legislativas. El control de «El control de comunitariedad», Dykinson, Madrid, pp. 581 y ss.

Ferreira Maciel, Adhemar (1989). «Mandado de Injunção e inconstitucionalidade por omissão», en *Revista de Direito Público*, n.º 89, São Paulo, pp. 43 y ss.

Ferreira Mendiês, Gilmar (2007). «O controle da omissão inconstitucional», en Jairo SCHÄFER (organizador)., *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*, Conceito Editorial, Florianópolis, pp. 137 y ss.

Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, Carlos María (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p- 23 y ss

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013). *Panorama de derecho procesal constitucional y convencional*; op. cit. pp. 585-591.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013). *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, prólogo de Diego Valadés, estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio, UNAM/Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Escalante López, Sonia (coordinadores). (2014). *Derecho Procesal de los Derechos Humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coordinadores). (2013). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (coordinadores). (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2ª edición, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, México; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Figueroa Mejía, Giovanni A (coordinadores). (2013). *El amparo del siglo XXI*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador).: *Derecho Procesal Constitucional*, 4 tomos, 5ta edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Editorial Porrúa, México, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La inconstitucionalidad por omisión: implicaciones contemporáneas a la luz del Caso Marbury vs. Madison*. Coord. P. L. Manili. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria. Porrúa. (2011).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; ídem *ibid.*, p. 586.

Figueiredo, Marcelo (1991). *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Fix- Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor (2019). *Introducción al derecho procesal internacional*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México.

Fix-Zamudio, Héctor (1982). *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones constitucionales*, Madrid, Civitas-UNAM, p. 365; (1991). *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos; (1997) *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos,

1993, 2da. ed. 1997.

Frederick Benjamin Atkins fue acusado del homicidio de Sharmaine Hurley, quien falleció en algún momento entre el 10 y 13 de octubre de 1998, como resultado de dos puñaladas en el pecho. El señor Atkins se declaró no culpable al cargo de homicidio y el 21 de julio de 2000 fue condenado y sentenciado a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona. *Her Majesty The Queen v. Frederick Benjamin Atkins*, transcripción del juicio (expediente de anexos a la demanda, tomo III, anexo B.6, folios 1010, 1014, 1085 y 1325)., y Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Barbados, *Frederick Benjamin Atkins v. The Queen*, Criminal Appeal No. 21 of 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo III, anexo B.7, folio 1328)..

Fukuyama, Francis (2016). *¿El fin de la historia?*, Presentación y selección de Juan García-Morán Escobedo, Alianza Editorial, Madrid, y otros ensayos, p. 39 y ss.

Fux, Luiz (Coordinador) (2013). *Processo Constitucional*. Editora Forense, Rio de Janeiro.

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)., supra nota 35, párr. 21. Ver también Durand y Ugarte, supra nota 35, párr. 99.

García Belaunde, Domingo (2001). *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad César Vallejo, Trujillo, 1998; 2da. Edición, revisada y ampliada, Editorial Temis, Bogotá; García Belaunde, Domingo (2004). *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima; García Belaunde, Domingo (con Eloy Espinosa-Saldaña Barrera). (2006). *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional* Jurista Editores, Lima y Editorial Porrúa, México 2006 (Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor).; García Belaunde, Domingo (director). (2009). *Diccionario de jurisprudencia constitucional*, Edit. Grijley, Lima; García Belaunde, Domingo (2009). *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Idemsa, Lima; García Belaunde, Domingo (director). (2011). *En torno al Derecho Procesal Constitucional. Un debate abierto y no concluido*, Editorial Porrúa, México 2011; 2da. edición, Editorial Adrus, Arequipa; García Belaunde, Domingo (con Jhonny Tupayachi Sotomayor). (2011). *Propuestas de reforma al Código Procesal Constitucional*, Editorial Adrus, Arequipa; García Belaunde, Domingo (editor). (2017). *Sobre la jurisdicción constitucional* de Hans Kelsen, Cuadernos del Rectorado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.

