



usma
universidad católica
santa maría la antigua

REVISTA ESPECIALIZADA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

IUSTITIA ET PULCHRITUDO

Vol 3. No 1, 2022

IED

En este número artículos de:

Franz Zubieta Mariscal;

Gianfranco Smith; Andrea

Tejera; Rigoberto Gonzalez

Montenegro; Oscar Vargas

Velarde; Rafael Perez

Jaramillo; Corte

Interamericana de Derechos

Humanos



Iustitia et Pulchritudo



**Revista Especializada en Ciencias Jurídicas, Forenses y Políticas
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)**

ISSN 1607-4319

Segunda Época; Volumen 3, Número 1 (Enero-Junio de 2022)

Publicación semestral

Consejo Científico:

Dra. Lina Vega Abad (Presidenta de la Junta Directiva de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana – Capítulo Panameño de Transparencia Internacional),

Prof. Ana Matilde Gómez R. (Ex Procuradora General de la Nación, ex Diputada de la República, Ex Decana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Santa María La Antigua),

Dr. Carlos Guevara Mann (Director, Programa de M.Sc. en Rel. Intern., Florida State University),

Dr. Rigoberto Gonzalez (Procurador General de la Administración, República de Panamá),

Dra. Nelva Araúz, (Investigadora, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),

Dra. Carla Pousa (Profesora, Florida State University),

Prof. Salvador Sánchez (Director, Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral),

Dra. Idania Perigault (Jefa del Departamento de Ética y Gestión Pública, Procuraduría General de la Administración, República de Panamá),

Dr. Jorge Eduardo Ritter (Ex Canciller, Ex Ministro de Gobierno y Justicia, de Trabajo y del Canal de la República de Panamá),

Prof. Claire Nevache (Investigadora Asociada, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),

Prof. Juan Diego Alvarado (Investigador Académico, Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral).

Equipo Editorial:

Prof. Alonso E. Illueca (Director-Editor)

Lic. Eliecer Lu (Editor Asociado Ad Hoc)

Lic. Gloria Correa Polo (Editora Asociada Ad Hoc)

Dirección postal:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

(c/o Prof. Alonso E. Illueca, Director-Editor, Revista Iustitia et Pulchritudo)

Universidad Católica Santa María la Antigua

Apdo. postal 0819-08550

Panamá, República de Panamá

Teléfono (507) 269-1333 / 230-8265 / 230-8235 /

Correo electrónico: revista.iustitia@usma.ac.pa, aillueca@usma.ac.pa

Impreso en Panamá, Ciudad de Panamá.

Centro de Impresión de la Universidad Católica Santa María La Antigua.

Tiraje: 300 ejemplares

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Segunda Época
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Volumen 3, Número 1 (Enero-Junio de 2022)

ÍNDICE

Palabras del Director - Editor.....02

Conferencias

- **Franz Zubieta Mariscal:** La reforma al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: un reto imposterable04
- **Gianfranco Smith:** Are minimal uses of force excluded from Article 2(4) and should they be excluded?.....12
- **Andrea Tejera:** Sin registro, sin derechos.....18

Investigación

- **Rigoberto Gonzalez Montenegro:** Del Estado constitucional de Derecho al Estado convencional de Derecho.....27
- **Oscar Vargas Velarde:** Los Tratados y la Constitución Nacional.....43

Análisis de Jurisprudencia

- **Rafael Perez Jaramillo:** Contribuciones de la jurisprudencia interamericana sobre control de convencionalidad: compilación de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad.....81

Jurisprudencia

- **Corte Interamericana de Derechos Humanos:** Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad85

Palabras del Director – Prefacio

El Volumen 3, Número 1 de la Revista *Iustitia et Pulchritudo* presenta una serie de investigaciones académicas y conferencias magistrales sobre la práctica legal panameña e internacional. También, como un aporte particular, se incluye una sección de jurisprudencia, la cual incluye la transcripción de cada uno de los párrafos en los que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia al “control de convencionalidad”, los cuales están acompañados por su respectivo análisis.

La revista inicia con un escrito del profesor Franz Zubieta Mariscal de la Universidad Andina Simón Bolívar sobre la reforma del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el cual analiza el proceso tendiente a su creación y organización, así como sus logros e importancia en materia jurisdiccional. El también investigador en la Universidad de Nottingham nos explica los retos que el tribunal actualmente enfrenta en materia operativa y las posibles soluciones tendientes a modernizar su rol jurisdiccional y fortalecer su presencia internacional. En la implementación de estas soluciones, tal y como lo explica el profesor Zubieta Mariscal, se debe considerar el potenciamiento del rol arbitral del tribunal en materia de inversiones en las Américas y la adopción de un modelo de excelencia en su función de adjudicación a través de ejercicios comparados. En otra conferencia, el profesor Gianfranco Smith reflexiona sobre el alcance de la prohibición al uso de la fuerza contenida en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas y si la misma abarca los denominados usos mínimos de fuerza. En tal sentido, el profesor Smith argumenta que, a la luz de la práctica y la jurisprudencia internacional, los usos de la fuerza mínimos se encuentran cubiertos por la prohibición general establecida en la Carta. En la misma sección, la Lic. Andrea Tejera nos presenta un estudio sobre el impacto de la apatridia en el disfrute de los derechos humanos y su realidad en la República de Panamá. A través de una combinación analítica del rol de la nacionalidad como facilitador de otros derechos, del marco legal existente en Panamá y a nivel internacional, y de la realidad fáctica del Registro Civil de Panamá, la autora concluye que las inscripciones tardías de nacimiento representan un riesgo de apatridia y propone una serie de acciones a tomar a nivel nacional para evitar dicho estado de vulnerabilidad.

Este número de la revista recoge una investigación del señor Procurador de la Administración, profesor Dr. Rigoberto Gonzalez Montenegro sobre la importancia del control de la convencionalidad. Mediante un artículo didáctico y sencillo, el Dr. Gonzalez Montenegro sostiene que a través del reconocimiento del carácter evolutivo de los derechos humanos el Estado constitucional de derecho debe evolucionar a un Estado convencional de derecho. Para tal fin, argumenta el autor, el control de la convencionalidad es una herramienta fundamental, pues siendo los convenios de derechos humanos instrumentos vivos cuya aplicación e interpretación debe responder a la evolución de los tiempos, el control de la convencionalidad es el mecanismo idóneo para que los Estados a través de sus propios sistemas jurisdiccionales, implementen de forma paulatina y progresiva los estándares jurídicos desarrollados en la jurisprudencia interamericana.

En la sección de artículos de investigación también se incluye el trabajo del profesor Oscar Vargas Velarde sobre los Tratados y la Constitución Nacional, en el cual analiza la práctica panameña en relación con los tratados y su sistema de recepción en materia de derecho interno. En su análisis, Vargas Velarde nos relata como la práctica panameña contradice el texto constitucional y la manera en la que el Órgano Judicial ejerce una suerte de “deferencia” hacia el Ejecutivo en estos asuntos y como la Asamblea Nacional ha ido renunciando de forma paulatina a su función constitucional de aprobar o desaprobar los tratados. Es importante señalar que este trabajo fue publicado originalmente en el Anuario de Derecho N° 20 de 1991 de la Universidad de Panamá y luego actualizado para la revista Debate, año VIII, N° 16 de 2009 de la Asamblea Nacional. Para esta ocasión, el autor publica una versión actualizada y revisada con aportes inéditos sobre el denominado “Arreglo Complementario Salas-Becker” y otros convenios de igual índole, y los fallos subsecuentes de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Esta edición de la revista también ofrece una sección de jurisprudencia en donde se recoge el aporte del Lic. Rafael Perez Jaramillo quien, a través de la compilación de cada uno de los párrafos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en su jurisdicción contenciosa como consultiva, hace referencia al control de la convencionalidad, hace una contribución singular y muy enriquecedora a la literatura nacional en materia de derechos humanos. El profesor Pérez Jaramillo nos a través de esta compilación y su respectivo análisis una herramienta muy útil e importante para los académicos, los investigadores y los abogados practicantes en la materia.

Para culminar, reconozco la asistencia brindada y el esfuerzo realizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en particular el de la Señora Decana Magaly Castillo. De igual forma, agradezco y doy la más cordial de las bienvenidas a los tres nuevos miembros del Consejo Editorial de esta revista, la profesora Ana Matilde Gómez Ruiloba, gestora de la reactivación de este proyecto académico, la Dra. Lina Vega Abad, quien ocupará el asiento que dejó la Prof. Dra. Ana Sánchez Urrutia (q.e.p.d), y el profesor Juan Diego Alvarado. Así mismo agradecemos el apoyo del Señor Rector, profesor Francisco Blanco y del Señor Vicerrector de Investigación y Extensión, profesor Dr. Luis Carlos Herrera, por dotar de continuidad a este importante y tan necesario proyecto académico. Igualmente, celebro las contribuciones de mis colegas y editores asociados, Gloria Correa y Eliecer Lu, cuyo trabajo es fundamental y es apreciado grandemente.

Profesor Alonso E. Illueca, LL.M.
Director

La reforma del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: un reto impostergable

FRANZ ZUBIETA MARISCAL^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: Franz.zubieta.mariscal@gmail.com

Recibido: 4 de enero de 2022
Aceptado: 15 de enero de 2022

Resumen

El presente trabajo detalla (I) la creación y la formación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, (II) sus logros e importancia a nivel global en materia jurisdiccional, (III) los retos que el tribunal enfrenta en materia operativa y (IV) una serie de posibles soluciones dirigidas a modernizar su rol jurisdiccional y fortalecer su presencia internacional.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tribunales Supranacionales, Solución de Controversias, Interpretación de normas regionales, Arbitraje Internacional.

Abstract

This paper delves into (I) the establishment and organization of the Court of Justice of the Andean Community, (II) its achievements and importance in jurisdictional matters at a global level, (III) the challenges that the Court faces in its operational matters, and (IV) possible solutions aimed at modernizing its jurisdictional role and strengthening its international relevance.

Keywords: Human rights, universal declaration, Panama, universality.

1. Rasgos generales

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante “TJCA”) es el principal órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina (en adelante “CA”). Posee carácter permanente, supranacional y comunitario, y fue creado para interpretar y dar legitimidad al derecho comunitario de la CA y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros¹.

^Ψ Especialista en Solución Internacional de Controversias en la Firma Legal Interlex: <https://www.interlex-law.com/>. Docente de la Universidad Andina “Simón Bolívar” (Comunidad Andina) y en la Universidad Rashtriya Raksha (India). Actualmente es Chevening Scholar 2021/2022 e Investigador en la Universidad de Nottingham del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

¹ COMUNIDAD ANDINA, NOTAS DE PRENSA: “Wagner afirma que la integración debe ser un proceso eminentemente participativo” (11 de agosto de 2004) Disponible en:

Dada esta elevada función en su creación se determinó que fuera independiente de los gobiernos de los Países Miembros, como además de los demás órganos e instituciones comunitarios, y que tuviera capacidad de declarar el derecho comunitario andino al dirimir las controversias que surjan de su aplicación, a través de interpretaciones uniformes².

El TJCA fue creado el 28 de mayo de 1979 con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (en adelante “Tratado de creación”)³. Más tarde, en virtud del Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996 cambió su nombre a TJCA. Su sede principal se encuentra en la ciudad de Quito – República del Ecuador e inició funciones el 2 de enero de 1984. El TJCA está compuesto por un(a) magistrado(a) por cada País Miembro de la CA y su presidencia es rotativa por un período de un año.

El TJCA es competente para conocer acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, interpretaciones prejudiciales, recursos por omisión o inactividad, demandas laborales y demandas arbitrales. Hasta agosto de 2020, el TJCA ha resuelto más de 5.914 procesos judiciales lo que lo convierte en uno de los tribunales internacionales más activos del mundo. Dicha extraordinaria actividad se detalla en el siguiente cuadro⁴:

Tipo de Proceso Judicial	Número de casos
Interpretaciones Prejudiciales ⁵	5.680
Acciones de Incumplimiento ⁶	130

<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal> Fecha de Consulta: 12 de diciembre de 2021.

² TRIBUNAL ANDINO: “Objetivos y Funciones del TJCA” Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/objetivos_funciones/ Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2021.

³ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979)

⁴ TRIBUNAL ANDINO: “Reseña del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/nosotros/resena/> Fecha de Consulta: 12 de diciembre de 2021.

⁵ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979) Arts. 32, 121-123. [*“El Artículo 32 del Tratado de Creación, así como el Artículo 121 de su Estatuto, establecen que corresponde al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros. El Artículo 122 del Estatuto del Tribunal regula la figura de la consulta facultativa, determinada por la posibilidad de que la resolución o sentencia que dicte la autoridad administrativa o jurisdiccional consultante sea susceptible de recursos en derecho interno; mientras que, en caso la autoridad jurisdiccional conozca de un proceso en el cual la sentencia o laudo fuera de única o última instancia no susceptible de recursos a nivel interno, el Artículo 123 prescribe la consulta obligatoria”.*]

⁶ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979) Art. 107. [*“De acuerdo al Artículo 107 del Estatuto del TJCA, la acción de incumplimiento puede invocarse ante el Tribunal Andino a fin de que un país miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina. La referida conducta puede consistir en la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, en la falta de promulgación de normas que le den cumplimiento al citado ordenamiento o en la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que dificulten u obstaculicen su aplicación”.*]

Acciones de Nulidad ⁷	70
Demandas Laborales ⁸	22
Recursos por Omisión ⁹	10
Demandas Arbitrales ¹⁰	2
TOTAL:	5.914

2. Importancia del TJCA en el Sistema Adjudicativo Internacional

En el mundo hay aproximadamente 55 órganos activos de resolución de controversias, de los cuales 12 son tribunales supranacionales¹¹. Entre estos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, Corte de Justicia de BENELUX, Corte Económica de Estados Independientes del Commonwealth, la Corte de Justicia del Caribe y por supuesto el TJCA.

De todos estos órganos adjudicativos, el TJCA es uno de los más antiguos e importantes tribunales supranacionales de la región y el mundo. Su gran valor precisamente reside en su larga experiencia velando por el cabal cumplimiento del Derecho Comunitario Andino. El expresidente del TJCA, Guillermo Chahín Lizcano, caracterizaba dicha función en los siguientes términos:

⁷ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979) Art. 17. [*“El Artículo 17 del Tratado de Creación establece que le corresponde a este declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios referidos en el Literal e) del Artículo 1 del Tratado, dictados o acordados en contravención de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún país miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General de la Comunidad Andina o las personas naturales o jurídicas en las condiciones señaladas en el Artículo 19 del Tratado de Creación”.*]

⁸ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979) Art. 40. [*“El Artículo 40 del Tratado de Creación establece que este es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Adicionalmente, el Artículo 136 de su Estatuto explica que las referidas controversias son aquellas que puedan suscitarse entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable”.*]

⁹ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979) Art. 37. [*“De conformidad con lo establecido en el Artículo 37 del Tratado de Creación, el recurso por omisión o inactividad procede cuando el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico comunitario andino a fin de que puedan ser compelidos a ejecutarla. En tales supuestos, los mencionados órganos comunitarios, los países miembros y las personas naturales o jurídicas, en las condiciones establecidas en el Artículo 19 del Tratado de Creación, podrán requerir el cumplimiento de las referidas obligaciones”.*]

¹⁰ TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (28 de mayo de 1979) Art. 38. [*“De acuerdo al Artículo 38 del Tratado de Creación este es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Asimismo, se permite que los particulares pacten someter a arbitraje del Tribunal las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado, siempre que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino”.*]

¹¹ BAUDENBACHER, Carl y CLIFTON, Michael-James (2013): *Courts of Regional Economic and Political Integration Agreements* (Oxford, Oxford University Press) p. 250.

“Siendo el Tribunal de Justicia, como en efecto lo es, el único órgano de la comunidad facultado para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es obvio que la correcta aplicación y la intangibilidad de la totalidad del ordenamiento comunitario se encuentra bajo su responsabilidad y por ende, sus actos jurisdiccionales abarca todo el espectro normativo que lo conforma, dando lugar a la generación de una copiosa jurisprudencia tanto el uno como en el otro de los campos, judicial y prejudicial”¹².

Esta apreciación fundamental nos lleva a señalar que no puede existir un proceso de integración sin que a la vez exista un acervo comunitario compuesto por normas autónomas e independientes y que sea aplicado de manera imparcial y uniforme por un mecanismo de solución de controversias especializado. Premisa que encarna la razón de ser del TJCA.

Debido a esta función esencial, se considera que el TJCA es *“una de las Cortes Internacionales más activas del mundo con una carga laboral que sobrepasa los 700 procesos anuales y con una respuesta efectiva de más de 600 sentencias proferidas cada año”¹³*. Actividad que claramente se comprueba con la carga procesal arriba señalada. Más recientemente, un ex Presidente del TJCA, señaló con acierto que el TJCA es:

“La tercera corte internacional más activa del mundo, órgano jurisdiccional y eslabón del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina. Así también es la generadora de interpretaciones y sentencias que han constituido una guía y eco integrador del derecho comunitario andino; pero, por sobre todo, pesa sobre ella la responsabilidad de resguardar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, garantizar el debido proceso”¹⁴.

Asimismo, en sus 41 años de existencia, el Sistema de Integración Andina (SAI) ha reconocido numerosas veces el valor invaluable del TJCA para la integración andina. Por ejemplo, en la Declaración de Quiram (junio, 2003) se reafirmó: *“... la importancia institucional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuya labor coadyuva a fortalecer el Sistema Andino de Integración y aportar de manera significativa a la estabilidad y a la certeza jurídica en la subregión ...”¹⁵*. Asimismo, en el Dialogo Presidencial sobre el Futuro del Proceso Andino de Integración y su Proyección en Sudamérica (julio, 2004) se reconoció que:

“Aún persiste un número importante de incumplimientos a la normatividad andina por parte de nuestros países, que afectan el proceso de integración. Por ello consideramos necesario perfeccionar y fortalecer el sistema

¹² SEGUNDO SEMINARIO REGIONAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALES DE AMERICA LATINA: “Criterios Jurisprudenciales Establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Materia de Propiedad Intelectual (Madrid, del 25 al 28 de noviembre de 2003).

¹³ GÓMEZ APAC, Hugo (2019): *Apuntes de Derecho Comunitario Andino* (Quito, Editorial San Gregorio S.A.) p.133.

¹⁴ TRIBUNAL ANDINO: “Cuadragésimo Primer Aniversario del Tribunal de la Comunidad Andina” Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/2020/05/28/cuadragésimo-primer-aniversario-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina/> Fecha de Consulta: 12 de diciembre de 2021.

¹⁵ DECLARACIÓN DE QUIRAM (28 de junio de 2003).

andino de solución de controversias y, en especial, revisar el mecanismo de sanciones del mismo, con miras a garantizar el cumplimiento automático de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

En este sentido, la relevancia regional y global del TJCA es indudable. No obstante, es evidente que desde su creación el TJCA ha multiplicado exponencialmente su carga procesal, pero, se observa que no ha cambiado su estructura básica de funcionamiento y que los recursos humanos y materiales que le provee la CA no son suficientes para ejercer dicho rol. Razón por la que viene atravesando “*problemas presupuestales que podrían afectar su funcionamiento*”, tal como es reconocido en la Decisión 843 de 29 de abril de 2019 y que nos lleva a reflexionar sobre su futuro y las alternativas para superar su actual crisis.

3. Claves para el potenciamiento del TJCA

El análisis comparado de las recientes reformas de tribunales internacionales (especialmente de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Tribunal de Justicia de la Unión Europea) nos permiten identificar una serie de medidas e incentivos para superar la crisis presupuestaria y potenciar el rol esencial del TJCA en el siglo XXI. Dichas medidas se inscriben en lo que denominamos un *Modelo de Excelencia en la Justicia Internacional (MEJI)*¹⁶ que basado en una perspectiva holística, sistémica y comparada de los sistemas de justicia internacional busca identificar las líneas maestras para la construcción de un modelo de justicia basado en la excelencia.

El rasgo *holístico*, se desprende del carácter multidimensional y complejo de los elementos políticos, sociológicos, éticos, culturales y por supuesto jurídicos que hacen a la creación de los tribunales internacionales. De esta manera, cada uno de estos cuerpos adjudicativos debe ser leído en clave integral identificando el *locus enuntiationis* – es decir su lugar de su enunciación - en el que nace, se desarrollan y operan. Un reduccionismo jurídico, no permite entender su complejidad real.

El atributo *sistémico* recurre a la teoría general de los sistemas para identificar los macrosistemas sociales en los que se inscribe un tribunal internacional, que en sí mismo en un subsistema jurídico de carácter dinámico, abierto e interactivo que debe ser comprendido en esa unidad dinámica de elementos heterogéneos que interactúan entre sí para lograr el funcionamiento del sistema social.

Descifrado el carácter *sui generis* del cuerpo adjudicativo y su lugar en un sistema global, finalmente, el MEJI recurre a una perspectiva *comparada* para identificar las grandes líneas de reforma que se ajustan a su carácter único recurriendo a la prueba-error de entidades similares. Cuyo objeto no es emular sino adaptar y desarrollar respuestas únicas.

Bajo este paradigma, algunas de las líneas de acción operativas para el actual empoderamiento del TJCA serían las siguientes.

(a) Potenciamiento del rol arbitral del TJCA en materia de inversiones en las Américas

De acuerdo al Artículo 38 del tratado constitutivo, el TJCA es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Asimismo, es

¹⁶ ZUBIETA, Franz (2019): *Estudio Comparado sobre Reformas de Tribunales Internacionales: Hacia un Modelo de Excelencia Judicial Internacional* (La Paz, Editorial Academia).

posible que particulares puedan pactar someter a arbitraje del TJCA las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado, siempre que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino.

Mandato que es coincidente con la nueva tendencia de regionalización de órganos adjudicativos para las controversias en materia de inversiones. Un ejemplo paradigmático de aquello es la posible creación de la Corte Europea de Inversiones¹⁷ que centralizará las disputas europeas internas en materia de inversiones y/o las delegará al actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal efecto, el 24 de octubre de 2019, los Estados miembros de la Unión Europea llegaron a un acuerdo sobre un tratado para la terminación de los tratados bilaterales de protección de inversiones dentro de la Unión Europea para avanzar en esta alternativa¹⁸.

Asimismo, es igualmente relevante recordar que a nivel regional se trabajó intensamente en la creación de un Centro de Solución de Controversias en materia de Inversiones en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Iniciativa desarrollada para devolver el rol adjudicativo principal a las instituciones regionales y que avanzó hasta llegar a consolidar sus posibles instrumentos constitutivos y normas de funcionamiento a través de un Grupo de Expertos de Alto Nivel en Materia de Inversiones (en el que el autor participó) que trabajaron por varios años en este proyecto¹⁹.

En este contexto, se considera que el TJCA posee las condiciones normativas y el suficiente *expertise* para aprovechar estas tendencias regionales a fin de potenciar su función arbitral en materia de inversiones. A cuyo efecto, se requiere desarrollar los aspectos procesales y financieros que permitan explotar la potencialidad de esta competencia que permitiría al TJCA llenar un vacío subregional que es permanentemente reclamado por varios Estados que miran con desconfianza el tradicional aparato adjudicativo para la solución de controversias en materia de inversiones (Corte Permanente de Arbitraje, Centro de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones, la Cámara de Comercio Internacional, etc.).

(b) Implementación de un modelo de excelencia en la adjudicación internacional a través de estudios comparados.

Asimismo, los recientes procesos de modernizaciones de aproximadamente una decena tribunales internacionales a nivel mundial, ofrecen una ventana de oportunidad para las transformaciones que el TJCA puede alcanzar para lograr su estabilidad financiera y potenciar su rol adjudicativo en el siglo XXI. Entre algunas de las posibles medidas identificadas se tiene la creación de fondos fiduciarios independientes (socios estratégicos), el cobro de servicios especializados a usuarios privados y frecuentes del tribunal (por solicitud de interpretaciones prejudiciales de empresarios y arbitrajes comerciales o de inversiones), la abreviación de procedimientos para la optimización de resultados (salas unipersonales), implementación del modelo *e-justice* (justicia digital), etc. En este sentido, se considera que existe una gran riqueza de experiencias de potenciamiento de tribunales internacionales

¹⁷ Global Arbitration Review (ed.). *International Journal of Commercial and Treaty Arbitration*, vol. 15, N° 1. p.12.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA: “EU Member States sign an agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties” Disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en Fecha de Consulta: 22 de junio de 2020.

¹⁹ RIDI, Niccolò (2016) “Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified”, *European Journal of International Law*, vol. 33, N° 2: pp. 545-551.

a nivel global que podrían ser analizadas y adaptadas a las necesidades del TJCA a través de un diálogo interactivo y respetuoso entre todos los actores involucrados.

Sin duda, el TJCA es un referente internacional por su altísima producción adjudicativa, sin embargo, necesita un proceso de reingeniería sustantiva y procesal creativa, flexible y de vanguardia para estar a la altura de los retos de la región andina y porque no decirlo, de toda las Américas.

Are minimal uses of force excluded from Article 2(4) and should they be excluded?*

GIANFRANCO SMITH^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: gsmith@gmsatlaw.com

Recibido: 1 de enero de 2022

Aceptado: 15 de enero de 2022

Resumen

El presente trabajo analiza si los usos mínimos de fuerza deberían ser excluidos de la responsabilidad de los Estados de no recurrir a la fuerza en el ejercicio de sus relaciones internacionales bajo el marco de la Carta de las Naciones Unidas. Para lo mismo, el trabajo contiene (I) Una breve introducción a la prohibición del uso de fuerza, y al debate académico actual sobre “formas menos graves”, (II) Una explicación de los argumentos prominentes en contra de la exclusión de los usos mínimos de fuerza de la regla general, (III) Un análisis que establece porque los usos mínimos de fuerza no deben ser excluidos de la regla general, (IV) Una conclusión que establece como la aceptación de los usos mínimos de fuerza puede amenazar la paz y seguridad internacional.

Palabras clave: Uso de fuerza, Umbral de Gravedad, Artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, Interpretación Amplia, Formas menos graves de fuerza, Contramedidas.

Abstract

This paper considers if minimal uses of force should be excluded from the general prohibition on the use of force established in the UN Charter. To this end, the paper offers (I) a brief introduction of the prohibition on the use of force and the current academic debate on “less grave forms” of it, (II) an explanation of the leading arguments against the exclusion of minimal uses force from the general rule, (III) an analysis stating why minimal uses of force should not be excluded from the general rule, and (IV) a conclusion which emphasizes on how the acceptance of minimal uses of force could threaten international peace and security.

* The following essay was presented by the author at the University of Oxford’s International Law course as part of the Master in Diplomatic Studies.

^ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Santa María La Antigua, Magna Cum Laude); Especialista en Docencia Superior (Universidad Santa María La Antigua, Summa Cum Laude), Maestría en Estudios Diplomáticos (Oxford University). Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho, Derechos Humanos y Derecho Internacional Público en la Universidad Santa María La Antigua. Relator de Panamá para el módulo “International Law in Domestic Courts” de Oxford University Press. Cursos y seminarios especializados en Derecho Internacional en la Academia de la Haya de Derechos Internacional y la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Keywords: Use of Force, Gravity Threshold, Article 2(4) of the Charter of the United Nations, Broad Interpretation, Less grave forms of force, Countermeasures.

I. Introduction

The prohibition of the use of force between States is a fundamental principle of international law. Its primary source is Article 2(4) of the United Nations Charter¹, whose text provides as follow: “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”².

Any use of force conducted outside the framework of the UN Charter is considered a violation of international law³. Nevertheless, whether the concept of force enshrined in Article 2(4) is subject to a gravity threshold is still a point of contention among scholars. This discussion is led primarily by Olivier Corten and Tom Ruys⁴. Corten differentiates between enforcement measures and the use of force based on the gravity of the conduct⁵, an argument supported by the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia (2009) that concluded that “the prohibition of the use of force covers all physical force which surpasses a minimum of intensity”⁶. Supporters of this view argue that, among others, targeted killings, forced abductions, small-scale counterterrorism operations abroad, interceptions of a single aircraft, and localized hostile encounters between military units, produce such a minimal effect that they fall outside the scope of Article 2(4)⁷. Ruys, on the other hand, argues against the *de minimis* threshold by taking a broad interpretation of Article 2(4) to include all types of forces, regardless of their intensity or gravity⁸.

This essay disagrees with the former statement, arguing that uses of force are not and should not be excluded from Article 2(4). To this end, it will be divided into two parts. The first one argues that all types of forces, including those with minimal effects, are covered by Article 2(4). Accordingly, three arguments will be presented: i) that exclusion of minimal uses of force cannot be legally interpreted from Article 2(4); ii) that additionally, international jurisprudence is inclined to favor the interpretation of Article 2(4) in its broadest form; iii) that in any event, there is insufficient state practice to support the existence of a customary rule allowing the excluding of minimal uses of force from the scope of

¹ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1986, page 14, paras.188-190. [Note that the prohibition of the use of force has also been recognized as a customary international law and as a *jus cogens* rule]

² CHARTER OF THE UNITED NATIONS (29 June 1945)

³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, COMMITTEE ON THE USE OF FORCE, “Final Report on Aggression and the Use of Force in International Law Association Report of the Seventy-eighth Conference” Resolution 4/2018. [The exceptions provided in the UN Charter are self-defense in cases of armed attack (Art. 51) and the authorization of the Security Council in accordance with the Chapter VII of the UN Charter. Note that consent of the territorial State is not an exception because it is not contrary to Article 2(4).]

⁴ O’CONNELL, Mary Ellen (2014): “The True Meaning of Force”, *American Journal of International Law*, vol. 108, pp. 141-144.

⁵ CORTEN, Olivier and SUTCLIFFE, Christopher (2010): *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (London, Hart Publishing).

⁶ INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA (2009) Vol. II, p. 242.

⁷ KOLB, Robert (2009): *Ius contra Bellum: Le droit international relative au maintien de la paix* (Brussels, Editions Bruylant) p. 247.

⁸ RUY, Tom (2014): “The meaning of “Force” and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are “Minimal” Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)”, *American Journal of International Law*, vol. 108, N° 2, pp. 159-210.

Article 2(4). Finally, from a policy perspective, the second part explains why the exclusion of acts of force should not be excluded from Article 2(4) based on their gravity or intensity, as this may endanger international peace and security.

II. Arguments

a. Exclusions based on the gravity of the conduct cannot be inferred from the interpretation of Article 2(4)

First, exclusions of minimal uses of force cannot be inferred from a legal interpretation of Article 2(4). To determine whether this provision should be construed broadly to encompass all types of force, the meaning of “force” must be interpreted in accordance with the rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties. According to Article 31(1) of the VCLT, “treaties shall be interpreted in light of its object and purpose”.⁹ The residual catch-all phrase “or any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations” at the end of Article 2(4) suggests that this provision’s object and purpose was to restrict all types of forces, including those with minimal effects¹⁰.

Furthermore, the broad scope of Article 2(4) can be supported with the UN Charter’s *travaux préparatoires*, which makes clear that “the intention of the authors of the original text was to state in the broadest term an absolute all-inclusive prohibition; the phrase ‘or any other manner’ was designed to ensure that there should be no loophole”.¹¹ As such, one can logically deduce that the UN Charter drafters intended to prohibit all types of interstate force through Article 2(4), regardless of their gravity or intensity.

b. The international jurisprudence favors a broad interpretation of Article 2(4)

The distinction made in *Nicaragua* between “most grave forms” and “other less grave forms” of force based on the “scale and effects” of forcible acts¹² demonstrates that forcible acts do not have to be particularly grave to qualify as a use of force¹³. In other words, there is no such standard of gravity for a forcible act to fall under the scope of Article 2(4).

Furthermore, the ICJ has applied a broad interpretation of Article 2(4) in several cases. In *Nicaragua*, it was established that “sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out of armed forces against another State” constituted an armed attack¹⁴. The ICJ also stated that “the assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logical

⁹ VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES (23 May 1969)

¹⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL ORGANIZATION (1945): “Documents of the United Nations Conference on International Organization” (San Francisco, April 25 to June 26, 1945) Docs.334, 339, 340, 609. [*One should note that it is generally accepted that this prohibition only includes military forcible acts. Other type of coercive acts, such as economic coercion, were not included during the negotiation of the UN Charter*]

¹¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL ORGANIZATION (1945): “Documents of the United Nations Conference on International Organization” (San Francisco, April 25 to June 26, 1945) Docs. 334, 335.

¹² *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1986, page 14, paras. 191-195.

¹³ RUY, Tom (2014): “The meaning of “Force” and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are “Minimal” Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)”, *American Journal of International Law*, vol. 108, N° 2, p. 165.

¹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1986, page 14, para. 195.

or other support” falls within the scope of the use of force and may also be considered an armed attack¹⁵. Similarly, in *Oil Platform*, the ICJ “did not exclude the possibility that mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the ‘inherent right of self-defense’”¹⁶.

If the actions referred above –the majority of which are excluded from Article 2(4) by proponents of the gravity threshold– rise to the level of armed attack and trigger the right to self-defense, it is reasonable to assume that they also fall within the definition of force in Article 2(4).

In contrast, the *Corfu Channel* is frequently cited in support of the gravity threshold because the ICJ determined that the mine-sweeping operations were a violation of Albania’s sovereignty rather than a “demonstration of force”¹⁷. This precedent, according to Corten, ‘illustrates the need to cross a certain threshold of gravity before characterizing an action as a use of force under Article 2(4)’¹⁸. This conclusion is because the Security Council did not invoke Article 2(4) when dealing with this issue, and because the mine-sweeping operation lasted some hours “without causing any injury or damage”¹⁹.

However, there are several problems with these conclusions. Firstly, the Security Council is a political body that does not always speak in legal terms. As a result, the absence of an express reference to Article 2(4) does not exclude the possibility that the minesweeping was an act of force. Secondly, this case was brought before the ICJ under a special agreement, with the question of whether the United Kingdom’s actions violated Albania’s sovereignty, rather than whether such violation related to Article 2(4).²⁰ In *Continental Shelf* (Libya v. Malta), the ICJ determined in that it could not exceed its jurisdiction conferred in special agreements²¹. Thus, it is probably that the ICJ did not consider the UK’s operation to be a use of force because it fell outside the jurisdiction conferred, and not because it did not believe that it had not caused any injury or damage.

c. State practice is insufficient to support a restrictive interpretation of Article 2(4)

The lack of condemnation of forcible acts under Article 2(4) is frequently used as evidence of a gravity threshold. Corten cited Adolf Eichmann and Manuel Antonio Noriega’s abduction to support this claim, asserting that none of the victim States invoked Article 2(4) when such abductions occurred.

However, omissions may be unrelated to international law. As resolved in the *Lotus* case, silence is not

¹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1986, page 14, para. 195.

¹⁶ *Oil Platforms* (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2003, page 161, para. 72; RUY, Tom (2014): “The meaning of “Force” and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are “Minimal” Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)”, *American Journal of International Law*, vol. 108, N° 2, p.166.

¹⁷ *Corfu Channel* (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania*), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1949, page 35.

¹⁸ CORTEN, Olivier and SUTCLIFFE, Christopher (2010): *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (London, Hart Publishing) p.70.

¹⁹ CORTEN, Olivier and SUTCLIFFE, Christopher (2010): *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (London, Hart Publishing) pp. 6970.

²⁰ RUY, Tom (2014): “The meaning of “Force” and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are “Minimal” Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)”, *American Journal of International Law*, vol. 108, N° 2, p.166.

²¹ *Continental Shelf* (*Libyan Arab Jamahiriya v. Malta*), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1985, page 13, para. 19.

always evidence of customary law when the *opinio juris* is absent²². Accordingly, several reasons, which are not necessarily of legal nature, can explain why Argentina and Panama did not protest based on Article 2(4). First, as Ruys correctly pointed out, elements of justice and responsibility may have influenced Argentina's decision to bring the Eichmann kidnapping as a violation of its sovereignty rather than a use of force case²³. As such, presenting this case as a violation of Article 2(4) may have been interpreted as an endorsement of Eichmann's crimes during World War II, which ultimately could have had a negative impact on Argentina's political and international reputation. A similar argument applies to the abduction of Noriega in Panama, since protesting against the United States for abducting Noriega as part of military intervention in 1989 could have been interpreted as an act of approval of Noriega's dictatorial regime by the newly elected government. It could thus be argued that, despite having been invaded by the United States, representatives of Panama's new democratic government voted against the United Nations General Assembly Resolution 44/240 – which condemned the use of force by the United States against Panama²⁴ – because of the domestic political consequences rather than legal consequences.

As the two cases cited above demonstrate, the absence of condemnation of forcible acts under Article 2(4) does not imply the existence of an international customary international law supporting the gravity threshold in Article 2(4). As explained, the silence of States in these instances is not evidence of *opinio juris*, because the absence of such a claim may be based on political and not necessarily legal grounds.

III. Should minimal uses of force be excluded from article 2(4)?

Conducts below the so-called gravity threshold should not be excluded from Article 2(4) because doing so could endanger international peace and security. First, in the absence of an objective way of measuring the gravity of conducts, States may resort to acts of disproportionate force as countermeasures in response to conducts below the gravity threshold, which is not currently permitted under the rules of State responsibility.²⁵

Allowing States to use minimal acts of force through countermeasures to repel any act of force below the minimum threshold could lead to disproportionate use of force, which in turn could generate further responses by one of the States and, consequently, an escalation of the conflict that might endanger international peace and security. For instance, one State might invade the territory of another State for the sole purpose of abducting a suspected terrorist. In response, the invaded State may use military force against the intruding State, justifying its actions as a countermeasure. As a result, the intruding State may argue that the use of military force was disproportionate and may subsequently respond with greater force. Since such escalation of force poses a real threat to international peace and security, Article 2(4) should continue to regulate all acts of force, regardless of their gravity or intensity, as it does now.

²² *The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Permanent Court of International Justice, Judgment, Series A No. 10, 1927, page 28; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 1986, page 14, para. 188.

²³ RUYS, Tom (2014): “The meaning of “Force” and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are “Minimal” Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)”, *American Journal of International Law*, vol. 108, N° 2, p.168.

²⁴ UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY: “Effects of the military intervention by the United States of America in Panama on the situation in Central America”, A/RES/44/240 (29 December 1989).

²⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION: “Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts”, A/56/10 Supplement No. 10, Art.50. (2001).

IV. Conclusion

This paper has demonstrated that minimal uses of force are not and should not be excluded from Article 2(4). Firstly, the phrase “or any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations” of Article 2(4) and the *travaux préparatoires* of the UN Charter provides strong evidence to argue that the object and purpose of Article 2(4) were to prohibit all types of forces, including those with minimal effects. Secondly, the distinction made in *Nicaragua* between “most grave forms” and “other less grave forms” of forces highlighted proves that conducts do not have to be grave to qualify as force. This means, in other words, that even discussions on the intensity and gravity of acts of force are considered to fall within the scope of Article 2(4). Thirdly, there is no evidence of *opinio juris* to support the existence of customary international law regarding the exclusion of less grave uses of force. As explained, although on several occasions States have avoided using the language of Article 2(4) to condemn forcible acts, this is often for political reasons. Finally, the law on the prohibition of the use of force should remain as it is, since excluding acts of force from Article 2(4) on the basis of their intensity or gravity could threaten international peace and security. As demonstrated, excluding less grave forms of forces from Article 2(4) would imply that the State’s responsibility regime would cover such types of acts. If so, States would be allowed to resort to force through constant and mutual countermeasures, which could ultimately escalate violence strong enough to compromise international peace and security.

Sin registro, sin derechos*

ANDREA TEJERA^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: aetejear@gmail.com

Recibido: 15 de enero de 2022

Aceptado: 20 de enero de 2022

Resumen

El presente trabajo analiza el impacto de la apatridia para el disfrute de los derechos humanos y su realidad en Panamá. Para ello inicia analizando: (i) el derecho a la nacionalidad como facilitador de otros derechos, (ii) la realidad en el Registro Civil de Panamá, (iii) las inscripciones tardías de nacimiento y el riesgo de apatridia, (iv) el marco legal internacional orientado a la prevención de la apatridia, y (v) el panorama nacional y acciones que se han tomado para evitar dicho estado de vulnerabilidad.

Palabras clave: derechos humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, apatridia, derecho a nacionalidad, derecho panameño, Convención para Reducir los Casos de Apatridia, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

Abstract

This paper analyzes the impact of statelessness in the enjoyment of human rights and its current status in Panama. It begins by analyzing (i) the right to nationality and how it facilitates the enjoyment of other rights, (ii) Panama's Civil Registry factual status, (iii) the late birth registrations and the risk of statelessness it entails. It concludes by offering a survey of (iv) the international legal framework aimed at preventing statelessness, and (v) the national panorama and the actions undertaken by the Panamanian state in order to prevent such state of vulnerability.

Keywords: human rights, Universal Declaration of Human Rights, statelessness, right to a nationality, Panamanian law, Convention on the Reduction of Statelessness, Convention relating to the Status of Stateless Persons.

* En caso de conocer de algún caso de una persona sin inscripción de nacimiento y desea solicitar asistencia en su tratamiento escribir a registrocivil@tribunal-electoral.gob.pa. o apersonarse a cualquiera de las Direcciones Regionales de Registro Civil a nivel nacional.

^ψ Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Santa María La Antigua, *Magna Cum Laude*); Diplomado en Derecho Procesal Constitucional e Instituciones de Garantía (Universidad Latina); Especialista en Docencia Superior (Universidad del Istmo); Maestría en Derecho Internacional (Bangor University, Distinction, *Chevening Scholar*). Coordinadora de la sección de inscripciones tardías de la Dirección Nacional de Registro Civil, Tribunal Electoral de la República de Panamá. Participante de diversos talleres y seminarios sobre derecho registral, nacionalidad, apatridia y refugiados.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos¹ [...]”, es la premisa que lamentablemente no se concreta para quienes no existen para el Estado.

Setenta y tres años después de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el resto de los instrumentos internacionales que velan por la protección de la dignidad humana, en diferentes partes del mundo seguimos vislumbrando grupos de personas a quienes estos derechos no les llegan, no los tocan, porque “no existen”.

En nuestro país se establece que “la existencia de la persona natural principia con el nacimiento [...]”², sin embargo, ¿qué tan susceptibles somos de contraer derechos y obligaciones si para el Estado, “no existimos”?

Los indocumentados, los apátridas, quienes pierden la batalla contra el sistema registral de sus países, entre otros, son los fantasmas “en papel”, que esperan día a día por esa oportunidad de ser escuchados y considerados libres e iguales como el resto de los hombres y mujeres.

Aun cuando Panamá tiene una de las tasas de subregistro más bajas a nivel de la región³, no se escapa de tener personas parcialmente indocumentadas o inclusive sin registro de nacimiento. En barrios no tan lejanos al centro de la ciudad, aun podemos encontrar adultos mayores, niños en estado de abandono, poblaciones migrantes y en pobreza multidimensional, a quienes, por su condición de vulnerabilidad, se les suman barreras probatorias y legales adicionales para poder “validar su existencia”, y por ende ser sujetos de derechos y obligaciones.

Es por esto que el acceso a una nacionalidad y a ser registrado en un Estado, se ha convertido, en diversas partes del mundo, en una paradoja para quienes, por más que les asiste el mismo, se ven imposibilitados de ejercerlo, ante los obstáculos que las legislaciones internas de dichos estados les establecen, y que subsecuentemente les privan el acceso a otros derechos.

Lamentablemente, este cuestionamiento no se hace extraño a nuestros tiempos, toda vez que, desde mediados del siglo XX, Hanna Arendt, una de las mentes más influyentes de la teoría política de su época⁴, se cuestionó, si es que existe tal condición como lo es el “derecho a tener derechos”⁵, al haber sido ella misma despojada de su nacionalidad.

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), art. 1.

² Código Civil, Panamá, art. 41.

³ Banco Interamericano de Desarrollo (2007): “El Subregistro De Ciudadanos”. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-subregistro-de-ciudadanos-Panam%C3%A1.pdf>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2022.

⁴ Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2019) “Hannah Arendt”. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/arendt>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2022.

⁵ HAYDEN, Patrick (2014): “*Hannah Arendt*” (Editorial Routledge, Taylor and Francis, primera edición).

En la Alemania Nazi de Arendt, al ser una descendiente judía, fue obligada a ser, por muchos años, una persona apátrida, lo cual le hizo vivir de primera mano, como la pérdida de su nacionalidad y ciudadanía significó también, la pérdida del resto de sus derechos humanos⁶.

Para Arendt, los “sin derechos”, son el resultado de la privación a pertenecer a una comunidad que pueda reconocer su esencia legal y humana, ya que, ante su experiencia, se demostró que no es suficiente el solo hecho de “ser persona”, sino que se hace necesario también ser parte de una comunidad política⁷.

En la actualidad, la teoría de Arendt no pierde validez, al reflejarse aún, como lo hemos establecido, que día a día, las personas sin registros son en efecto, a quienes más se les dificulta tener acceso a otras garantías fundamentales.

La nacionalidad como puente a otros Derechos Humanos

En este mundo que avanza a pasos agigantados, hoy en día requerimos de un registro y una identificación para las gestiones más cotidianas de nuestra vida. Desde ingresar a la escuela, como recibir atención médica, hasta poder aspirar a un trabajo digno e inclusive formar una familia. El no tener identificación o registro de nacimiento efectivo, se traduce en tampoco poder garantizar, en la mayoría de los casos, la protección de los derechos humanos y dignidad de una persona.

Es así, que tener una nacionalidad, como bien lo estipuló en su momento Arendt, se convierte en el “derecho a tener otros derechos”⁸; situación que muchas veces es desapercibida y subestimada por quienes hemos tenido la oportunidad de obtener nuestros registros de nacimiento e identificaciones en tiempo oportuno, y así tener identidad y pertenencia.

Grosso modo, la nacionalidad fue definida en 1955 por la Corte Internacional de Justicia como “un vínculo legal que tiene su base en una realidad social de unión, una genuina conexión de existencia, interés y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos”⁹, reiterando así que, la relación estrecha entre la misma y una colectividad particular.

De manera similar, en el año 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC 4/84, estableció lo siguiente respecto a la nacionalidad:

“La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado, por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática [...]”¹⁰.

⁶ HAYDEN (2014) pp. 108-112.

⁷ MOYN, Samuel y otros (2018): “*The Right to Have Rights*” (Verso Books).

⁸ ARENDT, Hannah (1958): “*The Origins of Totalitarianism*” (Harcourt, Brace & Company).

⁹ *Nottebohm (Liechtenstein c Guatemala)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia, I.C.J. Reports 1955.

¹⁰ PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA RELACIONADA CON LA NATURALIZACIÓN (1984): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84, Serie A N° 4, párr. 35.

Dicha definición de la Corte se ha mantenido en el tiempo, al incluirse posteriormente de forma contundente en los casos de Castillo-Petruzzi vs. Perú¹¹, así como en los casos de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana¹² e Ivcher Bronstein vs. Perú¹³.

Bajo este supuesto, y por su doble atributo proteccionista, la nacionalidad se ha consagrado como un derecho de carácter universal y fundamental para todo ser humano¹⁴, ya que su ausencia o privación, invalida en gran medida la protección legal y ejercicio de otros derechos que una persona tendría si fuera nacional de un estado¹⁵.

En ese sentido, una persona apátrida, es toda aquella que no es considerada nacional de un Estado, conforme a la legislación interna de este¹⁶. Las implicaciones que esta situación trae para un individuo no pudieron haber sido mejor definidas que con una analogía expresada por la propia Arendt, quien indicó en su momento, que la apatridia es el nuevo fenómeno en masa de la historia contemporánea, en donde los apátridas son el grupo que “más síntomas presenta”¹⁷.

El hecho de que actualmente se estime que la apatridia (de facto) afecta a aproximadamente unas 10 millones de personas en el mundo¹⁸, pese a que se contraponen a los preceptos establecidos en los artículos 1, 2 y 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere a que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que no deberá existir distinción alguna para el ejercicio de los derechos y libertades consagradas en dicho instrumento; solo refleja la realidad del problema planteado, razón por la cual, la comunidad internacional aboga por el compromiso de todos los países en fortalecer sus sistemas registrales y de prevención de la apatridia.

La realidad registral del Panamá

En Panamá, la Ley 31 del 25 de julio del 2006 es aquella que regula el registro de hechos vitales y actos jurídicos y reorganiza la Dirección Nacional de Registro Civil. Ha sido modificada tres veces¹⁹ y reglamentada por el Decreto No. 3 del 11 de febrero del 2008.

A nivel de la región, el sistema registral de Panamá se ha caracterizado por ser robusto e integrado, asegurando en la medida de lo posible, el registro oportuno de los nacionales en atención a la legislación vigente, la cual, entre otros aspectos, ordena la inscripción oficiosa de los nacimientos

¹¹ *CASTILLO-PETRUZZI Y OTROS vs. PERÚ* (1999): Corte Interamericana de DD.HH, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 52, párr. 99.

¹² *NIÑAS YEAN Y BOSICO vs REPÚBLICA DOMINICANA* (2005): Corte Interamericana de DD.HH, Sentencia, Serie C N° 130, párr. 136.

¹³ *IVCHER BRONSTEIN vs. PERÚ* (2001): Corte Interamericana de DD.HH, Sentencia, Serie C N° 74, párr. 91.

¹⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: A/HRC/20/L.8 (5 de julio de 2012); NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: A/HRC/20/L.9 (5 de julio del 2012).

¹⁵ STEINER, Christian y URIBE, Patricia (2013): “*Convención Americana Sobre Derechos Humanos*” (Konrad Adenauer Stiftung).

¹⁶ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (28 de septiembre de 1954), art. 1.

¹⁷ ARENDT (1958) p. 277.

¹⁸ ACHIRON, Marilyn y GOVIL, Radha (2014): “*Nationality And Statelessness*” (United Nations High Commissioner for Refugees).

¹⁹ Ley N°17 de 22 de mayo de 2007; Ley N°75 de 17 de noviembre de 2009; Ley 79 de 22 de diciembre de 2009.

ocurridos con asistencia médica, si transcurridos los seis meses de ocurrido dicho nacimiento no se efectúa la declaración jurada que materialice su inscripción.

Esto explicaría el éxito que ha demostrado Panamá en prevenir el subregistro, considerando que se estima que entre el 91% y 94% de los nacimientos acaecidos en Panamá ocurren con asistencia médica²⁰. Para efectos registrales, los nacimientos pueden ser clasificados con asistencia médica, si ocurren dentro de una instalación de salud, y sin asistencia médica, cuando ocurren fuera de ellas, siendo estos últimos la gran minoría en nuestro país.

Durante los años 2019 y 2020, el Registro Civil realizó la inscripción de 147,078 nacimientos²¹, y aun cuando no se ha determinado una cifra exacta respecto a la cantidad de personas que se encontrarían en subregistro, en el año 2019, en atención a declaraciones realizadas por dicha institución, se estimó que el porcentaje de subregistro en Panamá estaría aproximadamente en un 2%²².

Lo cierto es que, la mayor parte de este porcentaje responde a las dificultades que encuentra la población vulnerable para realizar oportunamente los registros de nacimiento, por encontrarse en áreas de difícil acceso y de pobreza multidimensional; ser migrantes irregulares con temor de acudir a las autoridades a registrar a sus hijos nacidos en el territorio nacional, a razón de su propia indocumentación; población indígena migrante entre fronteras; entre otras muchas circunstancias que dificultan la materialización de los registros de nacimiento oportunos.

El Registro Civil cuenta actualmente con 16 oficinas regionales²³ y una Dirección Nacional, las cuales, con arduos esfuerzos, tratan de garantizar el registro de las personas y salvaguardar sus derechos humanos, siendo los custodios de la nacionalidad panameña. Aunado a su gestión se cuenta con diversas oficinas distritales a lo largo del país, sistemas de registros vía digital o en línea, con apoyo de las innovaciones tecnológicas, así como la movilización de cientos de registradores auxiliares en diversos puntos de difícil acceso de nuestro territorio.

No obstante, a toda esta maquinaria, año tras año se siguen registrando solicitudes de inscripciones de nacimiento a las cuales llamamos “tardías”, o que no se realizan en el tiempo que la ley estima para ello, volviéndose estos casos en posibles poblaciones en riesgo de no poder obtener la nacionalidad panameña.

El riesgo de apatridia y las inscripciones no oportunas

Si bien, la Ley 31 del 2006 no establece una definición para las “inscripciones tardías de nacimiento”, en atención al artículo 89 de su Texto Único, en Panamá, son consideradas así, aquellas solicitudes de

²⁰ Banco Interamericano de Desarrollo (2007) p. 20.

²¹ Tribunal Electoral de Panamá (2021): “Rendición De Cuentas 2020”. Disponible en: <https://www.tribunal-electoral.gob.pa/wp-content/uploads/2021/01/Rendición-de-Cuentas-TE-2020.pdf>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2022.

²² La Estrella de Panamá (2019): “Panamá Tiene Menor Porcentaje De Subregistro De Nacimientos De Latinoamérica”.