García Belaunde, Domingo (2015). “El control de Convencionalidad y sus problemas” en *Pensamiento Constitucional* N° 20 Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 135-160; del mismo autor y al alimón con Palomino Manchego, José (2013). *El control de convencionalidad en el Perú* en *Pensamiento Constitucional* N° 18 Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 223-241.

García Ramírez, Sergio (2003). *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*. Editorial Porrúa, México.

García Ramírez, Sergio (2014). *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México; García Ramírez, Sergio (2001). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México; García Ramírez, Sergio (2003). *La jurisdicción internacional: derechos humanos y justicia penal*, Porrúa, México; García Ramírez, Sergio (2014). *La tutela de los*

derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México. Igualmente, su clásica obra (2003). *La jurisdicción Internacional. Derechos humanos y la justicia penal*. Editorial Porrúa, México.

García Roca, Javier (2014). “Margen de apreciación nacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al* (Coordinadores): *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. T- II; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 901.

Gavara de Cara, Juan Carlos (2007). «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, n.º 69, pp. 93 y ss.

Gomes Canotilho, José Joaquim (1993). «Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos — O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas», en *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Saraiva, São Paulo, pp. 351, y ss.

Gómez Pérez, Mara (2014). *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Gómez Puente, Marcos (1994). «Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la Televisión» (A propósito de la STC 31/1994, de 31 de enero de 1994)., en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 84, Octubre/Diciembre, pp. 629 y ss.

Gómez Puente, Marcos (1997). *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid.

Gonzales Garcete, Juan Francisco, Cubides Cardenas, Jaime Alonso y Santofimio Diaz, María Paula (2015). *La inconstitucionalidad por omisión legislativa: a escena la omisión legislativa convencional*, Iustitia, ISSN-e 2593-4657, ISSN 1692-9403, Nº. 13, págs. 177-216

Gordillo Pérez, Luis Ignacio (2012). *Constitución y ordenamientos supranacionales*, antecede prólogo de Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 35 y ss.

Gozáini, Osvaldo Alfredo (2011). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo I, Editorial Porrúa, México. Ubérrima es la producción de este académico argentino, destacan, para los efectos de esta investigación: (2017) *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina; (2014) *Derecho procesal transnacional. Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, México.

Grández Castro, Pedro P (Coordinador). (2016). *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el derecho*. Editorial Palestra, Lima.

Grote, Rainer (2011). “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿Hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?. En: Von Bogdandy, Armin, et al (coordinadores): *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un*

ius constitutionale Commune en América Latina. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. 129 y ss.

Haba, Enrique P. (1986). *Tratado Básico de Derechos Humanos*. Edit. Juricentro, II Volúmenes, San José.

Herrerías Cueva, Ignacio Francisco (2012). *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, prólogo de Miguel Carbonell, 2ª edición, Ubijus, México D.F..

Hitters, Juan Carlos (1999). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. II, op. cit., párr. 317.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Osacar L. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tomo I, 2 Volúmenes, Tomo II, 3 Volúmenes, Ediar, Buenos Aires.

Hunt, Lynn (2009). *La invención de los derechos humanos*. Tusquets, traducción de Jordi Beltrán Ferrer, pp. 181 y ss.

Ibañez Rivas, Jana María (2017). *Control de convencionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

Ibañez Rivas, María (2017). *Control de convencionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Jeffrey Joseph y Lennox Ricardo Boyce fueron acusados junto con Rodney Murray y Romaine Bend de golpear a Marquelle Hippolyte el 10 de abril de 1999, lo cual eventualmente causó su muerte el 15 de abril de 1999. El 10 de enero de 2001 fueron procesados por el delito de homicidio. El Fiscal ofreció una declaración de culpabilidad de “manslaughter” a los cuatro acusados. Rodney Murray y Romaine Bend se declararon culpables de la ofensa menor de homicidio culposo (“manslaughter”). Boyce y Joseph, sin embargo, se declararon no culpables al cargo de homicidio. El 2 de febrero de 2001 Lennox Boyce y Jeffrey Joseph fueron encontrados culpables de homicidio y condenados a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona. Lennox Ricardo Boyce and Jeffrey Joseph v. The Queen, acta de procedimiento (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B.1, folios 502 and 814-815).; Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Barbados en Jeffrey Joseph and Lennox Ricardo Boyce v. The Attorney-General et al., supra nota 13, (folios 910-912).; affidavit de Jeffrey Joseph, 17 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, anexo D.1, folios 1556)., y affidavit de Lennox Boyce, 17 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, anexo D.1, folio 1559).