²³ Bocas del Toro, Coclé, Colón, Chiriquí, Darién y la Comarca Emberá-Wounaan, Herrera, Los Santos, Panamá Centro, Especial de Panamá Centro (El Dorado), San Miguelito, Panamá Este, Panamá Norte, Veraguas, Kuna Yala, Panamá Oeste y Especial de Arraiján.

inscripción de nacimientos ocurridos sin asistencia médica, que se realizan posterior a los 2 años de acaecido el hecho vital.

Siendo un trámite desconocido por muchos, para poder concretar estas inscripciones, se requiere de la presentación de un mínimo de dos testigos, que preferiblemente hayan residido en el lugar al momento en que ocurrió el nacimiento, y quienes deben declarar bajo la gravedad de juramento, que conocen las circunstancias de ese hecho vital, corroborando así la calidad de nacional panameño de quien se pretende inscribir²⁴.

Aunado a esto, estas solicitudes deben ser acompañadas de pruebas documentales que puedan corroborar el hecho vital, así como el Registro Civil podrá ordenar a los interesados a la práctica de pruebas adicionales que puedan aclarar los diversos puntos dudosos que se presenten a lo largo de la investigación.

Aun cuando a diferencia de otros países de la región²⁵, los trámites de inscripciones tardías de nacimiento en Panamá son gratuitos, no requieren de apoderado legal, no son judiciales, ni centralizados, ni tampoco tienen un límite de tiempo para ser presentados; siguen representando un gran reto para las poblaciones que se ven en la necesidad de realizar los mismos, siendo las condiciones que generaron en primera instancia su falta de inscripción oportuna, aquellas que también les dificultan el acceso a medios probatorios eficaces para cumplir con los requisitos que estipula la ley para acceder a tales peticiones.

Es por esto, que obtener una inscripción tardía de nacimiento se vuelve en una carrera probatoria, para quienes, viviendo en áreas de difícil acceso, no pueden encontrar testigos que puedan movilizarse para rendir las declaraciones juradas requeridas, o que, siendo adultos mayores, tampoco cuentan con documentos que prueben que su nacimiento ocurrió en el territorio panameño. Estas dificultades se exacerban cuando tratamos con nacimientos que ocurren en las fronteras entre Panamá, Colombia y Costa Rica, o se tratan de personas que siendo adultos nunca fueron declarados abandonados y desconocen por todos los medios sus orígenes o familiar alguno que pueda explicar las circunstancias de su nacimiento.

Según cifras proporcionadas por la Dirección Nacional de Registro Civil, durante los años 2011 a 2013, se inscribieron tardíamente a un aproximado de 1,123 personas, lo que en gran medida pudiese responder a los diversos programas de asistencia social que los gobiernos han estado implementando para apoyar a poblaciones en riesgo, los cuales, efectivamente, establecen como requisito la presentación de una cédula de identidad personal y, por ende, un registro de nacimiento, ya que en nuestro país ambos sistemas convergen bajo una sola numeración.

A la fecha, el número de solicitudes de inscripciones tardías de nacimiento que son negadas en el Registro Civil es muy bajo, sin embargo, son los titulares de estos trámites infructuosos, quienes, al no poseer otros medios para concretar su registro, se encuentran en un inminente riesgo de apatridia,

²⁴ Ley 31 del 25 de julio del 2006, art. 89.

²⁵ ACNUR y otros, 'Estudio Regional Sobre Inscripción Tardía De Nacimientos, Otorgamiento De Documentos De Nacionalidad Y Apatridia: Estándares, Mejores Prácticas, Barreras Y Desafíos En Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana Y Uruguay' (2021).

situación que hasta hace pocos años fue reglamentada en nuestro país, mediante el Decreto Ejecutivo No. 10 del 16 de enero del 2019²⁶.

El papel de los tratados internacionales en la prevención de la apatridia

La opinión consultiva 4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltó lo siguiente respecto a la intervención del derecho internacional en lo que corresponde a las legislaciones internas sobre concesión de nacionalidad:

“La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, **no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados** y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados **sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.**”²⁷

Esta misma línea se refleja en el emblemático caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, el cual menciona como el desarrollo del derecho internacional ha buscado detener el carácter discrecional que mantenían los estados respecto a la concesión de la nacionalidad:

“La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que, en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, **dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.**”²⁸

Como antecedente a lo expuesto, el 30 de agosto del año 1961, se adoptó la Convención para reducir los casos de Apatridia, entrando en vigor el 13 de diciembre de 1975, como esfuerzo subsecuente de la Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954. La misma, buscaba lo que para muchos significaría la realización concreta de lo establecido en el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, de que todas las personas pudiesen tener acceso a una nacionalidad²⁹.

²⁶ Decreto Ejecutivo 10 del 16 de enero de 2019. Gaceta Oficial 28696-A que reglamenta la Ley 28 del 30 de marzo 2011, que aprueba la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.

²⁷ Opinión Consultiva OC-4/84 (1984) párr. 32.

²⁸ Caso Niñas (2005) párr. 140.

²⁹ ACNUR /DIP/Unidad de Apatridia / C.5.CONV1961 (junio 2014).

A la fecha, setenta y siete son los estados parte de esta Convención³⁰, la cual establece en sus artículos, las diversas circunstancias en las cuales los estados parte se obligan a conceder la nacionalidad a una persona de que otra forma sería apátrida, concretando así alternativas vía derecho internacional, a los obstáculos que se reflejaban en las legislaciones internas.

Panamá, como bien expresamos anteriormente, por tener un sistema registral fuerte, así como permitir la adquisición de la nacionalidad panameña vía *ius sanguinis* e *ius soli*³¹, refleja un porcentaje bajo de personas que pudiesen encontrarse en situación de riesgo de apatridia. No obstante, y a fin de garantizar la protección de las mismas, mediante la Ley 29 del 30 de marzo del 2011, aprobó en nuestro país la precitada Convención, brindando así remedios jurídicos adicionales y vía control convencional al Registro Civil, respecto a las peticiones de aquellas personas que se encontraran en los parámetros allí establecidos.

De igual forma, nuestro país fue uno de los primeros a nivel de la Región en reglamentar la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas³², que como bien mencionamos, en el 2019 pasa a designar al Ministerio de Relaciones Exteriores como el ente central de realizar los procedimientos de declaratoria de apatridia, habiéndose registrado únicamente un caso a la fecha³³.

En general, grande es el esfuerzo que se ha evidenciado de las diferentes instituciones de nuestro país en implementar legislación de avanzada, así como ejecutar diversas soluciones jurídicas interinstitucionales, en aras de garantizar el derecho a la nacionalidad enfocado en los estándares internacionales. Por el momento, Panamá mantiene el reto de regular el artículo 55 del Decreto 10 del 16 de enero del 2019, el cual busca la aprobación de instrumentos jurídicos que garanticen el acceso a la naturalización de las personas que sean declaradas apátridas, siendo los pioneros en la región Costa Rica y Brasil.

El problema es materializar el derecho, pero es posible.

No cabe duda, a nuestra consideración y posterior a todo lo expuesto, que los registros de nacimiento son una forma de materializar el resto de los derechos humanos de una persona.

António Guterres, en su pasado rol como Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, expresó que “la apatridia es una profunda violación de los derechos humanos. Sería muy poco ético perpetuar el dolor que causa cuando las soluciones están tan evidentemente al alcance”³⁴.

De allí y conforme a lo establecido en el Plan de Acción para acabar con la Apatridia³⁵, no podemos dejar de resaltar la importancia que tiene el fortalecimiento de los sistemas registrales de hechos vitales

³⁰ Naciones Unidas (2022): “United Nations Treaty Collection (UNTC)” Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5&clang=en. Fecha de consulta: 9 de enero de 2022.

³¹ Panamá, Constitución de la República, (11/10/1972) art. 9.

³² CAMARGO, Johanna (2019): “PANAMÁ SE CONVIERTE EN PAÍS LÍDER EN LA LUCHA CONTRA LA APATRIDIA EN EL CONTINENTE AMERICANO” (Ministerio de Relaciones Exteriores) Disponible en: <https://mire.gob.pa/panama-se-convierte-en-pais-lider-en-la-lucha-contra-la-apatridia-en-el-continente-americano>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2022.

³³ Ministerio de Relaciones Exteriores. Gaceta oficial 29254, del 1 de abril del 2021.

³⁴ CANO LINARES, María Ángeles (2019): “Los Robinyás, Apátridas Perseguidos Del Siglo XXI” (Editorial Dykinson, SL).

³⁵ CANO LINARES (2019).

en el mundo, por el papel que juegan en prevenir las violaciones a los derechos humanos que ya hemos mencionado, situación que, en muchos casos, es transmitida de generación en generación.

Pocas veces considerado, el tener un Registro Civil integrado y una legislación amplia que sustente su alcance y alternativas, nunca había sido tan importante en estos tiempos, en donde la identificación oportuna es un indispensable y debería ser considerada un elemento fundamental de la dignidad e identidad humana.

En el 2021, la Convención para prevenir los casos de apatridia, cumplió 60 años de haber sido aprobada, y aun cuando seguimos registrando personas en el mundo sin nacionalidad, no podemos dejar por alto que desde que se lanzó en el 2014 la campaña del ACNUR “I Belong” o “Yo Pertenezco”, más de 400,000 personas apátridas lograron adquirir una nacionalidad³⁶.

En lo que a América Latina particularmente se refiere, aunado a la gran lista de países que han adoptado legislaciones para prevenir la apatridia, en el año 2018, nuestro país vecino Costa Rica, registró la primera naturalización de una persona apátrida en la región. Indicó en su momento en declaraciones, el Director del Registro Civil de dicha nación:

“Ya no volverá a vivir la infinidad de momentos difíciles que debió atravesar por ser apátrida. Ahora podrá votar y tener acceso a servicios médicos, bancarios, ayudas estatales y a todos los beneficios y derechos que tiene un ciudadano costarricense.”³⁷

De igual forma, desde el 2014, en atención a los compromisos que Panamá adquirió en cuanto a lo que erradicación de la apatridia se refiere, se ha trabajado de manera conjunta con el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica en un proyecto que busca garantizar las inscripciones de nacimiento de las poblaciones indígenas migrantes correspondientes a las fronteras entre ambos países, acuñando así desde esa fecha más de 23,000 trámites realizados³⁸.

Afortunadamente, no sería posible listar en un solo artículo todos los esfuerzos que se están concretando a nivel mundial a favor de esta causa. Lo anterior, nos llena de entusiasmo y esperanza, y nos hace pensar a su vez, que con la unificación del compromiso demostrado por todos los países, instituciones y organizaciones internacionales, sí es posible materializar una sociedad que a futuro, no tenga personas sin registro, y por ende tampoco, personas sin derechos.

³⁶ UNHCR (2021): “ACNUR Exhorta A Gobiernos A Acelerar Avances Y Resolver La Situación De Las Personas Apátridas En El Mundo”. Disponible en: https://www.acnur.org/noticias/press/2021/11/61833a894/acnur-exhorta-a-gobiernos-a-acelerar-avances-y-resolver-la-situacion-de.html#_ga=2.24137656.342222225.1636046845-1915330617.1619635535. Fecha de consulta: 12 de enero de 2022.

³⁷ UNHCR (2018): “Costa Rica: Primer Caso De Naturalización De Persona Reconocida Como Apátrida En América Latina”. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2018/6/5b1eccc4/costa-rica-primer-caso-de-naturalizacion-de-persona-reconocida-como-apatrida.html>. Fecha de consulta: 12 de enero de 2022.

³⁸ UNHCR (2018).

Del Estado constitucional de Derecho al Estado convencional de Derecho*

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: rigonzalezm@usma.com.pa

Recibido: 1 de enero de 2022
Aceptado: 15 de enero de 2022

Resumen

El presente trabajo explora la relación existente entre el derecho constitucional de un Estado y el “control de convencionalidad”, incluyendo las obligaciones internas e internacionales que derivan de este último, bajo el contexto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, el trabajo contiene (I) una introducción breve sobre la naturaleza y funciones de un estado constitucional, (II) la explicación de la transición de un estado constitucional de derecho a un estado convencional, (III) el análisis de la necesidad de la armonía entre el estado constitucional y el estado convencional, y unas (IV) conclusiones sobre la convencionalidad y el fortalecimiento de los derechos humanos.

Palabras clave: Control de Convencionalidad, Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos, Estado Constitucional y Convencional, Responsabilidad Internacional, Adecuación del Derecho Interno, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos.

Abstract

This paper explores the existing relationship between the constitutional law of a State and the “control of conventionality”, including the international and domestic obligations that arise from the latter, under the context of the Inter-American Convention on Human Rights. To this end, the paper offers (I) a brief introduction on the nature and functions of a constitutional state, (II) an explanation detailing the transition of a state’s constitutional rule of law to a conventional rule of law, (III) an analysis establishing the necessity of a co-existence between a constitutional rule of law and a

* Trabajo inicialmente publicado en “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad” por la Procuraduría de la Administración, Departamento de Derechos Humanos.

^Ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá); Especialista en en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid); Especialista en Docencia Superior (Universidad de Panamá); Doctor en Derecho (Universidad Santa María La Antigua). Ex Secretario General del Ministerio Público de la República de Panamá. Procurador de la Administración. Profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho (Universidad Santa María La Antigua); Profesor Adjunto de Derecho Internacional y Derechos Humanos (Universidad del Istmo). Autor de más de treinta títulos de su especialidad y en temáticas vinculadas al control de convencionalidad.

conventional rule of law, and, lastly, some(IV) conclusions on the topic of conventionality and the strengthening of human rights.

Keywords: Conventionality Control, Human Rights, Inter-American Convention on Human Rights, Constitutional and Conventional Rule of Law, Adequacy of Domestic Law, Inter-American System for the Protection of Human Rights.

I. Una explicación introductoria.

No cabe duda de que la instauración del denominado Estado constitucional de Derecho, tal y como hoy día se le concibe, ha significado un gran avance en cuanto a la limitación del poder del Estado se trata, así como en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Con el afianzamiento de esta modalidad del Estado de Derecho, la idea de la existencia de la Constitución como la norma de superior jerarquía se fortalece. Ello, no obstante, la evolución en procura de reconocer y garantizar nuevos derechos fundamentales no termina, en manera alguna, con los derechos así regulados en la Constitución. Se entiende, de esa manera, que de lo que se trata ahora es de ampliar tales derechos y hacerlos eficaces a lo interno de los Estados, que es lo que se busca con la aprobación de los tratados y convenciones sobre derechos humanos. Esto ha dado lugar a que haya cambiado el paradigma en cuanto a la tutela de los derechos humanos, al reconocerse la jurisdicción de protección de los derechos así regulados en dichos instrumentos internacionales. Las reflexiones que se exponen en el presente trabajo pretenden dar unas luces al respecto.

II. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho.

Cuando en la doctrina se debate sobre lo que implica el Estado constitucional de Derecho, se está aludiendo a aquel tipo o modalidad de Estado de Derecho que se sustenta, sobre la base de la existencia de una Constitución que responde, a una concepción doctrinal concreta y que posee, además, plena eficacia normativa. Es decir, aludir al Estado constitucional de Derecho implica referirse, a un Estado que cuenta con una Constitución que responde, a su vez, a lo que se conoce como el constitucionalismo y que, como norma jurídica, la Constitución despliega su fuerza normativa a fin de garantizar, por una parte, los derechos fundamentales y, por la otra, como límite al ejercicio del poder político del Estado. A partir de ahí, ante tal supuesto, la Constitución así existente, así entendida, se impondrá sobre el resto de las otras normas jurídicas que se elaboren y aprueben en dicho Estado.

En concreto, el Estado constitucional de Derecho se fundamenta, en lo que ha venido a conocerse, como el principio de supremacía constitucional. De acuerdo con dicho principio, la Constitución, además de establecerse como norma jurídica, se le concibe como la norma jurídica de supremacía sobre todas las demás leyes y normas jurídicas del Estado.

De acuerdo con este principio, como lo anota Néstor Pedro Sagües, “el sector más significativo”, de las normas constitucionales, “goza de un rango o alcurnia superior al resto del derecho positivo: tiene supremacía, de tal modo que las normas inferiores o las conductas opuestas a él, son jurídicamente inválidas”¹.

¹ SAGÜES, Néstor Pedro (1992): *Los principios específicos del Derecho constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 27-28.

El surgimiento, establecimiento, desarrollo y consolidación del Estado constitucional vino a representar, de ahí, el cambio de todo un paradigma tanto político como jurídico. Esto es así toda vez que, a partir de ahí, se ha venido a entender, que todos los poderes constituidos del Estado constitucional, incluyendo el poder legislativo, quedarían sometidos a lo previsto en la Constitución. De esta manera, el poder político quedaba sujeto, en sus diversas formas de actuación, a lo que se tenía previsto en la Constitución, con lo que era posible garantizar, de acuerdo con unos parámetros mínimos, el ejercicio de los derechos fundamentales regulados en tal norma suprema.

Para hacer efectivo dicho principio de supremacía constitucional, se configuró, de acuerdo con distintos modelos, todo un control de la constitucionalidad. Surgió, de esa manera, lo que con el tiempo ha venido a llamarse, desde ciertos sectores de la doctrina, como la justicia o jurisdicción constitucional.

Dicho control de constitucionalidad permite, a través de un proceso jurisdiccional, poder verificar, previa confrontación entre la norma de inferior jerarquía y la Constitución, si aquélla se ajusta, o si es conforme o no con la norma suprema constitucional. De comprobarse que la norma o ley cuestionada es infractora de la Constitución, se produce la inconstitucionalidad de ésta, por lo que se hace prevalecer, de ahí, la Constitución por ser ésta la norma de superior jerarquía de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

Es esto lo que constituye la característica esencial del denominado Estado constitucional de Derecho. Un Estado que se sustenta sobre la existencia de una norma de superior jerarquía a las otras, y que se hace valer, vía el control de constitucionalidad, al objeto de hacer efectivo los límites establecidos al poder político en ella formulado, los que se hace con miras a garantizar los derechos fundamentales en la Constitución reconocidos.

De lo sucintamente expuesto y explicado, se derivan las que pudieran considerarse, como las particularidades que configuran, y permiten distinguir, lo que constituye un Estado constitucional de Derecho. Dichas particularidades podrían enunciarse de la siguiente manera:

- i) para que exista un Estado constitucional de Derecho, se requiere que se establezca previamente, una Constitución;
- ii) que dicha Constitución responda a lo que se conoce como el constitucionalismo, entendiendo por éste, toda una corriente jurídico-política, según la cual, la Constitución debe contener, toda una serie de valores y principios en base a los cuales, el poder político del Estado ha de quedar limitado y condicionado, en su ejercicio, a lo establecido en la Constitución, y además, que en esta norma de superior jerarquía, han de quedar reconocidos, toda una serie de derechos a favor de los integrantes de la sociedad, derechos que pasan a denominarse, como derechos fundamentales;
- iii) que, por razón de lo anterior, al ser la Constitución, la norma de superior jerarquía, todas las demás leyes y normas jurídicas, como la actuación de todas las autoridades del Estado, han de quedar sujetas a lo previsto en la Constitución;

iv) y que para que lo configurado en la Constitución se respete y sea eficaz, ésta ha de contar con un mecanismo jurisdiccional, que haga posible imponerla, ante todas las leyes y actuaciones que le sean contrarias, mecanismo que se conoce como el control de constitucionalidad.

Éstas, a grandes rasgos, y para los fines de las presentes reflexiones, vendrían a ser las particularidades que permiten identificar, hoy día, lo que constituye un Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, ¿qué ha venido a cambiar, con el surgimiento de lo que se conoce en la doctrina, como el control de convencionalidad? Que ahora, además del control de constitucionalidad, han de contar, tener presente y llevar a cabo los operadores del sistema de administración de justicia, un control de convencionalidad. Expresado esto, la pregunta que se impone es, ¿de qué trata y en qué consiste dicho control de convencionalidad?

Al objeto de tener una idea preliminar de lo que trata el control de convencionalidad, y que nos permita dar respuesta a la pregunta formulada, consideramos pertinente citar, lo que sobre este control nos dice el jurista paraguayo, Pablo Darío Villalba Bernié, cuando señala que:

“El control de convencionalidad constituye una noción que se ha puesto de moda en el derecho interamericano, marcando un sendero a seguir en la estela de la armonización del orden jurídico interno con el orden internacional de los derechos humanos, dos estamentos que necesitan sintonizar la misma frecuencia, y que, por medio del control de convencionalidad, si bien no podría asegurarse su compenetración irrestricta se abren surcos para que así sea en el futuro”².

A ello adiciona el citado jurista de Paraguay, al objeto de precisar la idea planteada sobre lo que es el control de convencionalidad, que:

“En líneas generales, el control de convencionalidad dimana del ‘principio de convencionalidad’ ligado a la obligación que tienen los Estados de adoptar en el derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos”³.

Como se deduce de lo expuesto por el autor citado, al existir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surge, de parte de los Estados que la han ratificado, su obligación de adecuar y hacer conforme su derecho interno, a los parámetros fijados en dicha Convención en materia de derechos humanos. La obligación así contraída surge, como lo expresa el citado jurista, del “principio de convencionalidad”, mediante el cual se exige, que el derecho interno de los Estados Parte de la Convención Americana sea conforme a su contenido, lo que se establece así, a objeto de hacer efectivos y garantizar en dichos Estados, los derechos humanos en tal Convención regulados.

² VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío (2017): *Jurisdicción supranacional*. (Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica) pp. 509.

³ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío (2017): *Jurisdicción supranacional*. (Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica) pp. 509.

Esta idea tomó mayor relevancia, a raíz del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cuando en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este tribunal supranacional dejaba consignado lo siguiente:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁴.

En base al criterio doctrinal como al jurisprudencial expuesto, nos es posible contar con los elementos mínimos y necesarios como para poder dar respuesta, a la pregunta que nos formuláramos en cuanto a saber, de qué trata y en qué consiste el control de convencionalidad.

En ese sentido, el control de convencionalidad es el mecanismo mediante el cual, es posible entrar a verificar, si el derecho interno de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es o no conforme a los parámetros convencionales que sobre derechos humanos se

⁴ ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE (2006): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C N° 154.

establecen en dicha Convención, así como a la jurisprudencia que sobre ésta emita la Corte Interamericana.

El control de convencionalidad tiene, de ahí, un objetivo claro y preciso, hacer efectivo, a lo interno de los Estados Parte de la Convención Americana, los derechos humanos, para lo cual el derecho interno del Estado de que se trate, de no ser conforme con los parámetros convencionales, deberá adecuarse, ajustarse, hacerse conforme y, de ser el caso, removerlo, no aplicarlo o derogarlo, por ser contrario o menoscabar los derechos humanos previstos en la Convención.

Lo importante y fundamental es que, a partir de la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, emitida por la Corte Interamericana por razón del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, se dispuso, como se vio, que todos los jueces del Poder Judicial, deben “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”, y que, “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”.

En la medida en que los jueces de los Estados Parte de la Convención Americana, deben ejercer un control de la convencionalidad, ello traerá en la práctica, que éstos cuenten, además del control de constitucionalidad, como de los otros mecanismos propios que establece su Constitución, para la protección de los derechos fundamentales, este otro mecanismo que está dirigido, y tiene como propósito, proteger y por tanto garantizar, a lo interno de sus países, los derechos humanos reconocidos en la Convención. Con posterioridad al Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, la Corte Interamericana ha ido delineando, desarrollando y consolidando, toda una doctrina jurisprudencial con respecto al control de convencionalidad que compete llevar a cabo, a todos los jueces del Poder Judicial de los Estados Parte de la Convención Americana.

En ese sentido, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, la Corte Interamericana, al proferir la Sentencia de 24 de noviembre del 2006, dejaba señalado lo siguiente:

“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”⁵.

⁵ AGUADO ALFARO Y OTROS (“TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO”) VS. PERÚ (2006): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 158.

En este otro criterio jurisprudencial, la Corte Interamericana deja consignado otro aspecto que resulta de suma importancia a tener presente, con relación al control de convencionalidad que han de ejercer, todos los jueces a lo interno de sus países al ser sus Estados Parte de la Convención Americana. Dicha particularidad consiste, en que el control de convencionalidad que han de poner en práctica los jueces, lo tienen que ejercer de oficio, lo que significa que no han de esperar que alguna de las partes del caso que conocen así se lo requiera.

Es decir, y acorde a lo señalado por la Corte Interamericana, un juez no tiene que esperar que alguien le solicite que ejerza el control de convencionalidad, es el juez, por razón de sus funciones, quien, por propia iniciativa, o, lo que es lo mismo, de oficio tiene que llevar a cabo el control de convencionalidad, lo que ha de hacer a objeto de hacer efectiva la Convención Americana, y con ello garantizar los derechos humanos en ésta regulados. De lo antes planteado con respecto al control de convencionalidad, y que nos permite tener, a grandes rasgos, unas ideas sobre de lo que trata dicho control, se derivan una serie de particularidades que hacen posible, poder precisar, el cambio de concepción que se produce con el establecimiento del control de convencionalidad, en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Tales particularidades podemos resumirlas de la manera siguiente:

- i) cuando un Estado ratifica un tratado o convención sobre derechos humanos, asume un compromiso que lo obliga a hacer efectivos, a lo interno de su ordenamiento jurídico, los derechos que en el tratado o convención se reconocen;
- ii) ese compromiso entraña, a su vez, el deber de parte del Estado de adecuar y hacer conforme su derecho interno, al contenido del tratado o convención, de forma que los derechos humanos así reconocidos, se garanticen acorde al objeto y fin de lo establecido en tal acto internacional;
- iii) dicho compromiso conlleva, en consecuencia, el deber de adoptar, aprobar o adecuar su derecho interno, a lo previsto en el tratado o convención y, de ser el caso, remover, derogar, suprimir o eliminar todas aquellas leyes o normas jurídicas que sean contrarias, menoscaben, vulneren u omitan los derechos humanos que el Estado se comprometió a cumplir;
- iv) es por ello por lo que, al objeto de poder proteger y hacer efectivos los derechos humanos, todos los jueces del Poder Judicial, están obligados a poner en práctica, de oficio, un control de convencionalidad cuando, en el ejercicio de sus competencias, verifiquen que una ley o norma jurídica, es contraria o infractora del tratado o convención sobre derechos humanos;
- v) el control de convencionalidad que están obligados a ejercer todos los jueces permitirá hacer prevalecer el derecho humano reconocido en el tratado o convención sobre el derecho interno que lo menoscabe, vulnere, contrarié u omita;
- vi) en el caso específico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los jueces, al ejercer el control de convencionalidad, han de tener en cuenta, además de la Convención Americana, la jurisprudencia que sobre esta ha ido emitiendo la Corte Interamericana al interpretar la Convención en el ejercicio de sus competencias contenciosas y consultivas.

Todo lo antes expresado ha dado lugar, a un todo un cambio de concepción o de paradigma, en la forma de asumir la protección de los derechos humanos, por parte de los distintos Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, lo antes afirmado o lo así planteado, no significa que desaparezca o haya perdido importancia el control de constitucionalidad para el Estado constitucional de Derecho.

Dicho de otra manera, el control de convencionalidad no hace desaparecer ni le resta importancia al control de constitucionalidad. Al contrario, éste sigue existiendo, sigue desempeñando su papel de mecanismo de protección de la supremacía constitucional, pero lo que queda claro es que, el ejercicio de dicho control ya no es suficiente, cuando de la tutela de los derechos humanos se trata.

Lo que se quiere y pretende resaltar es que, si lo que se quiere y busca es proteger, de la manera más amplia y eficaz posible los derechos humanos, se hace necesario contar con nuevos mecanismos que permitan que ello sea así. Con esto lo que viene a fortalecerse es el Estado constitucional de Derecho, pasando a convertirse, de esa manera, en un Estado constitucional y convencional de Derecho.

Significa esto, en otras palabras, que termina teniendo otra concepción la protección de los derechos humanos a lo interno de cada Estado, en la medida en que ahora, además de la visión que se hace desde la Constitución, se tiene que hacer una desde la perspectiva de los parámetros internacionales en materia de derechos humanos.

Como bien anota Omar Giovanni Roldán Orozco, “la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible. No se trata de imponer uno sobre otro, sino de complementar las visiones, de crear armonía entre ellos, de catalogar derechos de manera homogénea otorgando al juzgador la facultad de valorar y decidir la aplicación de aquel precepto que más se adecue al principio pro-persona de interpretación de los derechos humanos”⁶.

Como también lo señala el jurista panameño, Boris Barrios, cuando manifiesta, que “hoy, la justicia contemporánea requiere que las decisiones y su argumentación responda a una constante revisión del texto constitucional, convencional y al derecho de los tratados en cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, atendiendo al control difuso de convencionalidad”⁷.

Por tanto, a partir de la existencia y ratificación de los tratados, declaraciones o convenciones en materia de derechos humanos, desde el momento en que los Estados se comprometen a su cumplimiento, de igual manera, a partir que se establecen los mecanismos por medio de los cuales es posible enfrentar las infracciones a tales textos internacionales, con miras a hacer valer los derechos en éstos reconocidos, ya no sólo cabe hablar de Estado constitucional de Derecho sino que ahora, lo que existe, es un Estado constitucional y convencional de Derecho. De acuerdo con lo que significaría el Estado constitucional y convencional de Derecho, los derechos humanos reconocidos en los tratados, declaraciones o convenciones internacionales vendrían a protegerse,

⁶ ROLDÁN OROZCO, Omar Giovanni (2015): *La función garante del Estado constitucional y convencional de Derecho* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas) pp. 101-102.

⁷ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (2014): *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales* (Medellín, Editorial Biblioteca Jurídica Dike) p. 107.

además de con los mecanismos tradicionales propios de la justicia constitucional, también con el control de convencionalidad.

De esa manera, y como lo observa el jurista panameño, Henry Eyner Isaza, “se transita de las tradicionales ‘garantías constitucionales’ a las ‘garantías convencionales’, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales en Materia de Derechos Humanos”⁸.

De donde se sigue, que, con el fortalecimiento del Estado constitucional, ahora convertido en Estado constitucional y convencional de Derecho, lo que termina garantizándose, de manera más eficaz y cónsona con los parámetros convencionales, son los derechos humanos que le son reconocidos a toda persona por el solo hecho de serlo. Ese es el papel que ha venido a representar el control de convencionalidad difuso. Al ser un mecanismo de protección de los derechos humanos, fortalece la concepción de lo que implica un Estado de Derecho, ahora en su modalidad de Estado constitucional y convencional de Derecho.

III. Un concepto de Estado constitucional y convencional de Derecho.

Teniendo presente las reflexiones antes expuestas, y que tenían como propósito responder a una serie de preguntas que nos permitieran saber, lo que ha cambiado con respecto al Estado de Derecho, como para que hoy día se hable de un Estado constitucional y convencional de Derecho, así como poder comprender lo que se requiere para que el Estado, además de constitucional, tenga la calidad de convencional, y lo que todo esto ha venido a implicar, e incidido, para que exista un Estado constitucional y convencional de Derecho, nos es fácil poder responder a la pregunta, de planteárnosla, ¿qué es el Estado constitucional y convencional de Derecho?

Una posible primera respuesta sería, en ese sentido, que entenderíamos por Estado constitucional y convencional de Derecho, al tipo de Estado que contaría como fuente del Derecho, además de su Constitución y demás normas jurídicas de su ordenamiento jurídico interno, los tratados, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos de los que el Estado sea Parte. Acorde a esta respuesta, por tanto, las autoridades de dicho Estado contarían con la posibilidad, y estarían en la obligación de aplicar, en la solución de los casos que conozcan, y dentro del ámbito de sus competencias, no solamente su derecho interno, sino también el Derecho de los derechos humanos contenido en un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos, según sea el acto internacional de que se trate.

Como se ve, y en base a esta primera posible respuesta de lo que se ha de entender por Estado constitucional y convencional de Derecho, las fuentes del Derecho de este tipo de Estado, no se limitan al Derecho elaborado y aprobado por las autoridades de ese Estado. También vendría a constituir fuente del Derecho a aplicar por las autoridades del Estado, por tanto, el Derecho sobre los derechos humanos formulado en los tratados, declaraciones o convenciones sobre derechos humanos que dicho Estado haya ratificado. Y, desde el momento que se amplían las fuentes del Derecho a aplicar, hasta incluir el Derecho de los derechos humanos al que se comprometió el

⁸ ISAZA, Henry Eyner (2015): *La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica) pp. 64-65.

Estado a cumplir, sus autoridades, cualquiera que ellas sean, no podrán omitir aplicarlo en el ejercicio de sus funciones. Esto último así planteado, tiene que ver con lo que el profesor español, Manuel Atienza, señala cuando reflexiona sobre el cambio que se ha producido, con relación a la juridicidad en el mundo actual, lo que lo ha llevado a sostener, que la juridicidad del Derecho, no se agota a lo interno del Estado, sino que “existe también una juridicidad supraestatal (...), cuyo peso tiende a ser cada vez mayor”⁹.

Dentro de esa extensa y variada juridicidad supraestatal tenemos, de manera relevante y significativa, toda la que tiene que ver con los tratados, declaraciones o convenciones sobre derechos humanos. Esto último alcanza mayor protagonismo, desde el momento en que las autoridades de los distintos Estados toman conciencia, de la necesidad de tener que contar, y por lo tanto establecer, todo un marco normativo que haga posible proteger a la persona humana en su dignidad, en cualquier lugar o país en el que se encuentre, independientemente de su nacionalidad o estatus.

La idea que en concreto debemos tener presente, en cuanto a esta primera aproximación que nos permite contar, con un concepto de Estado constitucional y convencional de Derecho, tiene que ver con el hecho que los tratados, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos, adquieren una gran relevancia, así como un papel protagónico a lo interno de los Estados que hayan ratificado, alguno de tales actos internacionales. A partir de su ratificación, no sólo lo incorporan a su ordenamiento jurídico, sino que sus autoridades, como ya se indicó, están obligadas a tenerlos presentes, y, por tanto, a aplicarlos en el ejercicio de sus funciones.

De manera que, a partir del momento en el que un Estado haya ratificado, ya sea un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos, las autoridades de dicho Estado, en el ejercicio de sus funciones, así como deben tener presente y aplicar el derecho interno del Estado al que pertenecen, de igual manera deberán tener presente, y por ende aplicar, el tratado, declaración o convención que sobre derechos humanos se obligó su Estado a cumplir. No deben ni les estará permitido, por consiguiente, ignorar u omitir aplicar lo que tales actos internacionales tienen reconocido sobre derechos humanos. Otras ideas relacionadas con la problemática de la convencionalidad permitirían dar, en complemento del anterior, otro concepto sobre lo que se debe entender como un Estado constitucional y convencional de Derecho.

Así, podríamos señalar que el Estado constitucional y convencional de Derecho, es el Estado que, al haberse comprometido a cumplir con los derechos humanos, de incurrir en menoscabo, vulneración, desconocimiento u omisión de uno o varios de los derechos previstos en el tratado, declaración o convención que ratificó, se le puede exigir responsabilidad, y por tanto condenar, por incurrir en responsabilidad internacional e imponérsele medidas por medio de las cuales reparar, enmendar o corregir la violación de derechos humanos en la que haya incurrido.

Y es que, no tendría razón alguna ni sentido jurídico relevante, que un Estado ratifique un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos y que, en el caso que dicho Estado no cumpla

⁹ ATIENZA, Manuel (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho* (Madrid, Editorial Pasos Perdidos) p. 51.

con lo que se comprometió, ello no genere ningún tipo de responsabilidad internacional de parte del Estado que así incurra.

Como en su momento se señaló, todo Estado que haya ratificado un acto internacional sobre derechos humanos, debe rendir cuentas ante instancias internacionales por la posible responsabilidad internacional en la que haya incurrido, al violar los derechos humanos a los que se comprometió cumplir.

Como bien lo dejaba anotado en ese sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, en su Voto Concurrente de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el Caso "La Última Tentación de Cristo", cuando observaba que:

“24. Hoy se reconoce como una contribución - un elemento aclarador - de la prolongada labor, todavía inacabada, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad del Estado (en particular de su parte I), la distinción adoptada entre reglas primarias del derecho internacional, las que imponen obligaciones específicas a los Estados, y reglas secundarias del derecho internacional, las que determinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento estatal de las obligaciones establecidas por las reglas primarias. Esta distinción contribuye a aclarar que la responsabilidad estatal se compromete a partir del momento del ilícito (acto u omisión) internacional, surgiendo de ahí una obligación subsidiaria de hacer cesar las consecuencias de la violación (lo que puede significar, en las circunstancias de un caso concreto, v.g., modificar una ley nacional) y reparar los daños.

25. La presente Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo en el caso ‘La Última Tentación de Cristo’ representa, en este particular, a mi modo de ver, un sensible avance jurisprudencial. Como se sabe, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación. La presente Sentencia de la Corte, además de establecer la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (párrs. 85-90), ubica a estos deberes en el marco de las reparaciones, bajo el artículo 63.1 de la Convención: la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del caso *d'espèce*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención (párrs. 96-98). Y en un caso como el presente, atinente a la salvaguardia del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, dicha reparación no-pecuniaria es considerablemente más importante que una indemnización”¹⁰.

En esa misma línea de pensamiento con respecto a este tema, nos dice por su parte, Patricio Maraniello, lo siguiente:

¹⁰ OLMEDO BUSTOS Y OTROS (LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO) VS. CHILE (2001): Corte Interamericana De DD.HH., Voto concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Serie C N° 73.

“Las decisiones del tribunal corresponden a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

Los Estados parte de la convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”¹¹.

De donde se sigue, que un concepto sobre lo que se debe entender por Estado constitucional y convencional de Derecho, no puede pasar por alto este aspecto tan importante, en cuanto a la responsabilidad internacional que se le puede exigir e imponer a un Estado, en el caso en que se demuestre que ha violado, menoscabado, infringido u omitido, el cumplimiento de los derechos humanos a los que se comprometió acatar y garantizar al ratificar un tratado, una declaración o convención sobre derechos humanos.

La demostración de dicha responsabilidad internacional entraña, como no puede ser de otra manera, la reparación del perjuicio o daño causado a la víctima de tal proceder del Estado de que se trate. Ello, por una parte, y por la otra, el deber de adecuar, de ser el caso, su derecho interno a los parámetros convencionales sobre derechos humanos a los que se comprometió cumplir.

En ese sentido, y de acuerdo a lo que se acaba de afirmar, otro concepto que pudiéramos formular a objeto de poder entender, lo que es un Estado constitucional y convencional de Derecho, consistiría en ver a éste como el Estado que, al comprometerse a cumplir los derechos humanos reconocidos en un tratado, declaración o convención del que es Parte, lo obliga a tener que garantizar el pleno ejercicio de los mismos, lo que conllevaría tener que adecuar, o hacer conforme su derecho interno, a los parámetros fijados en el acto internacional ratificado, sin que esto, en un principio, deba ser requerido por razón de haber sido condenado por una instancia internacional.

Esto último implicaría, que en el evento en que su derecho interno sea contrario, menoscabe, infrinja u omita los derechos que el Estado se comprometió a cumplir, sus autoridades deberán aplicar el tratado, declaración o convención que sobre derechos humanos ratificó. Se hace prevalecer, así, el Derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno de dicho Estado.

¹¹ MARANIELLO, Patricio (2013): “Los derechos humanos y la responsabilidad del Estado”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 13, N° 2: p.144.

Este aspecto del Estado constitucional y convencional de Derecho vendría a ser, uno de los temas más polémicos de dicha modalidad de Estado de Derecho. El debate sobre esta particularidad del Estado constitucional y convencional de Derecho siempre entrañará tener que dar respuesta a la pregunta, ¿por qué ha de imponerse, sobre la voluntad soberana del Estado, en cuanto a determinar cuál es su derecho interno, el Derecho internacional sobre derechos humanos?

Con relación a este tema, discutible y controversial, y que constituye una de las particularidades esenciales para que se pueda configurar, un Estado constitucional y convencional de Derecho, cabe traer a colación, lo que nos dice, Néstor Pedro Sagües, cuando sostiene que, “en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré, ‘paralizada’ (lo mismo acaece, desde luego, con las normas sub constitucionales violatorias del pacto)”¹².

Y es que, no tendría sentido que un Estado se comprometa a cumplir un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos y, en el evento que su derecho interno, incluyendo la Constitución, establezca, disponga, regule, contenga o prevea situaciones que sean contrarias, menoscaben, infrinjan, violen u omitan los derechos humanos, y que sean estas normas jurídicas, las del derecho interno, las que se apliquen en detrimento del Derecho internacional sobre derechos humanos.

Por lo demás, lo que dispone la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es claro cuando señala, en su ya citado artículo 26, que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), así como que, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, principio que está previsto así en el artículo 27 de la citada Convención.

De las distintas reflexiones expuestas, se infieren las ideas que nos permiten dar y concretar, un concepto que responda a una idea, lo más cercano posible, de lo que ha de entenderse por un Estado constitucional y convencional de Derecho. Estas ideas son cónsonas, como no podía ser de otra manera, con las reflexiones que hemos estado adelantando sobre lo que ha venido a representar, el control de convencionalidad como nuevo paradigma de protección de los derechos humanos.

Desde luego, no estamos ante un concepto definitivo, mucho menos que pretendamos sea aceptado mayoritariamente por la doctrina, ni que consideremos, que con las ideas expuestas sobre lo que ha de entenderse, como un Estado constitucional y convencional de Derecho como una modalidad del Estado de Derecho, se superen las reservas, cuestionamientos o reparos sobre ciertos aspectos y particularidades del mismo. No obstante, de lo que sí estamos seguro es que, lo que no se puede ignorar, es que la concepción que se tenía sobre el Estado constitucional de Derecho ha variado

¹² SAGÜES, Néstor Pedro (2010): *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. (Talca, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 128-129.

sustancialmente y se ha complementado y fortalecido, con el surgimiento y establecimiento de todo un sistema de protección, en el ámbito supranacional, de los derechos humanos.

De manera que, así como en el ámbito interno, los países de nuestra región cuentan con los mecanismos por medio de los cuales dar resguardo judicial a los derechos fundamentales, en igual sentido se ha establecido y posesionado, todo un sistema de protección, en el ámbito internacional, de los derechos humanos. Nos referimos al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Sobre este cambio de concepción, y que ha incidido en la forma de entender hoy día al Estado de Derecho, como un Estado constitucional y convencional de Derecho, nos dice Héctor Faúndez Ledesma, que “en cuanto expresión de valores universalmente compartidos, los derechos humanos constituyen una categoría jurídica propia del Derecho Internacional Público; es este último el que señala cuál es el catálogo de derechos que forma parte de esta categoría, el que define los límites de su contenido, y el que les proporciona una garantía de carácter colectivo, adicional a la que ya pueda estar prevista en el Derecho interno de los Estados respecto de esos mismos derechos”. A lo que adiciona el citado autor que:

“Los países americanos no han sido ajenos a este proceso de formación del Derecho de los derechos humanos y, en el marco del sistema instaurado por ellos, han adoptado numerosos instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos, a fin de que cada Estado responda por la forma como trata a los individuos sujetos a su jurisdicción...”¹³.

En fin, no se puede pretender que se haya generado todo un cambio sustancial en la forma de entender el Derecho internacional sobre derechos humanos, y que ello no incida, a su vez, en la manera de entender el Estado constitucional de Derecho. Si este tipo de Estado tiene como objetivo, reconocer, proteger y garantizar los derechos fundamentales, tal y como son concebidos por el constitucionalismo democrático, ello se verá complementado y reforzado con la incorporación, a su derecho interno, del Derecho internacional sobre derechos humanos. Es este cambio así producido, lo que ha venido a dar lugar a la existencia de lo que se puede denominar, como Estado constitucional y convencional de Derecho.

Esta modalidad de Estado de Derecho ha incorporado a lo interno de su ordenamiento jurídico, como ya se señaló, el Derecho internacional de los derechos humanos al haberse comprometido a cumplir, al ratificar y constituirse en Parte de un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos. Es esta nueva realidad lo que ha dado lugar a que se pueda hablar, hoy día, del Estado constitucional y convencional de Derecho. Y al haberse configurado el actual Estado de Derecho, en un Estado constitucional y convencional de Derecho, toma relevancia el papel que viene a representar el mecanismo por medio del cual, se puede y debe hacer efectivo el Derecho internacional sobre derechos humanos, a lo interno de dichos Estados. Nos referimos, al control de convencionalidad difuso, y al cual ya hemos aludido.

¹³ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tercera edición) p. 2.

En fin, el Estado constitucional y convencional de Derecho, es el Estado en el que todo lo que concierna a los derechos humanos, debe ser enfocado tanto desde la óptica constitucional, como desde la dimensión del Derecho internacional de los derechos humanos, de forma que se aplique, el derecho que mayor garantice y haga efectivos dichos derechos, todo ello al objeto de brindar la máxima amplitud y protección a la persona humana en su dignidad.

IV. Unas reflexiones finales a manera de conclusión.

Lo antes anotado sobre la transformación del Estado constitucional de Derecho al Estado convencional de Derecho, y que ha venido a representar, todo un cambio en cuanto a la manera de entender la protección de los derechos humanos amerita unas reflexiones finales. La primera de ellas tiene que ver, con la idea misma y el concepto de lo que se entiende, por un Estado convencional de Derecho. En ese sentido, como mínimo, tienen que existir unas condiciones concretas que permitan, que esa idea y concepto de lo que se debe entender por un Estado convencional de Derecho, son acorde con lo que ocurre en la realidad.

Lo que significa, de ahí, que el tratado o convención sobre derechos humanos, tiene que ser cumplido o acatado efectivamente, por todas las autoridades del Estado. Que éstas, por consiguiente, procuren mediante sus actos y en el ejercicio de sus funciones, adoptar prácticas que sean cónsonas, con el fin y objeto del tratado o convención que el Estado se comprometió a cumplir.

En fin, de lo que se trata es que debe existir, toda una cultura jurídico-política, que sea acorde al respeto y garantía de los derechos humanos, lo que ha de redundar a que se produzcan, prácticas que permitan un trato igualitario a todas las personas que integran la sociedad. En concreto, lo que se quiere dejar resaltado, en esta primera reflexión final, es que las personas que integran la comunidad del Estado, independientemente de su condición o estatus, deben contar con la confianza suficiente, con respecto a las instituciones y autoridades, que éstas están comprometidas, realmente, en hacer cumplir y garantizar los derechos humanos previstos, en los tratados o convenciones de los que es Parte su Estado.

Una segunda reflexión tiene que ver con la idea que nos recalca, Jacques Chevalier, cuando manifiesta que, “el Estado de derecho es un proceso dinámico, más que un orden estático”, a lo que adiciona que, “la jerarquización de las normas depende del contenido evolutivo de esas normas y del estado de compatibilidad/conformidad que él permite”¹⁴.

Lo así afirmado por el citado autor francés, es cónsono con lo que constituye la idea central de estas reflexiones, en cuanto al cambio de concepción que se ha producido, con respecto a la forma de asumir y entender, la protección de los derechos fundamentales, desde la óptica del Derecho internacional sobre derechos humanos.

En efecto, lo básico con relación a tal afirmación es que hay que tener presente, que, así como lo que en la doctrina se conoce como, el Estado legal de Derecho, mutó al Estado constitucional de Derecho, éste, a su vez, ha mutado a lo que hoy constituye el Estado constitucional y convencional de Derecho o, simplemente, en Estado convencional de Derecho. Ello no significa que, con tal

¹⁴ CHEVALIER, Jacques (2015): *El Estado de Derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) p. 180.

transformación, haya desaparecido el principio de legalidad, característico del Estado legal de Derecho, según el cual quedan supeditadas todas las normas jurídicas de inferior jerarquía a la ley a ésta, como tampoco ha implicado, que, con el surgimiento del Estado convencional, desaparezca el principio de supremacía constitucional, el cual constituye el principio rector del Estado constitucional de Derecho.

La idea que se quiere recalcar es que, al ser el Estado de Derecho, “un proceso dinámico”, éste, con cada transformación que sufre, tiende a fortalecer la concepción de la protección de los derechos fundamentales. Es esa la reflexión que debe llamar la atención, y sobre la cual han de girar, mayormente, los distintos debates sobre lo que ha venido a representar, el establecimiento del Estado convencional de Derecho. Un Estado que hace de los derechos humanos, de su garantía, desarrollo, eficacia y protección, el punto central de las actuaciones de todas las autoridades y poderes del Estado.

Los Tratados y la Constitución Nacional*

OSCAR VARGAS VELARDE^Ψ

*Autor para correspondencia. E-mail: oscar_vargasvelarde@hotmail.com

Recibido: 20 de diciembre de 2021

Aceptado: 15 de enero de 2022

Resumen

El presente trabajo analiza la interacción entre el derecho internacional de los tratados y la Constitución Política de la República de Panamá. Para ello inicia analizando: (i) los aspectos generales de los tratados y las distintas denominaciones de estos instrumentos; (ii) los acuerdos en forma simplificada como fuente contemporánea de obligaciones para los Estados; y (iii) la conducta constitucional panameña en torno a los tratados y sus modos de celebración y ratificación. El trabajo concluye con un análisis sobre (iv) la naturaleza del Convenio de Donación entre Estados Unidos y Panamá de 1990; y (v) el panorama actual de actos inconstitucionales a raíz de acuerdos suscritos entre dichas naciones.

Palabras clave: tratados, derecho internacional de los tratados, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cooperación internacional, derecho constitucional, derecho panameño, convenio de donación, inconstitucionalidad.

Abstract

This paper analyzes the interaction between international treaty law and the Political Constitution of the Republic of Panama. It begins with an analysis of: (i) the general aspects of treaties and the different denominations of these instruments; (ii) agreements in simplified form as a contemporary source of obligations for States; (iii) the Panamanian constitutional conduct regarding treaties and their modes

* Trabajo publicado en el *Anuario de Derecho* N.º 20, de 1991, de la Universidad de Panamá. Una actualización se publicó en la revista *Debate*, año VIII, número 16, abril de 2009, de la Asamblea Nacional, a raíz del fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre el Convenio de Donación. En esta ocasión se publica una versión revisada y actualizada por el autor con aportes inéditos sobre el denominado “Arreglo Complementario Salas-Becker”, y otros convenios de igual índole y los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho Arreglo.

^Ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá); Especialista en Derecho Laboral (Universidad Santa María La Antigua); Maestría en Educación (Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología). Ex ministro de Trabajo y Bienestar Social, ex viceministro de la Presidencia, ex embajador de Panamá en Colombia, ex embajador en Misión Especial ante la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, ex director general de Política Exterior, ex secretario general y consultor del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá, ex magistrado presidente de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República y ex magistrado presidente del Tribunal de Cuentas de la República de Panamá. Es profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

of conclusion and ratification. The paper concludes with the author's take on the (iv) the nature of the 1990 U.S.-Panama Donation Agreement; and (v) the current landscape of unconstitutional acts as a result of agreements signed between the said nations.

Keywords: treaties, international law of treaties, Vienna Convention on the Law of Treaties, international cooperation, constitutional law, Panamanian law, donation agreement, unconstitutionality.

I. ASPECTOS GENERALES DE LOS TRATADOS

Los *tratados* son instrumentos cotidianos en la vida de las naciones del orbe. Ellos constituyen en la época contemporánea fuente de primera importancia en la creación y la consolidación del Derecho Internacional, ya que por su virtud, los Estados entre sí y los otros sujetos de la comunidad internacional, es decir, los organismos internacionales, la Santa Sede y la Soberana Orden Militar de Malta, entre otros, se permiten establecer prestaciones recíprocas o reglas de conducta para la convivencia pacífica en un mundo que, pese a los afanes guerreristas de algunas potencias, ansía vehementemente la colaboración en la búsqueda de los caminos que conduzcan a solucionar los graves problemas que agobian a nuestros pueblos.

Los tratados contribuyen eficaz y significativamente al logro de la paz, la seguridad y la cooperación internacional. Han sido históricamente mecanismos útiles tanto para la concreción de negocios jurídicos (*tratados-contrato*) a fin de establecer prestaciones y contraprestaciones de dos partes (*tratados bilaterales*) contratantes y así resolver los diferentes asuntos relativos a la descolonización, los límites, el comercio, la navegación, la cooperación, el desarrollo fronterizo, etc., como también para la adopción de reglas de derecho universales o regionales (*tratados-ley*), que han de regir el desempeño y las actuaciones de los sujetos (*tratados multilaterales*) que se hubieren obligado a formar parte de dichas reglas; de modo por ejemplo, de establecer la organización internacional denominada las Naciones Unidas o la organización regional llamada Organización de los Estados Americanos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por el Órgano Legislativo mediante la Ley 17 de 31 de octubre de 1979 y ratificada por el Órgano Ejecutivo de la República de Panamá, en su artículo 2, párrafo 1, literal a), define el *tratado* como “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 conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹

Esta definición de tratado destaca las características siguientes:

1. *Es un acuerdo internacional celebrado por escrito.* Al tenor de la Convención de Viena, sólo están regulados por ella los acuerdos que revistan la forma escrita; sin embargo, el hecho de que la Convención no se aplique a los acuerdos verbales no les restará valor jurídico, según el artículo 3.º.
2. *Es celebrado entre Estados.* La Convención regula únicamente los tratados celebrados entre los Estados unidos; deja fuera de su ámbito los tratados llevados a efecto entre los Estados y los

¹ En 1986 se adoptó en Viena otra Convención sobre Derecho de Tratados, que norma los tratados celebrados entre los Estados y las organizaciones internacionales, así como entre las organizaciones internacionales. La República de Panamá todavía no ha ratificado esa Convención.