Juan Carlos Sánchez Lozano, Julio Antonio Rigaid Arévalo, Esther Cisneros Urbina, César Pérez Guevara, Moisés Pajares Godoy, Segundo Zegarra Zevallos, Walter Soto Santana, Carlos Unzueta Medina, Walter Soto Santana, María Infantes Vásquez, Jesús Hinojosa Silva, Félix Aguilar Rojas, Lidia Bereche Riojas, Carmen Rivera Loayza y Teodoro Castro Salvatierra.

Landa Arroyo, César (Compilador). (2005). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima.

Loianno, Adelina (2016). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis Doctrinal en Sabsay, Daniel A. (Director) y Manili, Pablo L. (Coordinador).: *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 385 – 389.

Lopes Meirelles, Hely; WALD, Arnaldo y FERREIRA MENDES, Gilmar (2010). *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36 edicao, Malheiros Editores, São Paulo, pp. 494 y ss.

López Ulla, Juan Manuel (Director). (2011). *Derechos Humanos y orden constitucional en Iberoamérica*; Thomson Reuters, Pamplona.

Lucas Verdú, Pablo (2016). “¿Crisis del concepto de constitución?. La constitución española entre la norma y la realidad”, en Palomino Manchego, José F., y Remotti Carbonell, José Carlos: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; 2da edic. Universidad Inca Garcilaso de Vega, Lima; p. 427-447, específicamente pp. 438

Luego de una condena por homicidio, el condenado puede apelar contra la condena ante la Corte de Apelaciones de Barbados, y posteriormente ante el Comité Judicial del Consejo Privado. A partir del año 2005 la Corte Caribeña de Justicia reemplazó a este último. Las causales de apelación a la Corte de Apelaciones se basan en cuestiones de: derecho, mixtas de derecho y hecho, hecho, o cualquier otra causal suficiente para apelar, y en casos en los cuales se aplica la pena de muerte obligatoria, se puede apelar la condena, no la imposición de la pena de muerte, la cual está específicamente fijada por ley. Las causales de apelación al Comité Judicial del Consejo Privado están basadas en cuestiones de: derecho, interpretación de la Constitución, importancia general o pública, y mixtas de derecho y hecho. *Cfr. Ley Penal de Apelaciones*, Cap. 113A (expediente de anexos a los alegatos finales escritos presentados por todas las partes, folios 6867 y 6887)..

Luiz Streck, Leno (2013). *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, pp. 858 y ss.

Lunardi, Soraya (2013). *Teoria do Processo Constitucional. Análise de sua Autonomia, natureza e elementos*. Editora Atlas S.A., São Paulo.

Lunardi, Soraya y Dimoulis, Dimitri (2014). *Curso de Processo Constitucional. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3ra Edición, Editora Atlas S.A., São Paulo, pp. 405 y ss.

Machado Martins, Priscila (2017). *La cosa juzgada constitucional*, antecede prólogo de Raúl Nuñez Ojeda, Editorial Ubijus, México, pp. 216 y ss.

Manili, Pablo Luis (2003). *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires.

Matínez Garnelo, Jesús (2013). *La presunción de inocencia en materia penal*. Editorial Porrúa, México.

Michael McDonald Huggins fue acusado del homicidio de Stephen Wharton, quien falleció a causa de un herida de bala el 30 de noviembre de 1999. El señor Huggins se declaró no culpable al cargo de homicidio y el 19 de julio de 2001 fue condenado y sentenciado a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona. *Michael McDonald Huggins v. The Queen, supra* nota 16, (folios 1384 y 1476)., y Affidávit de Michael Huggins, 17 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, anexo D.1, folio 1562)..

Miranda Bonilla, Haideer (2016). *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

Miranda, Jorge (1977). «Inconstitucionalidade por omissão», en la obra colectiva *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, vol. I, pp. 333 y ss.