Organismos Internacionales u otros sujetos internacionales o entre estos exclusivamente. No obstante, el artículo 3.º reconoce el valor jurídico de tales acuerdos.

3. *Es regido por el Derecho Internacional.* El tratado se rige por el Derecho Internacional; de ahí que estén fuera del contexto de la Convención los actos derivados del derecho interno de los Estados.

4. *Puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos.* La práctica ha consistido en que el tratado conste en un solo instrumento; pero cobran vigencia los tratados que se integran de varios instrumentos.

5. *Puede adoptar cualquiera denominación particular.* No necesariamente ha de llevar el título de *tratado*; puede denominarse de cualquier manera: convención, convenio, carta, estatuto, acuerdo, pacto, protocolo, acta, *modus vivendi*, procedimiento, canje de notas, declaración, concordato, armisticio, etc.; pues lo importante es que exista la voluntad concertada de dos o más Estados tendientes a producir determinados efectos jurídicos en la comunidad de naciones.

Edgardo Paz Barnica, ex canciller de Honduras, en sus *Lecciones de Derecho Internacional Público*, sobre este particular expresa acertadamente que: “No obstante esa diversidad de denominaciones, esa diferencia formal de los distintos acuerdos concertados entre sujetos de Derecho Internacional, todas ellas tienen igual contenido y son equivalentes desde el punto de vista material, ya que lo esencial es que, cualquiera que sea la denominación, todas ellas tienen una misma fuerza de obligar a las partes entre sí como miembros de la comunidad jurídica internacional”.²

Igualmente, Charles Rousseau, profesor de la Universidad de París, en su obra *Derecho Internacional Público*, afirma que “De hecho, la terminología utilizada para designar los tratados internacionales *stricto sensu*, no puede ser más variada ni presentar menos fijeza. Los términos generalmente usados son los de tratado, convenio, pacto, carta, estatuto, acto, declaración, protocolo, arreglo, acuerdo, *modus vivendi*, etc. Ninguna razón justifica la denominación de estos diversos instrumentos convencionales y es fácil comprobar que todos aquellos términos pueden ser igual e indistintamente utilizados para realizar un negocio jurídico determinado, ya que es posible formalizar actos de la misma índole material por medio de procedimientos técnicos diferentes. A pesar de su diversidad formal, estos diversos instrumentos jurídicos son *equivalentes desde el punto de vista material*, pues todos ellos poseen la misma fuerza de obligar”.³

Es interesante observar la terminología que se utiliza en la práctica, a saber:

Tratado: Tratado de Límites con Colombia, Tratado de Libre Comercio y de Intercambio Preferencial con Costa Rica, Tratado del Canal de Panamá y Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente y al Funcionamiento del Canal de Panamá (7 de septiembre de 1977) celebrados con los Estados Unidos de América, Tratado sobre Ejecución de Sentencias Penales con México, Tratado de Moscú sobre Prohibición de Pruebas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Exterior y Bajo el Agua, etc.

Convención: Convención Aprobatoria del Código de Derecho Internacional Privado, Convención Internacional del Trabajo, Convención de Viena de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas, Convención Internacional sobre Arbitraje Comercial, Convención para el Fondo de Solidaridad para el Desarrollo

² PAZ BARNICA, Edgardo (1984): *Lecciones de Derecho Internacional Público* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica) p. 147.

³ ROUSSEAU, Charles (1966): *Derecho Internacional Público* (Barcelona, Ediciones Ariel, tercera edición) p. 24.

Económico y Social de los Países No Alineados, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre Asilo de 1954, etc.

Convenio: Convenio de Ginebra relativo al Trato de Prisioneros de Guerra, Convenio N.º87, Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, Convenio que crea la Unión de Países Exportadores de Banano, Convenio de Panamá constitutivo del Sistema Económico Latinoamericano, Convenio de Cooperación Cultural entre Panamá y Checoslovaquia, Convenio para Realizar la Cooperación Fronteriza entre Panamá y Costa Rica, etc.

Carta: Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Carta Social Europea, Carta de la Organización de Unidad Africana, etc.

Estatuto: Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnológica, Estatuto sobre Centro de Información de los Países No Alineados sobre Empresas Transnacionales, etc.

Acuerdo: Acuerdo de Cooperación entre los países del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua) y Panamá, por una parte y, por la otra, la Comunidad Económica Europea; Acuerdo entre la República de Panamá y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Acuerdo sobre Cooperación de Seguridad Social entre la República de Panamá y la República Socialista y Federativa de Yugoslavia, Acuerdo Básico de Cooperación Científico-Técnica entre la República de Panamá y la República Socialista de Checoslovaquia, etc.

Pacto: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, Pacto de Revisión de la Convención de Buenos Aires sobre Protección Literaria y Artística, etc.

Protocolo: Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, Protocolo de Reformas a la Organización de los Estados Americanos (de Buenos Aires en 1967 y de Cartagena de Indias de 1985), Protocolo Financiero entre la República de Panamá y la República de Francia, Protocolo de Enmiendas a la Convención sobre el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

Acta: Acta de Chapultepec, Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Seguridad de la Vida en el Mar, de 1960, etc.

Modus Vivendi: Modus Vivendi Comercial celebrado entre México y Chile, etc.

Procedimiento: Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica, suscrito el 7 de agosto de 1987, por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, etc.

Canje de Notas: Canje de Notas sobre Abolición de Visas entre Panamá y la República Federal de Alemania, etc.

Declaración: Declaración de Lima sobre Procedimiento de Consulta, suscrita en 1938, etc.

Concordato: Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, etc.

Armisticio: Armisticio celebrado por Colombia con España en 1820, etc.

II. LOS ACUERDOS EN FORMA SIMPLIFICADA

Otra de las modalidades de los tratados se encuentra en los *acuerdos en forma simplificada* -llamados así por la doctrina moderna- que se conocen también como *convenios* o *acuerdos ejecutivos* (*executives agreements*), *acuerdos administrativos* (*accords administratifs*), *acuerdos intergubernamentales*, etc., los cuales han surgido desde hace ya bastante tiempo en la práctica internacional contemporánea y cuya aceptación

en el ámbito del Derecho Internacional es de tal grado que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados le reconoce a los Estados la posibilidad de obligarse por esta vía.

Charles Rousseau sostiene que los *acuerdos en forma simplificada* son los que “se concluyen sin la intervención formal del órgano estatal investido del *treaty making power* (es decir, sin la intervención del jefe del Estado) y son ordinariamente concluidos por los ministerios de Asuntos Exteriores y por los agentes diplomáticos. Se caracterizan: a) siempre, por su *conclusión inmediata* (negociación y firma), y b) frecuentemente por la *pluralidad de instrumentos jurídicos* (intercambio de cartas, de notas, de declaraciones). De ello se deduce que la existencia o la ausencia de ratificación constituye el único criterio jurídico válido para diferenciar los tratados propiamente dichos de los compromisos internacionales que adoptan un procedimiento simplificado.”⁴

Alberto Sève de Gastón, en su monografía *Los tratados ejecutivos en la República Argentina* (Análisis tridimensional), discrepa de ROUSSEAU en la distinción entre tratados y acuerdos en forma simplificada basada en el criterio de la ratificación o la no ratificación. Para este autor argentino la ratificación “existe, si bien es cierto que es hecha de una manera diferente a la forma tradicional, ya que en estos casos ella opera sólo mediante la firma, la cual en tales circunstancias tiene la virtud de amalgamar en un único acto cuatro operaciones distintas, a saber: fijación del texto, aceptación, ratificación e intercambio o canje de las mismas, con lo que los tratados así concertados inmediatamente entran en vigor...”⁵

Carlos Bernal, profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela Libre de Derecho de México, en un ensayo titulado *Los convenios ejecutivos ante el Derecho Constitucional e Internacional*, afirma que “Para los efectos del Derecho Interno Mexicano se puede decir, como intento de definición primaria, que un convenio ejecutivo es un acuerdo internacional celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y otro sujeto de Derecho Internacional, el cual no requiere para su ratificación o firma definitiva, dela aprobación previa del Senado de la República”⁶.

Marco Gerardo Monroy Cabra, en su libro *Derecho de los tratados*, asegura que los acuerdos de ejecución simplificada son los “que rigen mediante la sola firma o el canje de instrumentos, sin recurrir a los procedimientos previstos en el derecho interno respectivo cuando estos atribuyen el *treaty making power* a los órganos investidos de las competencias legislativas y ejecutivas, conjuntamente”⁷.

Edmundo Vargas Carreño, ex profesor de Derecho Internacional Público y viceministro de Relaciones Exteriores de Chile, en la obra *Introducción al Derecho Internacional*, comenta que en la actualidad los acuerdos en forma simplificada, que él suele nombrar *procedimientos simplificados o abreviados*, adquieren *dos formas*, sea que el tratado conste de un instrumento, sea que conste de dos instrumentos, que se explican a continuación:

1. El primer procedimiento simplificado “consiste en limitar el procedimiento clásico (negociación, firma, ratificación y canje de los instrumentos de ratificación) a sus dos primeras

⁴ ROUSSEAU (1966) pp. 24-25.

⁵ SÈVE DE GASTÓN, Alberto (1970): *Los tratados ejecutivos en la República Argentina, Análisis tridimensional*. (Buenos Aires, Ediciones Depalma) pp. 53-54.

⁶ BERNAL, Carlos (1980): “Los convenios ejecutivos ante el Derecho Constitucional e Internacional”, *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N.º12 (México), p. 47.

⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo (1978): *Derecho de los Tratados* (Bogotá, Editorial Temis) p. 46.

etapas, es decir a la negociación y a la firma, con lo cual el tratado pasa a tener fuerza obligatoria a contar de su sola firma”.⁸

2. El segundo procedimiento simplificado “consiste en el intercambio de los textos que constituyen el tratado, quedando el tratado perfeccionado con un mero cambio de notas. En este caso el tratado consta de dos instrumentos diferentes, conservando cada Estado el instrumento que ha firmado el otro”.⁹

Por su parte, la Convención de Viena admite la validez de los acuerdos simplificados. Es así, que en sus artículos 11, 12 y 13 declare que los Estados podrán manifestar su consentimiento para obligarse en un tratado mediante la firma o el canje de instrumentos. En el primer caso, la firma del representante del Estado tendrá ese valor:

1. Cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
2. Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
3. Cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

En el segundo caso, el consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se expresará mediante este canje:

1. Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o
2. Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

En cambio, los otros tratados exigen formas diferentes para que los Estados presten su consentimiento. Estos *podrán obligarse en el ámbito internacional*, según los artículos 11, 14 y 15, por conducto de la *ratificación*, la *aceptación*, la *aprobación*, o la *adhesión* (o en cualquiera otra forma que hubieren convenido).

Por *ratificación*, *aceptación*, *aprobación* o *adhesión*, según el caso, se entiende entonces el *acto internacional*, mediante el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado (artículo 2, literal b).

G. Tunkin y otros internacionalistas soviéticos, en el *Curso de Derecho Internacional* (Libro 1), sobre la *ratificación*, se pronuncian así: “Es la aprobación definitiva del tratado por el órgano supremo de poder del Estado. Está contenida en dos instrumentos jurídicos distintos: en una disposición normativa interna (Ley, decreto, etc.) y en un documento internacional (carta de ratificación). El procedimiento de ratificación es de la competencia interna del Estado. En unos países el Jefe del Estado ratifica por sí mismo los tratados; en otros lo hace con el acuerdo del Parlamento”.¹⁰

En cuanto a la *adhesión*, la *aceptación* y la *aprobación*, los mismos autores indican que “Cuando el Estado no ha tomado parte desde el principio en el proceso de formación del tratado, puede adherirse a él posteriormente en las condiciones previstas en el mismo... En algunos casos, en vez de la adhesión

⁸ VARGAS CARREÑO, Edmundo (1979): *Introducción al Derecho Internacional*, Volumen I (San José, Editorial Juricentro) p. 129.

⁹ VARGAS (1979) p. 129.

¹⁰ TUNKIN, G. y otros (1980): *Curso de Derecho Internacional*, Libro I, (trad. Federico Pita, Moscú, Editorial Progreso) p. 242.

se adopta la aceptación del tratado...No hay diferencia de principio entre estas formas de manifestación del consentimiento del Estado sobre la obligatoriedad del tratado con respecto a él; es más bien una diferencia terminológica. Mas conviene advertir que no debe confundirse la aceptación del tratado con la adopción de su texto...El término “aprobación” significa la aceptación definitiva del tratado por el Gobierno...”¹¹

De los criterios precedentes se desprenden las conclusiones subsiguientes:

1. Los acuerdos en forma simplificada son, desde el punto de vista material, verdaderos tratados, a pesar de su denominación distinta. Por lo tanto, podrían versar sobre cualquier área de las relaciones entre dos o más Estados.

2. Estos acuerdos se perfeccionan con la sola firma o el canje de instrumentos. En cuanto a la firma - que el aspecto que interesa para este estudio- parece intrascendente la discusión de si tiene carácter de ratificación o no; lo importante es que el tratado adquiere validez desde el momento en que el ministro de Relaciones Exteriores o el plenipotenciario la lleve a efecto, pues no existe la necesidad de que tal actuación tenga que ser confirmada por el Órgano Ejecutivo.

Mientras tanto, los otros tratados se perfeccionan con la ratificación ulterior del Órgano Ejecutivo, quien a su vez ha de contar con la aprobación previa del Órgano Legislativo. Realizada la ratificación, los Estados intercambian o depositan los *instrumentos* o las *cartas de ratificación*.

3. La Convención de Viena se permite concederle carta de ciudadanía a la firma y a la ratificación. En efecto, se tratan de dos modalidades perfectamente válidas para que el Estado dé su consentimiento en materia de tratados. Sin embargo, ha de esclarecerse que dicha Convención en ninguno de sus artículos obliga al Estado a que preste su conocimiento de una forma u otra, sino que simplemente le abre los caminos para su proceder. El Estado escogerá el camino que contemple su ordenamiento jurídico interno, especialmente su Derecho Constitucional.

III. REGIMEN CONSTITUCIONAL PANAMEÑO DE LOS TRATADOS

En América Latina ejerce predominio la corriente constitucional según la cual el Órgano Ejecutivo es el encargado de negociar y firmar los tratados, y el Órgano Legislativo es el que tiene el cometido de impartirles su aprobación a efecto de que aquel pueda proceder a ratificarlos y así manifestar el consentimiento del Estado en la órbita del Derecho Internacional.

Así, a modo de ejemplo, la Constitución Política de Colombia (1886) en el numeral 20 del artículo 120, expresa que corresponde al presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa: “celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”; y en el numeral 18 del artículo 76, refiere que le toca al Congreso por medio de ley: “aprobar o improbar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.”

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) expone en la fracción X del artículo 89 (según su última reforma), que son facultades del presidente de la República: “celebrar tratados con

¹¹ TUNKIN y otros (1980) p. 244.

potencias extranjeras, sometiéndolos a la aprobación del Senado”; y en la fracción I del artículo 76, dice que es atribución exclusiva del Senado: “Aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”.

La Constitución Política de Chile (1980) dispone en el numeral 17 del artículo 32 que, entre las atribuciones especiales del presidente de la República, se encuentra la de “concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso...” y en el numeral 1 del artículo 50 que, entre las atribuciones exclusivas del Congreso, está la de “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”.

Finalmente, la Constitución Política de Nicaragua (1987) atribuye al presidente de la República, en el numeral 8 del artículo 150, la facultad “de celebrar los tratados, convenios o acuerdos internacionales...” y a la Asamblea Nacional, en el numeral 11 del artículo 138, la facultad de “Aprobar o desaprobar los tratados internacionales”.

La Constitución Política de la República de Panamá, aprobada en 1972 y modificada por los Actos Reformativos de 1978 y el Acto Constitucional de 1983, se inscribe en esa corriente constitucional, con una ligera excepción en los tratados o los convenios concernientes al Canal de Panamá, en cuyo caso el proceso interno de aprobación se sujeta a reglas *sui-generis*, en vista de que la materia conjuga elementos de vital importancia para la existencia misma del Estado panameño.

La tradición constitucional panameña -que pasa por el tamiz de las constituciones colombianas, todas del siglo XIX, y de la Constitución de 1841, la del Estado Libre del Istmo, y que se nutre de las constituciones que se diera la nación panameña en lo que transcurre de este siglo XX, (1904, 1941, 1946 y 1972)- estriba en que la facultad de celebrar los tratados ha recaído en el Órgano Ejecutivo y la potestad de aprobarlos para que luego éste los ratifique, se le ha discernido al Órgano Legislativo.

Así, la Constitución Política en 1904 encargó al presidente de la República la atribución de “celebrar tratados públicos y convenios, los que serán sometidos para su aprobación a la Asamblea Nacional” (artículo 73, numeral 3); y a la Asamblea Nacional la función de “Aprobar o improbar los Tratados públicos que celebre el Poder Ejecutivo, requisito sin el cual no podrán ser ratificados ni canjeados” (artículos 65, numeral 4).

La Constitución Nacional de 1941 encomendó al presidente de la República la potestad de “celebrar tratados públicos y convenios los que serán sometidos para su aprobación a la Asamblea Nacional” (artículo 109, numeral 10); y a esta la tarea de “Aprobar o improbar los Tratados Públicos que celebre el Poder Ejecutivo, requisito sin el cual no tendrán valor ni efecto alguno” (artículo 88, numeral 3).

En conformidad con la Constitución de 1946, es atribución del presidente de la República (con la cooperación del ministro respectivo), “celebrar tratados públicos y convenios, los cuales serán sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional” (artículo 144, numeral 8); y era labor de la Asamblea Nacional: “Aprobar o improbar los tratados públicos que celebre el Ejecutivo” (artículo 118, numeral 5).

La Constitución de 1972 dispuso que el presidente de la República tendría la misión de “celebrar tratados y convenios internacionales, los cuales serán sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos” (artículo 163, numeral 4); y que ésta a su vez debía “aprobar o improbar los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo” (artículo 141, numeral 1).

La Constitución Nacional tal como está vigente (de 1972 reformada por los Actos Reformativos de 1978 y el Acto Constitucional de 1983), prevé como atribución del presidente de la República (con la participación del ministro respectivo), la de “celebrar tratados y convenios públicos, los cuales serán sometidos a la consideración del Órgano Legislativo” (artículo 179, numeral 9) y este Órgano del Estado la función legislativa de “Aprobar o desaprobado, antes de su ratificación, los tratados y los convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo” (artículo 153, numeral 3).

Cuando se tratare de tratados o convenios internacionales relativos al Canal de esclusas, a su zona adyacente y la protección de dicho Canal, así como también a la construcción de un Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, la celebración corre a cargo del Órgano Ejecutivo y la aprobación se somete al Órgano Legislativo; pero luego de esta etapa, por ministerio del artículo 310 de la Constitución Nacional, tales acuerdos deben someterse a *referéndum nacional* para que sea entonces el pueblo panameño quien, en definitiva, brinde su aprobación o desaprobación. Este régimen se aplicará a cualquier contrato que celebre el Órgano Ejecutivo con empresa o empresas particulares o pertenecientes a otro Estado o Estados, tendientes a la construcción de un Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas.

Del examen de las obligaciones constitucionales vigentes se derivan los aspectos que se desglosan así:

1. *Los tratados y los convenios*. La doctrina del siglo pasado y de principios del presente siglo solía distinguir entre los “tratados” y los “convenios”. Es así, por una parte, que se hablaba de *tratados* para designar a los acuerdos de voluntades en el plano internacional sobre materias de gran entidad; en cambio, se catalogaba de *convenios* a los conciertos de voluntades internacionales en torno a asuntos de menor importancia.

Por otra parte, se denominaban *tratados* los compromisos internacionales celebrados entre dos Estados (bilaterales); y *convenios* o *convenciones* los instrumentos celebrados por una pluralidad de Estados (multilaterales) y que en los tiempos modernos -por regla general- suelen contar con los auspicios de las organizaciones internacionales.

Finalmente, se consideraban *tratados* los acuerdos con una duración de largo plazo y *convenios* o *convenciones* los que se consuman en un acto único.

A estas alturas del desarrollo del Derecho Internacional hacer diferencias entre los dos conceptos suele ser una tarea anacrónica. En efecto, a la luz de lo estipulado en la Convención de Viena precitada, el vocablo *tratado* es de carácter omnicompreensivo; de ahí que sirva para designar todo acuerdo internacional, cualquiera que sea su denominación particular, celebrado entre dos o varios Estados (o igualmente entre estos y organismos internacionales) que pautan materias de mayor o de menor importancia y con efectos de largo o corto plazo.

En consecuencia, a nuestro juicio, si bien es cierto que en nuestro pasado constitucional tal distinción obedecía a esas divergencias doctrinales, no es menos cierto que en el presente, vista dicha Convención que fuera ratificada por la República de Panamá en 1979, resulta a todas luces redundante, innecesaria y obsoleta.

1. *La celebración.* La celebración de los tratados se puede ver en dos sentidos. En sentido lato, celebrar un tratado implica un conjunto de actos (negociación, firma, ratificación y canje de ratificaciones) mediante los cuales el Estado manifiesta su consentimiento. En sentido estricto, la celebración de un tratado en ningún momento significa que el Estado ha puesto de manifiesto su consentimiento; sólo ha asentido en el texto del instrumento. La operación se reduce en realidad a la negociación y la firma. Cuando se trate de tratados multilaterales llevados a efecto en conferencia internacional ha de hablarse de negociación, adopción del texto y firma. La negociación se integra con las propuestas y las contrapuestas que aportan los negociadores en las diferentes reuniones hasta lograr un texto que armonice las pretensiones de las partes. La firma es la rúbrica que los negociadores consigan en el documento para darle autenticidad a su texto. La adopción del texto en conferencia internacional se efectúa por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración o por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que ellos decidan aplicar una regla diferente (artículo 9 de la Convención de Viena).

La Constitución Nacional emplea el verbo “celebrar” en función de abarcar los vocablos “negociación y firma” o “adopción del texto y firma” de los tratados. En efecto, no podría colegirse de los artículos 153 y 179 otra interpretación en virtud de que ellos delimitan los diferentes actos internacionales e internos que deben inexorablemente agotarse con el objeto de comprometer jurídicamente a la República de Panamá. Para estos artículos, la celebración, la aprobación y la ratificación constituyen actos diferentes; pero necesarios y concurrentes en la prestación del consentimiento por parte del Estado panameño. Los actos de celebración y de ratificación son internacionales y corresponden al Órgano Ejecutivo; el acto de aprobación es interno y compete al Órgano Legislativo.

La capacidad estatal para celebrar tratados se ejerce, según la Convención de Viena, por intermedio de los siguientes personeros:

- a) Los jefes de Estados, jefes de gobierno y ministros de Relaciones Exteriores;
- b) Los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
- c) Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano;
- d) La persona que presenta los adecuados poderes (plenipotenciarios);
- e) Cuando se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esas personas representantes del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. *La aprobación.* Luego que el Órgano Ejecutivo ha negociado y suscrito el texto del tratado -si pretende ratificarlo- debe por mandato constitucional someterlo a la *consideración* del Órgano Legislativo a efectos de que lo apruebe o desapruebe.

Todo tratado (o convenio) debe surtir este trámite ante la Asamblea Legislativa. Por esto, no es posible siquiera pensar que hay tratados que obligatoriamente han de pasar por el tamiz legislativo y que otros tratados no; o que los tratados necesariamente deben someterse a la consideración del Legislativo, mientras que los convenios están exentos de esta formalidad.

Si el Constituyente hubiere tenido un propósito diferente, así estaría plasmado en el cuerpo de la Constitución Nacional, tal como lo está en la Constitución Política del Perú (1979), la cual establece en su artículo 102 que “Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República”; y en su artículo 104 dispone que “El Presidente de la República puede, sobre materiales de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste”. Normas de esta naturaleza les otorgan patente a los acuerdos en forma simplificada y además permiten la ratificación de convenios sin la obligación de someterlos a la autorización del Órgano Legislativo.

La doctrina nacional es unánime con atingencia al punto. Los autores de Derecho Constitucional y Derecho Internacional, así como un dictamen de la Procuraduría de la Administración, no dejan ningún asomo de duda de la exigencia de la Carta Magna en cuanto a la aprobación o la desaprobación de los tratados por parte de la Asamblea Legislativa.

El recordado constitucionalista José Dolores Moscote, profesor por varias décadas de la materia en la Universidad de Panamá, en su obra *El Derecho Constitucional panameño*, justificaba y explicaba el ordinal 3.º del artículo 88 de la Constitución de 1904, en los términos siguientes: “Esta función está justificada por las graves y complicadas consecuencias que para los Estados suelen traer consigo los tratados públicos, sobre todo cuando se conciertan con potencias imperialistas. Está muy bien que la dirección de las relaciones exteriores y la iniciativa y consideración de las negociaciones de un tratado correspondan al poder ejecutivo, que en hombres y circunstancias posee mejores recurso para afrontar esa tarea; pero sería insensato que se negara a la más genuina representación popular, el derecho de aprobar o improbar tratados o convenios internacionales que pudieran comprometer la independencia del territorio, o, cuando menos acarrearle obligaciones injustas en la economía o en lo atañadero al honor nacional. Nuestras Asambleas, en términos generales, han demostrado poseer una clara conciencia de las responsabilidades inherentes al ejercicio de esta función, lo que hay que abonarle en su haber, sin reserva alguna...”¹²

César Quintero, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Panamá y autor del libro *Derecho Constitucional* (Tomo I), sobre la celebración y la aprobación de los tratados en la Constitución de 1946 afirma: “Otra característica universal de los regímenes demoliberales es la que los tratados públicos-los acuerdos, pactos, convenciones, convenios, arreglos, protocolos, etc., celebrados entre dos o más Estados- sean regularmente iniciados y negociados por el Ejecutivo. Tan pronto el texto del tratado ha sido elaborado y definitivamente redactado, lo firma el Ejecutivo, a través del Ministro de Relaciones Exteriores o de los plenipotenciarios del caso. Una vez firmado, el Ejecutivo envía el tratado a la Asamblea para que ésta lo apruebe o desapruebe...”¹³

¹² MOSCOTE, José Dolores (1960): *El Derecho Constitucional panameño* (Panamá, XXV Aniversario de la Fundación de la Universidad de Panamá, edición conmemorativa) pp. 314-315.

¹³ QUINTERO, César (1967): *Derecho Constitucional*, Tomo I (San José, Imprenta Antonio Lehmann) p. 529.

Julio E. Linares, quien fuera profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Panamá, en su manual de *Derecho Internacional Público* (Tomo II), con referencia a la Constitución de 1972 precisa: “Ahora bien: al Derecho Público interno de cada Estado corresponde determinar los órganos competentes para celebrar tratados. De acuerdo con el art. 163, ord. 40., de la Constitución de Panamá, tal atribución viene conferida al Presidente de la República, pero con el deber de someterlos a la consideración de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos; para que los apruebe o impruebe, por mandato, además, del art. 141...”¹⁴

Para concluir, Olmedo Sanjur, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Panamá, ante consulta que le formulara el presidente de la Asamblea Legislativa, cuando ocupaba el cargo de procurador de la Administración, en lo atinente al procedimiento de celebración y aprobación de los tratados y los convenios públicos, expuso mediante Nota N.º140 de 8 de octubre de 1985, después de analizar la preceptiva de la Constitución de 1972, reformada por los Actos Reformativos de 1978 y el Acto Constitucional de 1983, como conclusión que: “De todo lo anterior se colige que corresponde al Órgano Ejecutivo dirigir las relaciones internacionales, a la vez que negociar y celebrar los tratados y convenios públicos, sujetándose tal facultad a la consideración posterior del Órgano Legislativo, sin la cual no es dable al primero otorgar la ratificación de los mismos”. “A su vez, corresponde al Órgano Legislativo, conforme al artículo 153 de la Constitución, ‘aprobar o desaprobado, antes de su ratificación, los tratados y los convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo’”.

Otro aspecto que vale la pena mencionar es el de la oportunidad de la autorización legislativa. Es decir, ¿en qué momento debe producirse la aprobación? ¿Debe ser antes o después de haberse celebrado el tratado? Es obvio que, según nuestras Constituciones Políticas, tal aprobación habrá de tener lugar después de consumada la celebración, con lo que se descontaría la aprobación anticipada a ese acto. De acuerdo con sus disposiciones, la aprobación o el rechazo son actos posteriores a los de negociación y de firma, porque es necesario un texto definitivo que luego sea sometido a la discusión de la Asamblea. La única excepción a esta regla aparece en el numeral 5 del artículo 53, el que consagra como función legislativa la de “facultar al Órgano Ejecutivo para concertar la paz”. Mas, a pesar de la aprobación legislativa, el Órgano Ejecutivo después de concertar el tratado de paz, debe recurrir a la Asamblea para la aprobación del texto.

Nuestra historia legislativa cuenta con precedentes que reflejan un criterio contrario a la regla general expuesta. Así, por ejemplo, en fecha muy temprana de la República se halla la Ley 11 de 1 de mayo de 1907, por la cual el Poder Legislativo autorizó al Poder Ejecutivo, “en uso de la atribución que le concedía el artículo 65, ordinal 4 de la Constitución de 1904”, para que:

“celebre, ratifique, canjee y ponga en vigor las Convenciones que sean necesarias para las relaciones postales con los países extranjeros y el buen servicio de correos con el exterior, dentro de las estipulaciones y provisiones contenidas en las Convenciones principales de Berna y Roma a las cuales se adhirió la República de Panamá en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 69 de 1904”.

Con fundamento en esta autorización, que obedece a parámetros definidos (“dentro de las estipulaciones y provisiones contenidas en las Convenciones principales de Berna y Roma”), el Poder Ejecutivo aprobó y ratificó la Convención Postal Universal firmada en Roma el 26 de mayo de 1906

¹⁴ LINARES, Julio E. (1977): *Derecho Internacional Público*, Tomo II (Panamá, Editorial Universitaria) p. 253.

(Decreto 14 Bis de 23 de septiembre de 1907); aprobó el Convenio con Argentina sobre Canje de Encomiendas Postales firmado el 11 de enero de 1916 (Aprobado el 14 de enero de 1916); aprobó y ratificó la Convención Postal Principal Panamericana firmada en Buenos Aires el 15 de septiembre de 1921 (Decreto 7 Bis de 27 de febrero de 1925); “ratificó” y puso en ejecución el Convenio sobre Encomiendas Postales y sus respectivos Reglamentos de Ejecución firmados en la Conferencia Postal Panamericana de México celebrada en octubre de 1926 (Decreto 25 de 20 de mayo de 1927), etc. Se aclara que las locuciones “ratifique”, que adopta la Ley 11 de 1907, y “ratifícanse”, que prohija el Decreto 25 de 1927, se usan equivocadamente en un doble carácter de aprobación legislativa y de ratificación ejecutiva, cuando en verdad estas son nociones claramente diferenciadas.

En nuestro pasado legislativo se encuentra otro ejemplo elocuente; esta vez concerniente a los visados y los derechos que ellos causan. Así, el párrafo II del artículo 1 del Decreto Ley 16 de 30 de junio de 1960, sobre Migración, subrogado por la Ley 6 de 5 de marzo de 1980, concede autorización previa al Órgano Ejecutivo para eliminar -por “acuerdos o canjes de notas a base de estricta reciprocidad”- la necesidad de visa de pasaportes o exonerar del pago de los derechos de visación a los turistas que visiten el territorio nacional y de esta forma ofrecerle mayores facilidades a la entrada y al tránsito. Esta facultad se extiende -según el párrafo I del mismo artículo- para eliminar o eximir “a base de estricta reciprocidad”, la visación de pasaportes diplomáticos, consulares, especiales y oficiales.

A partir de estas disposiciones, el Órgano Ejecutivo ha celebrado acuerdos -la mayoría mediante canje de notas- de supresión de visas o del pago de visas con los países siguientes: República Federal de Austria, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Finlandia, Honduras, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña, República Dominicana, etc.

Además, suelen existir otros ejemplos que en la práctica se convierten en actos de aprobación legislativa previa. En efecto, se observan tratados o convenios los cuales han sido aprobados debidamente, o sea mediante el procedimiento que establece nuestra Carta Magna, con algunas cláusulas que demandan de acuerdos, compromisos, arreglos, canjes de notas, etc., que las reglamenten o las desarrollen a fin de que puedan tener aplicabilidad. De modo entonces que, si estos se celebran dentro los límites que estipula el tratado o el convenio principal, habrá de entenderse que carece de objeto su aprobación legislativa posterior, en vista de que ella está incluida en la que se adjudicó a dicho instrumento principal.

En otro orden de ideas, es de rigor puntualizar que la *aprobación* tiene dos facetas. En primer lugar, la aprobación es el acto, que se rige por el Derecho Interno, mediante el cual la Asamblea Legislativa le concede su consentimiento al Órgano Ejecutivo para que ratifique el tratado. Por lo tanto, no debe confundirse con la ratificación o la aprobación, que emergen del Derecho Internacional y que expresan el consentimiento del Estado en esa esfera. Con estas expresiones se considera que el tratado o el convenio está debidamente concluido y que entrará en vigor en la fecha por él dispuesta. En segundo lugar, la aprobación conduce a que el acuerdo, que pertenece al régimen jurídico internacional, se incorpore al ordenamiento jurídico nacional, siempre que el Órgano Ejecutivo lo sancione y lo promulgue. Se trata, en este caso, de una Ley (orgánica), propuesta por el ministro de Relaciones Exteriores con la autorización del Consejo de Gabinete, y que ha sido sometida al trámite de los tres debates en días distintos.

Este sistema de aprobación mediante ley es diferente -como bien observa Alfonso López Michelsen, ex presidente de la República de Colombia y reconocido constitucionalista, en conferencia dictada el día 8 de junio de 1987, en el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario de Bogotá y titulada *La Constitución de 1886 a prueba*- al sistema secular de los Estados Unidos de América. En “el sistema norteamericano no se aprueban los Tratados por medio de leyes (...) sino que obtienen plena validez jurídica mediante el voto del Senado de la Unión, al que se le atribuye la facultad de aconsejar y dar su consentimiento con respecto a los convenios internacionales celebrados por el Gobierno Federal”. Con base en esto “Una viejísima jurisprudencia, del siglo pasado, decidió, en el caso de un tratado entre el Imperio Chino de entonces y el Estado Americano, que una ley posterior a un tratado prevalecía sobre el primero, en razón del principio de la soberanía, según el cual reside en la Unión, es decir, en el Congreso de los Estados Unidos, frente a cualquier situación jurídica anterior”; y asimismo “La jurisprudencia constante hasta este día... (consiste en) que la Ley posterior que contradice un tratado, prevalece sobre el tratado...”; de todo lo cual ha de concluirse que tal sistema promueve el desconocimiento de la jerarquía de instrumentos jurídicos internacionales que ostentan los tratados ratificados por los Estados y trae consigo en la práctica la violación de compromisos claros e ineludibles contraídos con el Ejecutivo de dicha potencia mundial.¹⁵ El ejemplo clásico para la nación panameña es la expedición por parte del Congreso de los Estados Unidos de la Ley 96-70 (Ley Murphy) que tergiversa y viola flagrantemente la letra y el espíritu de los Tratados del Canal de Panamá, suscritos el día 7 de septiembre de 1977 por Omar Torrijos Herrera, jefe de Gobierno de Panamá y por Jimmy Carter, presidente de los Estados Unidos.

La aprobación de los Tratados Torrijos-Carter no se rigió por el artículo 141, numeral 1 de la Constitución Nacional de 1972. Esta determinó un procedimiento extraordinario para ellos. Así el artículo 274 (Disposiciones Transitorias) previó que los tratados que celebrare el Órgano Ejecutivo sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente y la protección de dicho Canal, lo mismo que para la construcción de un nuevo Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas habrían de someterse a plebiscito nacional. Esta consulta se realizó el día 23 de octubre de 1977 y el pueblo panameño votó mayoritariamente a favor de esos instrumentos descolonizadores. Ello fue reconocido oficialmente a través de la Resolución N.º475 de 28 de octubre de 1977, dictada por el Tribunal Electoral, organismo en el que recayó la responsabilidad de organizar ese histórico plebiscito.

El artículo 274 cumplió su cometido. No obstante, los reformadores constitucionales de 1983 creyeron oportuno introducir el artículo 310 que establece la modalidad de una doble aprobación (legislativa y popular por la vía del referéndum) a eventuales nuevos tratados en relación con el Canal o con su protección y su defensa. Este artículo, ubicado en las Disposiciones Finales, literalmente dice:

“Los tratados o convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente y la protección de dicho Canal, así como para la construcción de un Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, deberán ser aprobados por el Órgano Legislativo, y luego de su aprobación serán sometidos a referéndum nacional, que no podrá celebrarse antes de tres meses siguientes a la aprobación legislativa.

Ninguna enmienda, reserva o entendimiento que se refiera a dichos tratados o convenios tendrá validez si no cumple con los requisitos de que trata el inciso anterior.

¹⁵ LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso (1988): “La Constitución de 1986 a prueba”, *Derecho Penal y Criminología, Revista de Ciencias Penales y Criminología, Universidad Externada de Colombia*, vol. 10, N.º36, p. 185.

Esta disposición se aplicará también a cualquier contrato que celebre el Órgano Ejecutivo con algunas empresa o empresas particulares o pertenecientes a otro Estado o Estados, sobre la construcción de un Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas”.

“El acto por el cual la Asamblea aprueba o desaprueba un tratado -comenta César Quintero- ha de ser simple y total, esto es, lo aprueba o desaprueba en su totalidad. A diferencia del proyecto de presupuesto (...) la Asamblea no puede introducir modificaciones en el texto de un tratado en vías de ratificación. Ni siquiera puede devolverlo con observaciones. Tal devolución, con observaciones o sin ellas, entrañaría un rechazo del tratado”.¹⁶

En igual sentido se pronuncia Olmedo Sanjur, en el dictamen antes mencionado, cuando explica “que las normas de la ley 49 de 1984 (Reglamento Orgánico del Régimen Interior de la Asamblea Legislativa) deben aplicarse en forma congruente con el texto y el espíritu del num. 1 del artículo 157 de la Constitución vigente y con lo que ha sido nuestra tradición y práctica parlamentaria durante nuestra vida republicana. En base a lo anterior, estimo que esa Honorable Asamblea esté facultada únicamente para aprobar o desaprobado los tratados y convenios públicos, pero no para introducirle modificaciones.”

En verdad, la tradición y la práctica parlamentarias panameñas han sido consistentes. Las Asambleas surgidas bajo la égida de las Constituciones de 1904, 1941, 1946 y 1972 fueron y son consecuentes con la integridad de los tratados, situación que no suele ocurrir en los Estados Unidos, en donde el Senado goza de la prerrogativa de incorporarles enmiendas, condiciones, reservas o entendimientos, en el momento de darle su “consejo y consentimiento” al presidente de la Unión.

Empero, como toda regla, esta conducta parlamentaria tiene su excepción. Se trata de un hecho inédito que protagonizó la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos en el contexto de la aprobación de un tratado celebrado con los Estados Unidos. En efecto, a principios de la década pasada, Panamá y los Estados Unidos negociaron y suscribieron un convenio “sobre el Trato y Protección de la Inversión”. El Órgano Ejecutivo lo elevó a la consideración de la entonces existente Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, integrada por los quinientos cinco (505) Representantes, quien lo aprobó por medio de la Ley 12 de 27 de octubre de 1983, con un “Documento Aclaratorio”, que contiene una reserva, del tenor subsiguiente:

“La Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos da su consentimiento a la ratificación del Convenio entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América, sobre el Trato y Protección de la Inversión, sujeto a la siguiente reserva:

“El artículo X del presente Convenio se refiere a la aplicación de medidas internas de cada una de las partes dentro de su propio territorio. El artículo X no otorga ninguna de las Partes facultad para intervenir directa o indirectamente, sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de la otra Parte”.

El artículo X, No. 1 del Convenio dice:

¹⁶ QUINTERO (1967) p. 529.

“Este convenio no impedirá la aplicación por cualquiera de las dos partes de alguna o de todas las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o restauración de la paz y seguridad internacionales, o la protección de sus propios y esenciales intereses de seguridad”.

La reserva de la Asamblea dio lugar a un canje de notas entre ambos gobiernos (la nota diplomática de Panamá tiene fecha de 1 de julio de 1985 y la de la Embajada de los Estados Unidos está datada el 12 de julio del mismo año), mediante el cual se confirmó el “Documento Aclaratorio” y, por lo tanto, el gobierno norteamericano aceptó tal reserva.

Para ponerle punto final a estas reflexiones, debemos añadir que todo lo expuesto hay que tomarlo sin perjuicio de la competencia privativa que le cabe al Órgano Ejecutivo en la dirección de las relaciones exteriores. De suerte que los actos unilaterales o bilaterales de este Órgano en el manejo de los vínculos del Estado panameño con los otros Estados o los otros sujetos de la comunidad internacional no requieren de la aprobación del Legislativo. Este únicamente podrá solicitar informes verbales o escritos al ministro de Relaciones Exteriores sobre el particular.

Luego entonces el presidente de la República, con la colaboración del ministro de Relaciones Exteriores, tiene la libertad de fijar los principios, los objetivos y las aplicaciones de la política exterior; y tras ese rumbo contraer compromisos (en declaraciones conjuntas, comunicados conjuntos, etc.), que conlleven el reconocimiento de Estados o el reconocimiento de gobiernos, el establecimiento, la suspensión o la ruptura de las relaciones diplomáticas o las relaciones consulares, la designación de embajadores o cónsules, la creación de mecanismos biestatales o pluriestatales de consulta y concertación política o económica, la coordinación de políticas y de toma de decisiones en los organismos o los foros internacionales, entre otros.

1. *La ratificación.* La ratificación de los tratados -que también se denomina aceptación, aprobación o adhesión (cuando no se ha participado de la firma)- es un acto internacional que tiene un carácter bifronte al igual que el dios Jano, de la mitología romana, que se remonta a la historia legendaria de los orígenes de Roma. Una carta se manifiesta con la autorización del Órgano Legislativo, condición *sine qua non* para que se pueda surtir la fase posterior bajo la responsabilidad del Órgano Ejecutivo. Julio E. Linares advierte que la “aprobación parlamentaria de un tratado conforme al derecho interno está relacionada con la ratificación en el pleno internacional, toda vez que sin ella se carecería de autorización constitucional necesaria para efectuar el acto internacional de ratificación”.¹⁷ La otra cara se presenta con la confirmación del Órgano Ejecutivo, quien así está obligando al Estado panameño en relación con el tratado antes celebrado y aprobado; es decir, está comprometiendo desde la perspectiva del Derecho Internacional a la República de Panamá (cfr. artículo 2, literal b) de la Convención de Viena de 1969).

La ratificación, enseña el diplomático peruano Luis Solari Tudela -profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lima y ex profesor de esta materia en la Universidad de Panamá- en su obra *Derecho Internacional Público*, “Es el último proceso en la conclusión de un tratado. Por lo general las disposiciones internas de los países obligan a que la Asamblea Legislativa apruebe los tratados y

¹⁷ LINARES (1977) p. 257.

sólo después de esta aprobación el Ejecutivo puede ratificarlos. Posteriormente se procede al canje de ratificaciones, si el tratado es suscrito por dos Estados, o al depósito de instrumentos de ratificación, si se trata de un tratado multilateral donde un Estado o un Organismo Internacional pueden ser depositarios”.¹⁸

Germán Cavalier en su libro titulado *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, alude a la ratificación como “un acto del presidente por medio del cual confirma ante el Derecho Internacional que el tratado por él celebrado con otro Estado ha sido aprobado conforme a su derecho interno e indica su intención de proceder el canje o depósito de las ratificaciones con el objeto de perfeccionar el tratado celebrado por su plenipotenciario, confirmado por él, aprobado por el Congreso por medio de Ley y sancionada dicha ley conforme a las disposiciones constitucionales. Es la ratificación un acto regulado por el derecho internacional que solamente puede tener lugar cuando se han cumplido esas etapas previas del derecho internacional e interno. La ratificación -añade- y el canje o depósito de la misma, son actos indispensables para que el tratado adquiera fuerza obligatoria ante el Derecho Internacional”.¹⁹

En los tratados bilaterales, el presidente de la República, con el refrendo del ministro de Relaciones Exteriores, expide el instrumento de ratificación, debidamente firmado y sellado; documento en el que deja constancia del nombre, de la fecha y del país con el que se suscribió el tratado; del número y de la fecha de la ley votada por la Asamblea Legislativa, y del número y de la fecha de la Gaceta Oficial en donde fue publicada, y como corolario declara formalmente que ratifica el tratado, lo tiene como ley de la República y compromete para su observancia el honor nacional.

En los tratados multilaterales aprobados en conferencias (que usualmente se denominan convenciones), la diferencia en el instrumento estriba en que el presidente deja constancia del nombre y de la fecha de la conferencia en donde se adoptó y de la fecha de la firma. Si el instrumento se refiere a la adhesión de un tratado, cambia en cuanto a que da fe de que el tratado fue adoptado en determinada conferencia y que la República de Panamá se adhiere a él.

Posteriormente, las partes intercambian los instrumentos de ratificación en el lugar y la fecha prefijada. El embajador mexicano César Sepúlveda, en la obra intitulada *Derecho Internacional*, explica la figura así: “En esa fecha los funcionarios que se hayan designado para tal efecto -y parece conveniente aclarar que no se requiere pleno poder para el acto de intercambio de instrumentos de ratificación- se cambian los instrumentos, debidamente firmados cada uno de ellos y se levanta un acta, la cual irá en el idioma de los países firmantes que suscriben los funcionarios y con ello queda completa la ratificación. Es de advertirse que no se concibe ratificación que no sea escrita.

Cuando se trata de ratificaciones a tratados multipartitos -agrega-, el procedimiento difiere, pues la práctica moderna es la de depositar los instrumentos de ratificación con un gobierno determinado, o en el secretariado de una organización internacional. Por lo común, esos tratados multilaterales contienen cláusulas que rigen el depósito de las ratificaciones. El gobierno depositario da aviso oportuno a los otros países que ya hayan ratificado”.²⁰

¹⁸ SOLARI TUDELA, Luis (1986): *Derecho Internacional Público* (Lima, Studium Ediciones, tercera edición) p. 33.

¹⁹ CAVALIER, Germán (1979): *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia* (Bogotá, Editorial Kelly) p. 171.

²⁰ SEPÚLVEDA, César (1981): *Derecho Internacional* (México, Editorial Porrúa, duodécima edición) p. 128.

El tratado entra en vigor en la fecha y de la manera que en él se disponga o que hayan acordado los Estados negociables. A falta de tal disposición o acuerdo entrará en vigor después que exista la constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado (artículo 24 de la Convención de Viena).

En el instrumento de ratificación (de aceptación, aprobación o adhesión) es posible formular reserva al tratado; hecho que igualmente suele suceder en el momento de la firma, a menos que -conforme al artículo 19 de la Convención de Viena- la reserva esté prohibida en el tratado; que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que trate; o en los casos antes no previstos, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Por reserva se entiende “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (artículo 2, literal d, de la Convención de Viena).

Las reservas parecen propias de los tratados multilaterales. En el momento de firmar, ratificar o adherir a un tratado en el que participa cierta cantidad de países, cualquier Estado tiene el derecho de formular reservas, siempre que no sean incompatibles con el objeto y el propósito del tratado. De este modo se constituye en parte de la convención, pero deja a salvo su voluntad de “excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones” en la aplicación referente a él. “Las reservas en los tratados bilaterales (...) -propugna el diplomático colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra- equivalen a una propuesta que hace que se reanuden las negociaciones entre los Estados acerca de las estipulaciones del tratado. Si llegan a un acuerdo, aceptando o rechazando la reserva, se celebrará el tratado; de lo contrario, no se celebrará. Es decir, las reservas no se pueden hacer a los tratados bilaterales, por cuanto constituyen una nueva propuesta para ser discutida y renegociada entre las partes”.²¹

IV. EL CONVENIO DE DONACIÓN: ¿TRATADO O ACUERDO EN FORMA SIMPLIFICADA?

Veintidós meses densamente cargados de medidas unilaterales, coercitivas e ilegales -que incluían la retención de distintos fondos del Estado panameño, la retención de todos los ingresos provenientes de las operaciones del Canal, la orden impartida a las empresas norteamericanas de no pagar impuestos, tasas o contribuciones (bajo la amenaza de sanciones penales), el bloqueo de operaciones bancarias, la restricción en la entrega de dólares al sistema bancario nacional, la suspensión de la cuota de azúcar, etc., ocasionando con todo ello una pérdida del veinte por ciento del producto interno bruto-, así como también de las constantes maniobras militares con fines intimidatorios, y de las violaciones flagrantes y sistemáticas de los Tratados Torrijos-Carter por parte del gobierno de los Estados Unidos en contra de la República de Panamá, tuvieron un desenlace dramático y fatal cuando el día 20 de diciembre de 1989, a la una y cinco minutos de la madrugada, el Presidente George Bush inició una descomunal invasión, utilizando más de treinta mil unidades de sus fuerzas militares (tierra, aire y mar), con equipo y armas de combate de tecnología sumamente sofisticada.

²¹ MONROY (1978) p. 58.

Esta invasión -que es un eslabón más en la larga cadena de las intervenciones militares estadounidenses -permitió la ocupación total del territorio con miras a la prolongación de las bases militares más allá del 31 de diciembre de 1999, según los designios del documento de Santa Fe II y constituye uno de los traumas más severos de nuestra historia debido a sus efectos devastadores en la vida humana, en el orden material, en el orden psicológico y en orden moral; y además, por sus consecuencias deletéreas en la conciencia nacional de algunos sectores de la sociedad. El saldo negativo para los panameños se puede, *prima facie*, describir de esta forma:

- Un número alto e indeterminado de pérdida de vidas humanas entre civiles y militares (niños, mujeres y hombres). El Comando Sur, la Jerarquía de la Iglesia Católica y el régimen actual dan cifras de 627 muertos; sin embargo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en Panamá (CONADEHUPA), en el informe anual (mayo 89 - mayo 90) de la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA) publicado bajo el título: *Situación de los Derechos Humanos en Centroamérica*, asevera, vistos los informes de personalidades políticas norteamericanas así como también de la Diócesis de Colón y Kuna Yala, y de la Vicaría de Darién; y recibidos los datos recabados por la Cruz Roja Internacional, etc., que la invasión ocasionó más de 3,000 muertos.²² Por otro lado, Ramsey Clark, ex Procurador General de los Estados Unidos y Jessie Jackson, excandidato presidencial demócrata, “tienen en su poder datos que elevan la cantidad de 5,000 a 7,000”.²³
- Un número alto e indeterminado de heridos. El grupo estadounidense “Médicos por los Derechos Humanos” asegura que fueron 3,000.
- 5,000 panameños fueron hechos prisioneros en campos de concentración norteamericanos.
- “20,000 familias sin viviendas y sin pertenencias”.²⁴ Una buena parte de ellas es refugiada de guerra en los hangares de la base aérea de Albrook, sujeta al control de los norteamericanos.
- 3,933 viviendas destruidas.
- 4,000 millones de dólares en daños a la economía del país.
- 42% de la población económicamente activa en situación de desempleo.
- Daño psicológico a la población panameña.
- Deformación del sentimiento y de la conciencia nacional en algunas capas sociales.

Esta acción militar viola el *principio de no intervención*, consagrado por los instrumentos internacionales; entre los más importantes están la Carta de las Naciones Unidas, las diferentes resoluciones de su Asamblea General y la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Al respecto, la Carta de San Francisco en su artículo 2, párrafo 7, advierte:

“Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos internos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...”

La Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución 2131 (XX), de 21 de diciembre de 1965, “sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía”, declaró que:

“Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente

²² COHEDUCA: “Situación de los derechos humanos en Centroamérica”, Informe Anual mayo 1989-mayo 1990 (San José) pp. 101- 102.

²³ COHEDUCA (1989-1990) p. 101.

²⁴ COHEDUCA (1989-1990) p. 101.

la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo componen, están condenados;”

En la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre “El principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta”, la Asamblea General dispuso que:

“Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro, ni a interferir el derecho de cualquier Estado a elegir o desarrollar su propio orden político, económico y social en la forma más acorde con el gobierno de su propio pueblo”.

En la Resolución 2734 (XX), de 16 de diciembre de 1970, “sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional”, la Asamblea General se pronunció así:

“...Los Estados deben respetar plenamente la soberanía de otros Estados y el derecho de los pueblos a determinar sus propios destinos sin intervención, coerción ni coacción externas, especialmente las que entrañen la amenaza o el uso, ya sea abierto o encubierto, de la fuerza y abstenerse de toda tentativa encaminada a quebrantar parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de cualquier otro Estado o país”.

Y en la Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981, relativa a “la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados”, la Asamblea General dejó en claro que:

“Ningún Estado o grupo de Estados tiene el derecho a intervenir o injerirse, en ninguna forma ni por ningún motivo, en los asuntos internos y externos de otros Estados”.