Miranda, Jorge (1997). «A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português», en Víctor Bazán (Coordinador)., *Inconstitucionalidad por omisión*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, pp. 153 y ss.

Modesto, Paulo (1991). «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», en *Revista de Direito Público*, ano 25, n.º 99, Julho/Setembro, pp. 115 y ss.

Moyano Bonilla, César (1985). *La interpretación de los Tratados Internacionales*. Edit. Mba, Montevideo, p. 25

Nash, Claudio (2013). *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, Porrúa, México D.F.; Nash, Claudio (2010). *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, Fontamara, México D.F.

Nava Gomar, Salvador y Del Toro Huerta, Mauricio (2014). “Mutación constitucional en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al*: *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Tomo II, UNAM, México.

Nikken, Pedro (2006). *La garantía internacional de los derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Nogueira Alcalá, Humberto (2004). *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 303 pp.; Fix-Zamudio, Hector y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 161 pp.; Bustillos, Julio (2011). *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 594 pp.; Brito Melgarejo, Rodrigo (2010). *Diálogo entre tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 383 pp.; Tusseau, Guillaume (2010). *Contra los “modelos” de jurisdicción constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 171pp.; Bustos Gisbert, Rafael (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 227pp.; Ayala Corao, Carlos (2013). *Del diálogo*

jurisprudencial al control de convencionalidad, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 302pp.; Gómez Pérez, Mara (2014). *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 489pp.; Sagüés, Néstor Pedro (2013). *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 371pp.; Caballero Ochoa, José Luis (2013). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 273pp.; Bagni, Silvia (coordinadora). (2014). *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 408pp.; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2016). *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 743pp.; Pérez Fernández Ceja, Ydalia (2017). *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 230pp.

O'DONNELL, Daniel (1989). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. edición, Comisión Andina de Juristas, Lima.

Oliveira, Francisco António de (2004). *Mandado de injunção. Da inconstitucionalidade por omissão*, 2.a edição revista, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Orozco Henríquez, J. Jesús (Coordinador). (2018). *Protección a los derechos humanos. Perspectivas Nacionales e Interamericanas*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México.

Orozco Solano, Víctor (2017). *la fuerza normativa de la Constitución*, Porrúa, Ciudad de México.

Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (2016). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos; 2da. Edición*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima. Palomino Manchego, José F. (2003). *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Sobretiro Grijley Editorial, Lima.

Pastor Ridruejo, José A, op. cit. p. 91.

Pastor Ridruejo, José A. (2011). *Curso De Derecho Internacional Público Y Organizaciones Internacionales*, decimoquinta edición, Tecnos, Madrid, p. 90-91

Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernandez Garcia, Eusebio (2003). *Historia de los Derechos Fundamentales. T. I Tránsito A La Modernidad. Siglos Xvi Y Xvii*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos Iii, Dykinson, Madrid, en especial el capítulo de Peces-Barba: Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales, Madrid, pp. 13 y ss.

Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo (Directores). (2018). *Derecho Constitucional Comparado. Sistemas Constitucionales*. G. Giappichelli Editore, Editorial Astrea, Vol. 2, Buenos Aires, pp. 73-83.

Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo: Ob cit, Vol. 2, pp. 467-480, específicamente, pag. 468.

Perez Luño, Antonio Enrique (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*; Edit. Tecnos, Novena Edición, España, pp. 110 y ss.

Perez Rollo, Javier (1995). “Inconstitucionalidad por omisión” en Alfredo Montolla Melgar (Director)., *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. Ii, editorial Civitas, Madrid, pp. 3501.

Pérez Royo, Javier (1995). “Inconstitucionalidad por omisión” en: Alfredo Montoya Melgar (Director).: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Voll. II, Editorial Civitas, Madrid, pp. 3501 y ss.

Pérez Royo, Javier (1995). «Inconstitucionalidad por omisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, director Alfredo Montoya Melgar, Editorial Civitas, Madrid, vol. II, pp. 3501 y ss.

Piovesan, Flávia C. (1995). *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Pires Rosa, André Vicente (2006). *Las omisiones legislativas y su control constitucional*, Editora Renovar, Rio de Janeiro.

Pozo Cabrera, Enrique (2016). *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

Quaresma, Regina (1999). *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão — Teoria e Prática*, 3.^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro.

Quinche Ramírez, Manuel (2014). “El control de convencionalidad como control normativo y no como control simplemente erudito o formal” en: Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico).: *Derecho procesal constitucional*; Edit. Legis, Bogotá, pp. 653 – 673.

Quinche Ramírez, Manuel (2014). *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá.

Quiroga León, Aníbal (2003). *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Jurista Editores, Lima.

Ramelli Arteaga, A. (2006). “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre, pp. 55-584, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile; (2016) “Teoría del control de convencionalidad” en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, pp. 61-94, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

Rangel Hernández, Laura (2009). *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 455 pp.

Rangel Hernández, Laura (2013). *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*. UNAM, México, pp. 56 y 68 y ss.

Remotti Carbonell, José Carlos (2003). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derechos Humanos, Barcelona.

Revenga Sánchez, Miguel (2014). *Derechos fundamentales y constitucionalismo. Fundamentos del Derecho Constitucional y otros escritos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Revista Jurídica Primera Instancia (2014). Número 3, Volumen 2, Jul-dic 2014, pp. 166-199, específicamente p. 167.

Rey Cantor, Ernesto (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 26, México.

Rodrigues Machado, Marcia (1988). «Inconstitucionalidade por omissão», en *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.º 30, Dezembro, pp. 41 y ss.

Rodrigues Wambier, Luiz (1992). «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-membros», en *Revista de Processo*, ano 17, n.º 656, Janeiro/Março, pp. 75 y ss.

Rodriguez-Zapata, Jorge (2018). *Teoría y práctica del derecho constitucional*; 2da edic, Tecnos, Madrid.

Roldán Orozco, Omar Giovanni (2015). *La función garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

Rosa Ysabel Murillo Orihuela de Díaz, Nélica Gálvez Saldaña, Inés Belleza Cabanillas, Luz Angélica Talledo Añazco, Rommy Cecilia Rodríguez Campos, Jaime Jhonny Montoya Luna, Olimpio Huaraca Vargas, Juana Alcántara Ramos, Cecilia Victoria Gimeno Alemán, Rolando Alfonso Torres Prieto, Zoila Luz Begazo Salazar, Graciela Pedreshi Santín de Berropi, Marco Antonio Ordóñez Quispe, Rebeca Paucar Dávila, Dana Campos Alarcón, Lilia Carolina Flores Guillén, Luis Rodolfo Albornoz Alva, José Raúl Coronado Peña, Ricardo Callirgos Tarazona y Rosalía Pérez Polo.

Rousseau, Charles (1961). *Derecho internacional público*, Ariel, Barcelona, p. 39 y ss.

Ruiz Miguel, Carlos (2014). *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Ruiz Miguel, Carlos (2014). *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional. Transformación, evolución, transmutación*, Editorial Porrúa, México. (pp. 111 – 112 y 123 – 124).

Ruiz Miguel, Carlos (2014). *Derechos fundamentales y el derecho procesal constitucional*, op. cit. pp. 111

Ruiz Miguel, Carlos (2014)., ídem ibíd., pp. 124.

Ruth Cecilia Echevarría Suárez de Peña, Reyna Sánchez Alarcón, Nancy Violeta Ángeles Ponte, Nohemí Molina Ugarte, Guillermo Arias Infantes, Irene Ccapali Atoccsa, Félix Cobeñas Pariamache, Zenón Ccapali Atoccsa, Sergio Antonio Chala, Javier Sipan Guerra, Julio Lozano Muñoz, Rubén Javier

Sotomayor Vargas, Hilda Valdez Tellez, Máximo Gonzáles Figueroa, José Raúl Araca Sosa, Gumercinda Echevarría Flores, Wilburt Villegas Guerra, Visitación Elizabeth Vera Vitorino, Rómulo Antonio Retuerto Aranda, Angela Valdez Rivera, Miguel Hurtado Gutiérrez, Carmen Zavaleta Saavedra, Lira Quiñones Atalaya, Berilda Muñoz Jesús, María Huaranga Soto, Johel Briones Rodríguez, Nina Díaz Céspedes y Jaime Barbarán Quispe.