Por otro lado, la Carta de Bogotá, en su artículo 18, en forma meridiana establece que: “Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen”.

La intervención militar estadounidense también viola los dos tratados referentes al Canal de Panamá por cuanto ellos estipulan el respeto al principio de no intervención. Es más, frente a los propósitos manifiestamente intervencionistas de la reserva del senador Denis De Concini, en el sentido de que “...no obstante las estipulaciones del Artículo V o de cualquier otra estipulación del Tratado, si el Canal fuere cerrado o sus operaciones fueren obstaculizadas, la República de Panamá y los Estados Unidos de América, tendrán el derecho a tomar las medidas que, cada uno actuando independientemente, considere necesarias, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, incluyendo el uso de la fuerza militar en Panamá, para reabrir el Canal o reanudar las operaciones del Canal, según fuere el caso;” tanto en el Instrumento de Ratificación de Panamá como en el de los Estados Unidos, ambos del Tratado del Canal de Panamá, está incluida una contraenmienda (enmienda del senador Frank Church) que garantiza dicho principio y que se transcribe:

“De conformidad con su adhesión al Principio de no Intervención, toda acción emprendida por los Estados Unidos de América en ejercicio de sus derechos para asegurar que el Canal de Panamá permanezca abierto, neutral, seguro y accesible de acuerdo con las estipulaciones del Tratado del Canal de Panamá y al Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Funcionamiento del Canal y las resoluciones de ratificación referentes a los mismos, tendrá como único propósito de garantizar que el Canal permanezca abierto, neutral, seguro y accesible y no tendrá como propósito, ni será interpretada como un derecho de intervenir en los asuntos internos de la República de Panamá o interferir en su independencia política o en la integridad de su soberanía”.

Igualmente, el principio de no intervención sigue incólume cuando en ambos instrumentos de ratificación del Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Funcionamiento del Canal de Panamá, se incorpora como parte integral de ese tratado, la enmienda siguiente:

“Conforme al Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente y al Funcionamiento del Canal de Panamá (el Tratado de Neutralidad), Panamá y los Estados Unidos tienen la responsabilidad de asegurar que el Canal de Panamá permanezca abierto y seguro a naves de todas las naciones. La interpretación correcta de este principio es que cada uno de los países, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, defenderá el Canal contra cualquier amenaza al régimen de neutralidad y por consiguiente tendrá derecho de actuar contra cualquier agresión o amenaza dirigida contra el Canal o contra el tránsito pacífico de naves por el Canal. Esto no significa ni se interpretará como un derecho de intervención de los Estados Unidos en los asuntos internos de Panamá. Cualquier acción por parte de los Estados Unidos estará dirigida a asegurar que el Canal permanecerá abierto, seguro y accesible y nunca estará dirigida contra la integridad territorial o la independencia política de Panamá”.

Y para que no quedara ningún tipo de duda de que los Estados Unidos tenía que respetar el principio de no intervención y que los instrumentos canaleros no le otorgaban ningún derecho en sentido contrario, el General Omar Torrijos, jefe de Gobierno de Panamá y Jimmy Carter, presidente de los Estados Unidos en el Protocolo de Canje de Instrumentos de Ratificación que fuera suscrito el día 16 de junio de 1978, en la ciudad de Panamá, dieron fe de lo siguiente:

“La República de Panamá accede al canje de los Instrumentos de Ratificación del Tratado del Canal de Panamá y del Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Funcionamiento del Canal en la inteligencia de que hay normas positivas de Derecho Internacional Público contenidas en tratados multilaterales de los cuales son Partes tanto la República de Panamá como los Estados Unidos de América y que, en consecuencia, obligan a ambos Estados a cumplirlas de buena fe, tales como los artículos 1, parágrafo 2 (las relaciones entre naciones han de basarse en el principio de la igualdad de derechos y el principio de la libre determinación de los pueblos), y 2 parágrafo 4 (los miembros de la ONU se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado), de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y los artículos 18 (Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro) y 20 (“El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de

fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal”) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Es también el entendimiento de la República de Panamá que las acciones que cada Parte puede tomar en ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes según el tratado del Canal de Panamá y el Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Funcionamiento del Canal de Panamá, incluidas las medidas para reabrir el Canal o restablecer su funcionamiento normal, si fuere interrumpido y obstaculizado, se efectuarán de modo consecuente con los principios de mutuo respeto y cooperación en que se basa la nueva relación establecida mediante dichos Tratados”.

Con fundamento en todo lo anterior, la comunidad internacional rechazó la invasión a Panamá: Hubo pronunciamientos individuales de los Estados; sin embargo, también los hubo a nivel de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos.

La Asamblea General de la ONU aprobó en la 88.^a sesión plenaria del día 29 de diciembre de 1989, una resolución – ya se había debatido y votado la cuestión en el Consejo de Seguridad, en donde Estados Unidos vetó la resolución – que “Deplora profundamente la intervención en Panamá de las fuerzas armadas de los Estados Unidos de América, que constituye una flagrante violación del derecho internacional y de la independencia, soberanía e integridad territorial de los Estados”; que “Exige el cese inmediato de la intervención y la retirada de Panamá de las fuerzas armadas invasoras de los Estados Unidos”; que exige también “el pleno respeto y la fiel observancia de la letra y el espíritu de los Tratados Torrijos-Carter”; que “Exhorta a todos los Estados que apoyen y respeten la soberanía, la independencia y la integridad territorial de Panamá”, etc.

Asimismo, el Consejo Permanente de la OEA el día 8 de enero de 1990 expidió otra resolución en la que deplora “profundamente la intervención militar en Panamá”; exhorta “al retiro de tropas extranjeras utilizadas para la intervención militar” y reafirma que “la solución a la crisis que afecta a Panamá en los actuales momentos, requiere necesariamente el pleno respeto a la libre determinación del pueblo panameño sin injerencias externas y la fiel observancia de la letra y el espíritu de los Tratados Torrijos-Carter”; etc.

La administración Bush utilizando el poderío de sus aviones, sus tanques, sus cañones y sus fusiles; el amparo de la nocturnidad, la complicidad manifiesta de elementos nativos y el juramento sellado en una base militar, esa madrugada del 20 de diciembre de 1989 instaló un gobierno integrado por Guillermo Endara (abogado), Ricardo Arias Calderón (especialista en filosofía escolástica) y Guillermo Ford Boyd (corredor de seguros) -candidatos a presidente y vicepresidentes de la República, respectivamente, por una alianza de oposición en las anuladas elecciones del 7 de mayo de 1989- quienes acordaron a renglón seguido el “Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional” (de 21 de diciembre de 1989; Gaceta Oficial N.º21,440 de 21 de diciembre de 1989), - instrumento que marca indeleblemente el origen y la naturaleza del régimen – y con el que asumieron la forma política de un triunvirato en la medida de que, conforme al artículo 1.º, “Todo el poder público...” es ejercido por ellos, mediante actuaciones por unanimidad.

El régimen así surgido ha celebrado un número exiguo de tratados (convenios, acuerdos, canje de notas y arreglos), especialmente con los Estados Unidos, que reflejan una política dual, si se toma en

consideración que un grupo minoritario fue remitido a la Asamblea Legislativa -designada por obra del susodicho Estatuto y que entró en funciones el 1.º de marzo de 1990- antes de su ratificación; mientras que otro grupo mayor fue puesto en vigor desde su firma (en algunos casos se recurrió al expediente de la autorización previa del Consejo de Gabinete) con el argumento de que se trata de “acuerdos en forma simplificada,” autorizados por la Convención de Viena de 1969.

El grupo minoritario de tratados, que el gobierno decidió someter a la consideración de la Asamblea Legislativa, se reduce, en realidad, a dos instrumentos: un convenio y un acuerdo. El primero es el Convenio celebrado con los Estados Unidos de América sobre Medidas para impedir el desvío de productos químicos especiales, que fue aprobado por ese cuerpo legislativo mediante la Ley 5 de 25 de junio de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,570 de 2 de julio de 1990); y el segundo es el acuerdo llevado a efecto con ese país, concerniente al envío de voluntarios del Cuerpo de Paz de los Estados Unidos, celebrado mediante canje de notas del 1.º de mayo de 1990, que fue aprobado por medio de la Ley 18 de 19 de noviembre de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,672 de 23 de noviembre de 1990).

No es dable incluir dentro de este grupo a otros tratados -en esta oportunidad son convenios, convenciones o protocolos multilaterales- aprobados por la Asamblea, porque fueron celebrados con anterioridad al 20 de diciembre de 1989. Nos referimos al “Convenio por el que se suprime la exigencia de legalización para documentos públicos extranjeros”, concertado el 5 de octubre de 1961 (Ley 6 de 25 de junio de 1990. Gaceta Oficial N.º21,571 de 3 de julio de 1990); a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (Ley 15 de 6 de noviembre de 1990. Gaceta Oficial N.º21,667 de 16 de noviembre de 1990); al Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Radiactiva, firmado el 21 de septiembre de 1989 (Ley 20 de 6 de diciembre de 1990. Gaceta Oficial N.º21,864 de 12 de diciembre de 1990); y al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Deshechos Peligrosos y su Eliminación (Ley 21 de 6 de diciembre de 1990. Gaceta Oficial N.º21,686 de 14 de diciembre de 1990).

El otro grupo de tratados, que el gobierno se ha permitido dispensarle el tratamiento de acuerdos en forma simplificada, es el siguiente: Acuerdo de Cooperación Mutua con el gobierno de los Estados Unidos para Reducir la Demanda, Impedir el Consumo Ilícito y Combatir la Producción y el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, suscrito el 10 de enero de 1990 (sin publicar en la Gaceta Oficial); Convenio con el gobierno de los Estados Unidos para la adquisición de bienes y servicios por parte de la República de Panamá y el establecimiento de una fuerza de tarea bilateral (Fuerzas Armadas de E.E.U.U. y Panamá) para administrar la adquisición de tales bienes y servicios, del 5 de febrero de 1990, “autorizado” mediante la Resolución de Gabinete N.º31, de 7 de febrero de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,478 de 19 de febrero de 1990); Canje de Notas con el gobierno de los Estados Unidos, por el cual se nombra “al Director General de Consular y Naves o la persona a quien él designe como representante del Gobierno de Panamá al efecto de confirmar si una embarcación es de matrícula panameña y de autorizar o de solicitar medidas cooperativas de parte de las autoridades pertinentes de los Estados Unidos con respecto a las embarcaciones matriculadas en la República de Panamá,” del 1.º de mayo de 1990 (sin publicar en la Gaceta Oficial); y Convenio Básico de Cooperación con la Fundación Konrad Adenauer, suscrito el 23 de mayo de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,557 de 13 de junio de 1990).

Otro grupo no menos importante es el integrado por los tratados que se detallan enseguida: Convenio con la Asociación Internacional SOS-KINDERDORF INTERNATIONAL, firmado el 1.º de julio de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,606 de 22 de agosto de 1990); Convenio de Donación con el gobierno de los Estados Unidos denominado “Programa para la Recuperación Económica. Programa de la A.I.D. N N.º525-303”, de fecha 3 de julio de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,581 de 17 de julio de 1990), “autorizado” por el Consejo de Gabinete mediante la Resolución N.º23 de 27 de junio de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,598 de 9 de agosto de 1990); Convenio de Donación con el gobierno de los Estados Unidos titulado “Programa de Reactivación del Sector Privado. Programa de la A.I.D. N.º525-0304”, de 24 de julio de 1990 (Gaceta Oficial N.º21,595 de 6 de agosto de 1990), “autorizado” a través de la Resolución de Gabinete N.º27 de 18 de julio de 1990 (Gaceta Oficial N.º 21,598 de 9 de agosto de 1990); y Arreglo Administrativo con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, por conducto del Director en Panamá del Programa Internacional de Asistencia en el Entrenamiento de la Investigación Criminal, para el entrenamiento y el desarrollo de habilidad de la Fuerza Pública, el desarrollo de políticas y procedimientos, incluyendo los patrones de responsabilidad profesional, el desarrollo de una academia de policía, y el abastecimiento limitado de equipo para programas y actividades específicas, suscrito el 28 de diciembre de 1990 (sin publicar en la Gaceta Oficial).²⁵ En esta investigación nos anima el propósito de examinar exclusivamente el Convenio de Donación celebrado entre el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno de Panamá, que oficialmente se conoce con el nombre de “Programa para la Recuperación Económica. Programa de la A.I.D. N.º525-0303 (de 3 de julio de 1990); y que de ordinario se llama el “*Convenio de Donación*” a secas, con el fin de

²⁵ En las últimas semanas el gobierno ha suscrito con los Estados Unidos de América dos tratados que tienen profunda trascendencia en el acontecer nacional. El primero consiste en una donación de 15.9 millones de dólares “que serán utilizados para mejorar la Administración de justicia en Panamá” y fue firmado el 8 de marzo de 1991 (sin publicar en la Gaceta Oficial). Sus efectos beneficiosos o perjudiciales tendrán que evaluarse a mediano y largo plazo.

El segundo es un Arreglo “sobre Apoyo y Asistencia por parte del Servicio de los Guardacostas de los Estados Unidos al Servicio Marítimo Nacional del Ministerio de Gobierno y Justicia”, y fue firmado el 18 de marzo de 1991 por el embajador Hinton y Ricardo Arias Calderón, primer vicepresidente de la República y ministro de Gobierno y Justicia (sin publicar en la Gaceta Oficial). Este tratado cuyo objetivo es el patrullaje conjunto de las costas panameñas por parte de “unidades de los servicios de guardacostas de Estados Unidos y el Servicio Marítimo Nacional de Panamá”, reitera el menoscabo a nuestra condición de Estado Soberano, reconocida por la comunidad internacional y lesiona la dignidad nacional. Con toda razón, el diario *La Estrella de Panamá*, el día viernes 22 de marzo del año en curso, en el editorial titulado “La Vigilancia Conjunta de las Costas Panameñas”, al referirse a este acuerdo que “autoriza a los guardacostas norteamericanos a vigilar las costas soberanas de la nación”, sentencia:

“Los patrullajes conjuntos que ahora se acentúan con la firma de este acuerdo, seguirán constituyendo la prueba más fehaciente de que nuestro país sigue siendo una nación ocupada y lastimada gravemente en su orgullo y en su integridad territorial.”

El primer vicepresidente de la República y ministro de Gobierno y Justicia declaró a *La Estrella de Panamá*, el día martes 19 de marzo de 1991 (primera plana), que el Convenio no deberá pasar a la Asamblea Legislativa porque es administrativo “y no es un tratado en el sentido formal de la palabra.”

Por su lado, el presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Asamblea Legislativa, Legislador Olimpo Sáez, coincidiendo con dicha tesis, expidió un comunicado el mismo día 19 de marzo, en el que expresa “su apoyo al Acuerdo” y lo califica de “Arreglo administrativo”, que “tiene fundamento en el ordenamiento jurídico vigente de la República, cuestión básica para su concertación y ejecución” (*El Panamá América*, 19 de marzo de 1991, primera plana).

Estas manifestaciones son absolutamente contrarias a la Constitución Nacional. En lo que respecta al presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores, su pronunciamiento -insólito en el marco de una comisión de tal naturaleza- exhibe la voluntad expresa de renunciar a una atribución exclusiva e indeclinable que la Carta Fundamental le asigna a nuestra Asamblea Legislativa. A nuestro criterio, ni el presidente del Parlamento, ni sus miembros, y menos el presidente de cualquiera de las Comisiones, tienen la potestad de vincular a dicho Órgano con actos omisivos del mandato constitucional.

desentrañar su naturaleza habida cuenta el debate jurídico nacional -aunque también se han cuestionado profundamente desde el prisma político sus condiciones onerosas para el país- en torno a si es propiamente un *tratado* o si cabe la figura del *acuerdo en forma simplificada*, a los efectos de su sometimiento del control parlamentario o no. Hay que formular la advertencia en el sentido de que las conclusiones del examen son así mismo válidas en los demás casos.

Los elementos de análisis son los que se externan:

1. *Las partes y el objeto.* El 3 de julio de 1990, el gobierno de los Estados Unidos, representado por Deane R. Hinton, embajador en Panamá y por Thomas W. Stukel, director de la Agencia Internacional para el Desarrollo en Panamá (USAID/PANAMA); y el gobierno de Panamá, representado por Julio E. Linares, ministro de Relaciones Exteriores y por Guillermo Ford Boyd, segundo vicepresidente y ministro de Planificación y Política Económica, suscribieron en un lugar no determinado (“sus representantes debidamente autorizados, firman y entregan el presente Convenio en el día y año indicados al principio del mismo”) y con prevalencia de la versión en inglés, el Convenio de Donación, por el cual el primer gobierno le dona al segundo una suma que no exceda de los 243.85 millones de dólares estadounidenses, “en concepto de asistencia y en apoyo al Programa de Recuperación Económica del Gobierno de Panamá” (artículo 1).

Llama poderosamente la atención que dicha suma, conjuntamente con la suma de 107.9 millones de dólares estadounidenses destinada al “Programa de Reactivación del Sector Privado del Gobierno de Panamá” (Convenio de Donación de fecha 24 de julio de 1990), representa una cantidad sustancialmente inferior a los 1.000 millones de dólares estadounidenses que en calidad de “ayuda” la administración Bush había prometido al gobierno panameño semanas después de la invasión. Y más llama la atención el hecho de que ella representa menos de la mitad de una cuarta parte de la suma total de los daños causados a la República de Panamá por la intervención militar.

El Programa de Recuperación Económica está dividido en dos subprogramas que consisten en:

- a) La normalización de las relaciones con las instituciones internacionales de finanzas (Fondo Monetario Internacional, Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo). A este efecto, el A.I.D., organismo ejecutor del Convenio, proveerá 130 millones de dólares de la cantidad sujeta a donación, para pagar las morosidades del Donatario con estas instituciones.
- b) El apoyo para el presupuesto de inversión del Donatario. La A.I.D. para este fin, proveerá el remanente de 113.85 millones de dólares en tres partidas de 29.85 millones de dólares, de 42 millones de dólares y de 42 millones de dólares.

2. *Las condiciones onerosas.* La donación que hace el gobierno estadounidense al gobierno panameño no es pura o simple. Ella envuelve un acto sujeto a condiciones y si estas no se cumplen la consecuencia es que el Convenio queda terminado. No se advierten en este caso condiciones importantes vinculadas a seguridades y controles para el uso del dinero en la forma estipulada; por el contrario, las condiciones cardinales están sujetas a la adopción de una nueva política económica internacional e interna, a saber:

- a) *Condiciones previas al desembolso del subprograma de Instituciones Financieras Internacionales (IFIs).* De acuerdo con el artículo II, Sección 2.2, anterior al desembolso de la suma donada para este subprograma, el Donatario proporcionará a la A.I.D., en “forma y substancia satisfactoria para la A.I.D.”, las evidencias subsiguientes:

- a.1) Prueba de la adopción por parte del Donatario de un programa de estabilización económica a corto plazo que llene los requisitos de un programa de apoyo con el Fondo Monetario Internacional.
- a.2) Una carta que establezca que el Donatario ha apartado 130 millones para ser usados como contribución de Panamá para liquidar las morosidades con las IFIs.
- a.3) Prueba de que no se han acumulado morosidades adicionales en la IFIs aparte de aquellos pagos vencidos al 31 de diciembre de 1989, o de otra fecha aceptada por escrito por la A.I.D.
- a.4) Prueba de que el Grupo de Apoyo a Panamá (el grupo de donantes internacionales formados para ayudar a Panamá a normalizar sus relaciones con las IFIs) ha identificado fuentes con fondos suficientes para el repago del monto total de las morosidades del Donatario con las IFIs y está preparado para proceder a la cancelación de las morosidades.

b. *Condiciones previas al desembolso del subprograma de apoyo al presupuesto.* Conforme al Artículo II, Secciones 2.3, 2.4 y 2.5, existen diferentes condiciones para el desembolso de las tres partidas, que deberán comprobarse “en forma y substancia satisfactoria a la A.I.D.” Estas son:

b.1) *Condiciones previas al desembolso de la primera partida (29.85 millones):*

b.1.a) Un plan para el manejo de las finanzas del sector público que describen las acciones ya tomadas y las proyecciones para el plazo medio con relación a los ingresos, los gastos, los salarios, los ahorros, la reducción de la deuda interna y la inversión.

b.1.b) Una carta que identifique las primeras empresas públicas que serán privatizadas de conformidad con el programa económico del Donatario y describa el plan para llevar a cabo estas privatizaciones.

b.1.c) Un plan para rebajar los aranceles de importación, eliminar las restricciones comerciales cuantitativas, y reducir el número de productos sujetos al control de precios como parte de una estrategia para mejorar las políticas comerciales y mercantiles.

b.1.d) Un plan para mejorar la competitividad de los productos panameños en los mercados mundiales.

b. 2) *Condiciones previas al desembolso de la segunda partida (42 millones):*

b.2.a) Prueba de que Panamá ha llegado a un acuerdo sobre un programa de reactivación económica a mediano plazo, respaldado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo y por el Banco Interamericano de Desarrollo.

b.2.b) Prueba de progreso aceptable en la ejecución de reformas de las políticas en las áreas de finanzas del sector público, privatización, política comercial y mercantil, relacionada con los planes y los programas identificados antes como b.2.a. y b.1.d. (en el Convenio se identifican con las letras a) y d) de la Sección 2.3. del artículo II).

b.2.c) Prueba de que el donatario ha llegado a un acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos de América para el intercambio de registro de transacciones internacionales de cambio en relación con las investigaciones y los procedimientos sobre narcotráfico y que se está logrando progreso constante hacia la firma de un Tratado de Asistencia Legal Mutua.

b.3) *Condiciones previas al desembolso de la tercera partida (42 millones):*

b.3.a) Prueba de que Panamá ha recibido las primeras partidas del Banco Reconstrucción y Desarrollo y del Banco Interamericano de Desarrollo bajo el programa de reactivación económica a mediano plazo.

b.3.b) Prueba de progreso satisfactorio respecto a la firma de un Tratado de Asistencia Legal Mutua.

b.3.c) Prueba de progreso aceptable en la ejecución de reformas de las políticas en las áreas de finanzas del sector público, privatización, política laboral y política comercial y mercantil relacionadas

con los planes identificados en las condiciones que emanan de los apartados b.2.a. y b.2.d. (en el Convenio se identifican con las letras a) y d) de la Sección 2.3. del artículo II).

3. *La posición del Ministerio de Relaciones Exteriores.* Este Ministerio sostiene el criterio de que el Convenio de Donación es un convenio administrativo, o sea un acuerdo en forma simplificada, ya que cae dentro del ámbito administrativo de los funcionarios y que, por lo tanto, no está sujeto a la consideración del Órgano Legislativo. Julio E. Linares, jefe de la cartera, en carta que dirigiera a ocho presidentes de organizaciones profesionales, académicas y sindicales el día 20 de agosto de 1990 y publicada en la primera plana del diario La Estrella de Panamá del día miércoles 22 de agosto del mismo año, para responder a críticas crecientes en contra de dicho criterio, expone estos argumentos con el ánimo de convencer que los acuerdos en forma simplificada tienen cabida en nuestro régimen constitucional:

“De conformidad con las normas que se acaban de citar (artículos 153 No.3 y 179 No.9 de la Constitución Nacional), los tratados y convenios internacionales que se celebren, en virtud de la atribución que la Constitución asigna privativamente al Presidente de la República, deberán ser sometidos a la consideración de la Asamblea Legislativa. Esta, sin duda alguna, es la regla general. Y afirmo lo anterior, por cuanto no se debe perder de vista que el Artículo 4 de la Constitución establece, a su vez: ‘La República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional’.

Ahora bien, desde hace años se ha podido advertir en la Comunidad Internacional la tendencia de los Estados, cada vez más creciente, a adquirir compromisos sin cumplir con las formalidades de la previa aprobación legislativa o de la ratificación, como acontece con los llamados ‘acuerdos en forma simplificada’ de la doctrina francesa y con los ‘executive agreements’ de la doctrina estadounidense. Y ha sido tan creciente la tendencia señalada que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual forma parte del ordenamiento jurídico panameño por haber sido aprobada por medio de la Ley 17 del 31 de octubre de 1979, recoge y regula incluso el consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado mediante la firma tan sólo, en su Artículo 12, cuyo numeral 1º, es del siguiente tenor:

‘1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

‘a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;

‘b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o

‘c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.’

El hecho de que el ordenamiento jurídico panameño permita, a través del Artículo 4º de la Constitución, como se ha visto, la suscripción de ‘acuerdos en forma simplificada’ no significa, en modo alguno, que dichos acuerdos pueden recaer sobre cualquier materia. Ello no puede ser así, ya que la facultad para celebrarlos tiene que interpretarse en el contexto de la Constitución, es decir, sin tomarla aisladamente. De ahí que las obligaciones que Panamá puede contraer en los ‘acuerdos en forma simplificada’ que se celebre deben limitarse, como regla general, a aquellas que pueden ser cumplidas por el Órgano Ejecutivo, actuando en el ejercicio de sus funciones o de las atribuciones que le han sido asignadas. En otros términos, un ‘acuerdo en forma simplificada’ no podría, v.gr., ni adicionar ni derogar ni modificar ni subrogar normas de nuestro ordenamiento

jurídico, por cuanto la función legislativa ha sido atribuida por la Constitución a la Asamblea Legislativa, correspondiéndole al Órgano Ejecutivo tan sólo, dentro de esa función, la de sancionar y mandar a promulgar las leyes que apruebe la Asamblea, o la de devolverlas con las objeciones que estime pertinentes”.

4. *La opinión de la Procuraduría de la Administración.* En relación con consulta formulada por el presidente de la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Legislativa, la Procuradora de la Administración, Aura Feraud, por medio de la Nota N.º249 de 14 de agosto de 1990, opina que el Convenio de Donación no requiere someterse a la consideración de dicha Asamblea, habida cuenta que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, en sus artículos 11 y 12, autoriza plenamente a la República de Panamá a manifestar su consentimiento en el plano de los tratados por vía de la firma de esos instrumentos; tal como ocurre en este caso en que las partes negociadoras tuvieron la intención de darle vigencia a partir de su firma.

Frente al artículo 153, numeral 3, de la Constitución Nacional que establece como función legislativa de la Asamblea: “Aprobar o desaprobado, antes de su ratificación, los tratados y los convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo”, advierte su incompatibilidad con el artículo 195, numeral 7, que dispone como función del Consejo de Gabinete: “Negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio... con sujeción a las normas previstas en las Leyes a que se refiere el numeral 11 del artículo 153. Mientras el Órgano Legislativo no haya dictado Ley o Leyes que contengan las normas generales correspondientes, el Órgano Ejecutivo podrá ejercer estas atribuciones y enviará al Órgano Legislativo copia de todos los Decretos que dicte en ejercicio de esta facultad.”