Sabsay, Daniel A. y Manili, Pablo L. (Coordinador). (2016). *Constitución de la nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Editorial Hammudabi, Buenos Aires.

Sagüés Pedro, Néstor (2014). “Constitución Convencionalizada”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (Coordinadores).: *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2 tomos, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. Pp. 186-189.

Sagüés, María Sofía (2003). «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador)., *Derecho Procesal Constitucional*, 4.^a ed., Editorial Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, tomo IV, pp. 3087 y ss.

Sagüés, María Sofía (2005). «Recepción normativa del control de inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional Peruano», en José F. Palomino Manchego (Coordinador)., *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Editora Jurídica Grijley, Lima, tomo II, pp. 939 y ss.

Sagüés, Néstor Pedro (2003). *Elementos de derecho constitucional*, T. 1, 3era edic. Astrea, Buenos Aires; p. 35; Nino, Carlos Santiago (2013). *Fundamentos de derecho constitucional*, 4ta reimpresión, Astrea, Buenos Aires, p. pp. 66 y ss.

Salado Osuna, Ana (2004). *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Prólogo de Carlos Fernández Sessarego y Presentación de Francisco Eguiguren Praeli, Normas Legales, Trujillo.

Salinas Zavala, Martha Gloria y CHUMBIAUCA DIEZ, José Alejandro (2005). *Los instrumentos procesales de tutela de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima.

Schuliaquer, Iván (2014). *El poder de los medios. Seis intelectuales en busca de definiciones*. Edit. Capital intelectual, Buenos Aires. Castells, Manuel (2012). *Comunicación y poder*. Siglo Veintiuno Editores, México.

Silva García, Fernando (2014). *Principio pro homine vs. restricciones constitucionales. ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.

Siqueira Castro, Carlos Roberto (1999). «Mandado de injunção: limitação da taxa de juros. Eficácia das normas constitucionais programáticas. Considerações acerca do art. 192, parágrafo 3.º da Constituição Federal», en *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, vol. 7, n.º 26, Janeiro/Março, pp. 76 y ss.

Sousa Duvergé, Luis Antonio (2011). *Control de convencionalidad en República Dominicana*, IUS NOVUM, Santo Domingo.

Tajadura Tejada, Javier (2002). «La inconstitucionalidad por omisión y 10s derechos sociales», en Javier Corcuera Atienza (Coordinador), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, pp. 443 y ss.

Torrecillas Ramos, Dircêo (1997). «Inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção», en *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Organização: Jorge MIRANDA, Coimbra Editora, Coimbra, volume II, pp. 1015 y ss.

Uribe Arzate, Enrique (coordinador). (2012). *Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad*, Universidad Autónoma del Estado de México / Miguel Ángel Porrúa, México D.F.

Ventura Robles, Manuel E. (2017). *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memorias*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México.

Verdross, Alfred (1964). *Derecho internacional público*, 57ª edic., Aguilar, Madrid, trad. de Antonio Truyol y Serra, pp. 208-222

Villalba Bernie, Pablo Darío (2014). *Sistema interamericano de Derechos Humanos*, La Ley, Asunción;
Villalba Bernie, Pablo Darío (2016). *Jurisdicción Supranacional. El procedimiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

Villán Durán, Carlos (2006). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid.

Villarruel, Darío (2014). *Injusticia mediática. Cuando el periodismo quiere ser juez*. Sudamericana edit. Buenos Aires.
Rodríguez, Esteban (2000). *Justicia mediática. La administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*. Ad Hoc, Argentina.

Villaverde Menéndez, Ignacio (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid.

Villaverde Menéndez, Ignacio: “Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión” en *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Cuarta Época, vol. I, núm. 16, pp. 195 – 271, específicamente p. 253.

Villaverde Menéndez, Ignacio: “Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión”; Op. Cit. p. 253 – 254.

Von Bogdandy, Armin, *Et al* (2010). *La justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, 2 vol., UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México.

Von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores). (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*. 2 Volúmenes. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México.

Von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores). (2013). *Ius constitutionales commune en Derechos Humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.