De modo entonces que recurre a la regla prevista en el artículo 14 del Código Civil, que determina la norma aplicable en caso de disposiciones especiales incompatibles que se hallen en un mismo Código, para arribar a la conclusión de que ha de preferirse la norma posterior; es decir, el artículo 195, numeral 7, que autoriza al Órgano Ejecutivo a celebrar determinados convenios -el Convenio de Donación es uno de ellos, considera la Procuradora- sin la participación posterior del Órgano Legislativo.

5. *Comentarios y conclusiones.* La historia constitucional patria labrada en la centuria decimonónica y en la presente con las Constituciones de 1904, 1941, 1946 y 1972, nos enseña magistralmente que los *tratados* y los *convenios internacionales* celebrados por el Órgano Ejecutivo requieren de la aprobación del Cuerpo Legislativo a objeto de que puedan ratificarse y de esta forma obligar al Estado panameño desde la perspectiva del Derecho Internacional.

Los artículos 153, numeral 3, y 179 numeral 9 de la Constitución vigente, diferencian nítidamente los conceptos *celebración*, *aprobación* y *ratificación*, que son indispensables e insustituibles en la formación del consentimiento del Estado tendiente a asumir derechos y ejercer obligaciones mediante tratados o convenios internacionales. No podría concebirse, en el ámbito nacional, un consentimiento válido si cualquiera de los dos órganos se inhibiera del cumplimiento de la responsabilidad que le corresponde.

Es cierto que los *acuerdos en forma simplificada* están en boga, según se infiere de la conducta internacional de los Estados contemporáneos. Esta práctica en algunos casos -como el del Perú- ha sido trasladada al texto constitucional (1979); en otros -como el de los Estados Unidos- es a simple vista extraconstitucional dado que la Carta Fundamental exige la previa consulta y el consentimiento del

Senado, aunque este escollo lo obvia el presidente -con la aceptación sin reticencia de la doctrina constitucional estadounidense- basado en que no son *treaties*, es decir “tratados en el sentido formal de la palabra, para los que la intervención del Senado es obligatoria”, sino *executive agreements* “que el presidente concluye válidamente por su sola autoridad”.²⁶

Empero, en nuestra Carta magna no existe una sola norma que exima al Órgano Legislativo de la mencionada aprobación. Tampoco se observa disposición alguna que dé margen al Órgano Ejecutivo para no sujetar los tratados y los convenios que celebre a la consideración de la Asamblea. Es imposible en sentido jurídico estricto que el gobierno obligue a la nación panameña exclusivamente con la firma (o con la ratificación), haciendo caso omiso del papel que le toca jugar al parlamento. En otras palabras, el sistema constitucional no prevé los acuerdos en forma simplificada.

Es cierto también que la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados (de 1969) recogiendo la herencia de la práctica internacional contempla los *acuerdos en forma simplificada* como modalidades que facultan a los Estados para contraer obligaciones y que se manifiestan a través de la firma o del *canje de notas*. Pero, es cierto asimismo que dicha Convención consigna las modalidades clásicas de obligarse a saber: la *ratificación*, la *aceptación*, la aprobación o la *adhesión*.

Ahora, la Convención no le indica a los Estados la forma en que deben prestar su consentimiento. Por el contrario, ella lo que hace es reconocer una realidad: que se presenta una gama de posibilidades y cada Estado escoge la posibilidad que autoriza su ordenamiento nacional. Es decir, hay varios senderos y el sujeto de Derecho Internacional se acoge al que le permite su Constitución Nacional. Por esto, le asiste la razón al ex canciller Carlos López Guevara, en opinión (“Convenio de Donación debe ser sometido a la Asamblea”) publicada en el diario *El Panamá América* del domingo 26 de agosto de 1990, página 36-A, cuando escribe: “La Convención de Viena señala las diversas manera como un Estado puede expresar su voluntad de obligarse en el plano internacional; pero esas diversas fórmulas deben ajustarse al marco constitucional interno, según lo estatuye la propia Convención en el artículo 46, *so pena de nulidad*.”

Por lo tanto, la tesis de la Cancillería y de la Procuraduría de la Administración no tienen asidero. El hecho de que la República de Panamá hubiere aprobado la Convención en la esfera legislativa e integrado sus disposiciones al sistema jurídico nacional por mandato del artículo 4 de la Constitución Nacional que dice: “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”; no deriva la conclusión relativa a que tal norma permita la suscripción de los acuerdos en forma simplificada.

El *Convenio de Donación* es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre dos Estados; es decir, se trata de un *tratado o convenio internacional* suscrito por representantes debidamente autorizados de los gobiernos de los Estados Unidos y Panamá. En consecuencia, al tener ese carácter, a los efectos del Derecho panameño no cabe la menor duda de que debe someterse a la consideración de la Corporación Legislativa para que lo apruebe o lo rechace. La omisión involuntaria o deliberada en el cumplimiento de este mandato da origen, nacionalmente, al vicio de inconstitucionalidad e internacionalmente a un vicio de nulidad del instrumento -como *ut supra* se anunciara- en virtud de que existe *violación manifiesta* que afecta una norma de importancia fundamental del derecho interno

²⁶ ROUSSEAU (1966) p. 39.

concerniente a la competencia para “celebrar” tratados, tal como lo subsume el artículo 46 de la Convención de Viena.

Finalmente, resulta muy difícil encontrar incompatibilidad entre el artículo 153, numeral 3 y el artículo 195, numeral 7 de la Constitución, si se toma en cuenta que regulan materias diferentes. El primero fija su atención en los *tratados* y los *convenios internacionales*, mientras que el segundo se ocupa de los *empréstitos*. Así, pues, la Procuraduría de la Administración desconoce en la segunda parte de su dictamen que el susodicho *convenio* asume la condición de un compromiso entre Estados, es decir, de *tratado internacional* (artículo 2, párrafo 1, literal a) de la Convención de Viena) y, por ende, no se le puede equiparar a un *contrato de préstamo* o a un *contrato de donación* anejo, que se suscribe con instituciones financieras nacionales o internacionales privadas, o con capital o control público, pero que se sujeta al régimen de derecho privado.

Menos podría dársele la categoría de *contrato de donación* cuando el Estado donante obliga al Estado donatario a dictar las leyes o los decretos que sean necesarios para modificar, subrogar o derogar normas comerciales, mercantiles, laborales, fiscales, etc.; y asimismo a la privatización de empresas públicas y a la negociación y ulterior firma de un Tratado de Asistencia Legal Mutua, entre otras condiciones, que rebasan los límites de un simple contrato.

Ciudad de Panamá, 1991.

V. POST SCRIPTUM: TRES DÉCADAS DESPUÉS, PERSISTEN LAS MISMAS VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El fallo de la Corte Suprema de Justicia con respeto al Convenio de Donación se adocenó a la *realpolitik* de aquellos tiempos: un país intervenido, tras la invasión estadounidense de 1989 y unas arcas públicas exiguas, pero no debe dejar de lamentarse, por el futuro del país de los panameños, que treinta años después de escritas estas anotaciones, persistan los mismas prácticas de los gobernantes, en cuanto a evadir el cumplimiento de las normas constitucionales sobre asuntos vitales para todos nosotros e impone cargas gravosas a las generaciones de presente y del porvenir.

A. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL CONVENIO DE DONACIÓN

Tiempo después del debate sobre el tema, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia resolvió la demanda de inconstitucionalidad que fue promovida por una firma local de abogados, declarando que no es inconstitucional el mencionado Convenio de Donación, mediante la sentencia de 13 de junio de 1991, dada a conocer en la Gaceta Oficial N.º21,960, del lunes 27 de enero de 1992.

La demandante propuso su acción fundada básicamente en el hecho de que el Convenio se publicó en la Gaceta Oficial, sin que tal documento fuera sometido a la consideración de la entonces Asamblea Legislativa, lo que ocasionaba la infracción de las normas Constitucionales, a saber: el numeral 3 del artículo 153 y el numeral 9 del artículo 179, de la Carta Política.

Los argumentos jurídicos más importantes de nuestro más alto tribunal de justicia fueron los subsiguientes:

1. “Debe entenderse que sólo las materias que competen constitucionalmente al Órgano Ejecutivo pueden ser objeto de acuerdos en forma simplificada. De allí que no podría un acuerdo de esta índole adicionar, modificar, subrogar o derogar ninguna ley existente, ya que esta función corresponde únicamente al Órgano Legislativo”. “Otro aspecto que se infiere del estudio del Convenio de Donación es que las obligaciones que éste impone a Panamá, pueden ser cumplidas por el Órgano Ejecutivo, sin que para ello intervenga ningún otro Órgano del Estado. Ejemplo de tales obligaciones son las cartas, dictámenes, planes, declaraciones, etc. a que se refiere el Convenio en sus diferentes secciones”.

2. “La negociación y contratación del Convenio de Donación ha sido atribuida por la constitución al Consejo de Gabinete, ente estatal que mediante Resolución N.º23 de 25 de junio de 1990 autorizó su celebración, puesto que el propósito del Convenio es autorizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio y el artículo 195, numeral 7 de la Constitución atribuye al Consejo de Gabinete tales funciones.

En el caso sub júdice, los ministros de Relaciones Exteriores y de Planificación y Política Económica fueron autorizados por el Consejo de Gabinete y la Comisión Económica Nacional para representar al Estado panameño como negociadores y para firmar el Convenio de Donación...”

Los argumentos de la Corte merecen los breves comentarios subsecuentes:

1. No existe norma constitucional que autorice una interpretación de esa naturaleza, es decir, una interpretación que permita la celebración de convenios o tratados internacionales, sin pasar por el requisito de la aprobación legislativa, porque se trata de materias que sólo le incumben al Órgano Ejecutivo. Por eso, coincidimos con lo expresado por el jurista Luis Cervantes Díaz quien, en su oportunidad, expuso que “El consentimiento de un Estado se forma mediante el cumplimiento de los mecanismos constitucionales que para ello tenga establecido. Entre nosotros, es requisito esencial para la formación de la voluntad nacional, permitir y no obstruir, la potestad que tiene el Órgano Legislativo para ‘aprobar o des aprobar antes de su ratificación los tratados y convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo’ contenida en el artículo 153 numeral 3 de la Carta Fundamental”.²⁷

Es más, no es cierto que el Convenio de Donación concerniera únicamente al Ejecutivo y no era necesaria la intervención del Legislativo, pues no implicaba la modificación, la subrogación o la abrogación de leyes. Por el contrario, la entonces Asamblea Legislativa quedó involucrada porque el Convenio obligó a la República de Panamá a realizar reformas políticas en las áreas de las finanzas públicas, la privatización de entidades públicas, la política laboral y la política comercial y mercantil, lo cual únicamente podía hacerse con la promulgación de las leyes correspondientes, que exigían como paso previo su aprobación por este Órgano del Estado. Además, debía aprobar, como en efecto lo hizo posteriormente, el Tratado de Asistencia Legal Mutua en materia penal suscrito con los Estados Unidos de América de América.

2. En contra del segundo argumento, transcribimos la opinión del licenciado Díaz, para quien “el numeral 7 del artículo 195 despoja temporalmente al Órgano Legislativo en circunstancias muy

²⁷ DÍAZ, Luis Cervantes: “Sobre el convenio de donación”, *La Prensa* (11/09/1990) p. 15A.

especiales de su facultad de dictar normas ‘generales o específicas a las cuales debe sujetarse el Órgano Ejecutivo’ en determinados sectores de la administración. Esta facultad del Órgano Legislativo se encuentra en el numeral 11 del artículo 153 de la Carta. “Ahora bien -agrega- “Es cierto que ese numeral faculta al Ejecutivo para ‘negociar y contratar empréstitos’ pero para eso, nada más. Estos contratos generalmente son con la empresa privada y no con otros Estados, y si lo fueran, resulta evidente que un contrato de préstamo, no es un Convenio de Donación”.²⁸

B. LAS OTRAS CONCESIONES INCONSTITUCIONALES Y LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En virtud de los Tratados del Canal de Panamá de 1977, denominados entre nosotros Torrijos-Carter, hace veinte años que la República de Panamá recuperó el Canal y todos sus atributos soberanos cuando el 31 de diciembre de 1999 partió del territorio nacional el último soldado estadounidense, que salió de la Zona del Canal, enclave colonial, en donde los Estados Unidos había instalado catorce bases militares.

Pese a ese hecho histórico acontecimiento, hoy existen graves peligros por acuerdos suscritos entre los gobiernos los Estados Unidos de América y diferentes gobiernos de la República de Panamá, que ponen innecesariamente en entredicho nuestros atributos soberanos, recuperados en todo el territorio nacional al final del siglo XX, y que nos colocan en especie de *capitis deminutio* en cuanto al ejercicio de las facultades jurisdiccionales propias de los Estados soberanos.

Estos convenios, con el agravante de que no se han sometido al escrutinio de la opinión pública, no han surtido el procedimiento constitucional con el necesario control del Órgano Legislativo, tal como lo prevé la Constitución Política. La excusa ha consistido en que se trata de acuerdos de ejecución simplificada y no tienen que sujetarse a la aprobación legislativa, como si el texto constitucional permitiera tal conducta gubernamental. Por el contrario, la Carta Magna exige que todo tratado, convenio, acuerdo o arreglo internacional, antes de su ratificación, debe ser aprobado por el Órgano Legislativo. Lo demás es artificio jurídico para impedir que entendimientos onerosos para la nación panameña sean expuestos al escrutinio público y se sepan las verdades de su contenido, que le otorgan potestades a los Estados Unidos de América que, por Constitución y ley, están reservadas a la República de Panamá. Se sigue con esa práctica perniciosa para evitar la discusión pública y se forma la corriente de opinión suficiente para causar el aborto -como ocurrió en 1927, con el tratado sobre el Canal y 1947, con el convenio sobre las bases militares- de tales engendros.

Me refiero especialmente a los convenios Arias Calderón-Hinton, Alemán Healy-Becker, Salas-Becker, Alemán-Zubieta-Becker y Escalona-Bolton, que ponen en duda los logros soberanos alcanzados con los Tratados Torrijos-Carter. El convenio Arias Calderón-Hinton fue suscrito por el doctor Ricardo Arias Calderón, ministro de Gobierno y Justicia en el gobierno del presidente Guillermo Endara y Deane Hinton, embajador estadounidense. Este arreglo, celebrado mediante un canje de notas el 18 de marzo de 1991, a menos de quince meses de haberse perpetrado la intervención militar estadounidense en Panamá, y al que el gobierno de Endara le dio el tratamiento inconstitucional de acuerdo de ejecución simplificada (el ministro lo llamaba “acuerdo ejecutivo”), regula los “operativos

²⁸ DÍAZ (1990) p. 15A.

policiales marítimos bilaterales en las aguas territoriales de la República de Panamá” , que son contrarios a la soberanía nacional y lesionan la imagen internacional del país.

El convenio Alemán Healy-Becker fue celebrado en diciembre de 2001, entre el licenciado José Miguel Alemán, ministro de Relaciones Exteriores del gobierno de la presidenta Mireya Moscoso y Frederick Becker, encargado de negocios a. i. del gobierno de los Estados Unidos de América. El canje de notas, que le dio vida al convenio estableció que dieciséis agencias federales del gobierno de los Estados Unidos, que forman parte del Equipo Nacional de Respuesta entre ellas el Departamento de Estado y el Departamento de Defensa, y el Servicio de Guardacostas, deben prestar ayuda a Panamá cuando se produzcan incidentes de contaminación ambiental y accidentes en el Canal de Panamá.

El convenio Salas-Becker o Arreglo Complementario 2002 del Arias-Calderón-Hinton, fue rubricado el 5 de febrero de 2002 (a dos años de la salida de las bases norteamericanas acantonadas en el área del Canal, a causa del Tratado del Canal de 1977), por el licenciado Aníbal Salas, ministro de Gobierno y Justicia del gobierno de la presidenta Moscoso y el mencionado Becker, encargado de negocios a. i. del gobierno de los Estados Unidos de América.

El convenio Salas-Becker, suscrito también vía canje de notas y con el mismo e inconstitucional tratamiento de acuerdo de ejecución simplificada, relativo al apoyo y la asistencia por parte del servicio de Guardacostas de los Estados Unidos al servicio marítimo nacional, extiende su radio de acción, porque más del área marítima -denunciaba el expresidente Jorge E. Illueca-, ha implicado “el territorio continental de Panamá y su espacio aéreo, así como operaciones en aguas internacionales, que afectarán en alta mar a las naves mercantes de bandera panameña”.²⁹ Las fuerzas armadas estadounidenses, con una simple notificación o autorización, tienen facultades para entrar en las aguas panameñas para investigar, detener y asegurar embarcaciones sospechosas y personas a bordo; entrar en persecución de aeronaves sospechosas en el espacio aéreo panameño; atracar temporalmente sus embarcaciones en los puertos panameños, con fines de abastecimiento de combustible y suministros, asistencia médica, reparaciones menores, servicio meteorológico y otros similares; embarcar y desembarcar los oficiales de abordaje en las instalaciones aéreas de Panamá; aterrizar y permanecer temporalmente en aeropuertos internacionales, con su personal militar uniformado, para el abastecimiento de combustible y suministros, la asistencia médica, las reparaciones menores, el servicio meteorológico, las otras necesidades logísticas y similares; y desembarcar y embarcar funcionarios estadounidenses con sus uniformes y sus pertrechos militares.

El convenio Salas-Becker permite a las fuerzas militares estadounidenses el registro de naves en aguas territoriales e internacionales, con autorización del uso de la fuerza armada y la incautación de bienes, lo que contraviene la Constitución, que prohíbe la confiscación de bienes; el patrullaje de embarcaciones estadounidenses en aguas marítimas panameñas; el sobrevuelo del espacio aéreo panameño de aeronaves de los Estados Unidos de América; el acopio de información procedente de los vuelos de apoyo logístico; el derecho primario de los Estados Unidos a ejercer la jurisdicción sobre embarcaciones o aeronaves detenidas, así como la declinatoria o la renuncia por Panamá de su jurisdicción; las reclamaciones por daños, perjuicios o pérdidas a las autoridades estadounidenses o directamente a las autoridades panameñas; y la participación y la asimilación de embarcaciones y

²⁹ La oposición sistemática y razonada a este convenio y a los otros que el gobierno respectivo calificaba de “acuerdos ejecutivos” o “acuerdos de ejecución simplificada”, se pueden consultar en ILLUECA, Jorge E. (2008): *Al socaire, Obra periodística* (Panamá, Editorial Sibauste).

aeronaves de apoyo técnico de terceros países con los cuales Estados Unidos o Panamá tuvieran acuerdos o arreglos para combatir el narcotráfico, las cuales también llevarán a cabo abordajes y registros, entre otros aspectos.

El convenio Alemán-Zubieta-Becker, complementario del convenio Alemán Healy-Becker, fue firmado el 1.º de abril de 2002, por el ingeniero Alberto Alemán Zubieta, administrador de la Autoridad del Canal de Panamá y Frederick Becker, el diplomático acreditado en Panamá, en representación de dieciséis agencias federales de los Estados Unidos de América, relacionado con la asistencia en caso de incidentes de contaminación ambiental en las aguas del Canal de Panamá, que podrían “afectar la operación normal de los buques que transitan por esta ruta”, de importancia para “el tráfico y comercio internacional”.

El convenio Escalona-Bolton fue rubricado en Washington el 12 de mayo de 2004, por el licenciado Arnulfo Escalona Ávila, ministro de Gobierno y Justicia y John Bolton, subsecretario de Estado de los Estados Unidos, que extendía los alcances del Convenio Salas-Becker y permite a personal militar estadounidense, a través del Servicio de Guardacostas y otras ramas de sus Fuerzas Armadas, abordar barcos de bandera panameña para su inspección en aguas jurisdiccionales panameñas o en aguas internacionales y buques que transitan por el Canal, sospechosos de transportar armas de destrucción masiva o de alta tecnología.

“En conjunto, -sintetiza el internacionalista Julio Yao Villalaz- los Acuerdos Posinvasión autorizan a EE.UU. para surcar libremente los espacios marítimo, continental, fluvial y aéreo de Panamá a fin de eliminar la contaminación en el Canal, combatir el terrorismo, el narcotráfico, el crimen organizado, el tráfico de armas, incluso nucleares y otras; gozar de privilegios e inmunidades diplomáticas excesivas; importar bienes sin restricción y libres de impuestos; detener naves sospechosas, encarcelar y trasladar a sus tripulaciones a EE.UU. sin pasar por la jurisdicción nacional; incautar y apropiarse de su cargamento; destruir naves y aeronaves sospechosas; ser inmunes ante la leyes panameñas; no ser objeto de reclamos judiciales; realizar maniobras militares con sus fuerzas armadas y las de otros países”. En pocas palabras, los Acuerdos Posinvasión le permite a EE.UU. hacer lo que le plazca”.³⁰

La Corte Suprema de Justicia, con una ingenuidad increíble y sin examinar la Historia Universal y especialmente la Historia de las relaciones de Panamá y los Estados Unidos, en fallo de 2 de septiembre de 2002, al resolver denuncia contra el ministro por presuntos delitos contra la personalidad jurídica del estado, abuso de autoridad e infracción de los deberes de servidor público, dada la suscripción del convenio Salas-Becker, invierte la realidad cuando hacia esta rotunda afirmación: “El representante del Ministerio Público señala que la actuación del funcionario acusado no implica un sometimiento de la República de Panamá al dominio de los Estados Unidos, o de aminorar su independencia o quebrantar su unidad territorial y política, además de que ‘tampoco se da en el presente ni se dará en el futuro la afectación del Estado panameño ni la conculcación de su independencia, soberanía ni su unidad, es decir, no se vislumbra en el accionar del funcionario denunciado una actuación premeditada y dolosa de planear, querer aceptar, y prever como un hecho posible el desmembramiento del Estado Panameño o someter el mismo, con todas las consecuencias que esto entraña, a la férula hegemónica de los Estados Unidos”.

³⁰ YAO VILLALAZ, Julio. “El Canal, entre EEUU y la Independencia”. *Conferencia dictada para la Central Nacional de Trabajadores de Panamá (Hotel Soloy, Panamá, 6 de octubre de 2018)*, Disponible en <https://www.alainet.org/es/articulo/196103>.

El Pleno de esta misma Corte, diecisiete años aproximados de la celebración del Salas-Becker, a raíz de esa acción de inconstitucionalidad presentada por el entonces presidente de la Asamblea Nacional, Pedro Miguel González, dado que el Órgano Ejecutivo no cumplió con los trámites necesarios ordenados por la Constitución Política y sus cláusulas permiten la entrega de la jurisdicción panameña a los Estados Unidos de América, desde el momento que la República de Panamá renuncia a la jurisdicción penal y permite la extradición de los nacionales, ambas situaciones que contradicen dicha Constitución, ha dispuesto en fallo de 6 de diciembre de 2018, que no es inconstitucional ese convenio, en función de que es un acuerdo complementario y constituye la prolongación del arreglo de 1991; por lo tanto, es -siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia- un “acuerdo simplificado” y no “tratado solemne”; y, en consecuencia, descartaba que al adoptarse se hubiere “incurrido en violaciones constitucionales de carácter formal”, porque este tipo de acuerdo “no requiere el cumplimiento de las mismas formalidad que se exigen para un “Tratado””.³¹

Este criterio jurisprudencial, mayoritario, fue expuesto a contrapelo de los artículos 153, numeral 9, y 179, numeral 9, hoy los artículos 159, numeral 3 y 184, numeral 9, de la Constitución Política de la República de Panamá, que facultan al presidente de la República a negociar, suscribir y ratificar los tratados, y a la Asamblea Nacional proceder con su aprobación, antes de darse el trámite de la ratificación; y que obligan al Órgano Ejecutivo someter a todos los tratados (convenios, arreglos, canje de notas, protocolos, etc., según la Convención de Viena), sin distinción alguna al control legislativo.

Se aduce que el Salas-Baker es un arreglo complementario y una prolongación del arreglo de 1991, es decir, del convenio Arias Calderón-Hinton, pero resulta evidente que este fue calificado de “acuerdo ejecutivo” por el vicepresidente y ministro Ricardo Arias Calderón y tampoco fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Es una prolongación y un complemento de un convenio que no surtió el procedimiento legislativo de rigor y por el cual, Panamá renuncia al ejercicio de atributos soberanos del Estado nacional. Ese convenio es por su naturaleza un tratado porque se refiere a temas sensibles y relativos a la soberanía nacional y debe pasar por todas las fórmulas previstas en el texto constitucional. En este sentido, es atinente lo que expresa dicha Corte Constitucional de Colombia, que cita en el Auto N.º 288 de 2010, paradigma para el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, su sentencia C-785/99, en cuanto a que “no es el nombre o denominación de un instrumento internacional sino su contenido lo que define su naturaleza de Tratado”.

Pero hay otro asunto adicional. En Auto N.º 288 de 2010, mediante el cual la Corte Constitucional de Colombia indica que el “Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América”, o sea, el tratado suscrito por el presidente Álvaro Uribe Vélez, que autoriza instalar siete bases militares de Estados Unidos en Colombia, “Es formalmente un acuerdo simplificado pero su contenido material regula asuntos propios de un tratado internacional” y, de este modo, “No puede surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano hasta tanto cumpla con el trámite constitucional previsto para los tratados en forma solemne” (el gobierno del presidente Juan Manuel Santos le dio la vuelta a este fallo y los militares estadounidenses siguen en Colombia con base en acuerdos de cooperación previos), y, en esa textura, se permite hacer clara diferencia entre tratados solemnes y acuerdos simplificados. Así dice, “La diferencia entre tratados solemnes y acuerdos simplificados radica

³¹ Procuraduría de la Administración. República de Panamá. Fallo de 6 de diciembre de 2018. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Órgano Judicial. Disponible en: <http://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2019/01/Pedro-Miguel-Gonzalez-Pinzon-contra-Arreglo-Complementario-Internacional.pdf>.

esencialmente en la forma como se perfecciona el convenio y expresa el consentimiento, pues mientras en los tratados solemnes su ‘perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe de Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación’, los acuerdos de forma simplificada ‘obligan en virtud de un acto distinto a la ratificación, manifestándose mediante la autenticación del texto del acuerdo o por un acto posterior a la autenticación, distinto de la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión’³². No obstante, este fallo contradice el propio texto de la Constitución Política de 1991, el cual demanda que “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso”. “Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado” (artículo 224). Por aditamento, la Carta colombiana indica que es función legislativa del Congreso de la República, “Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados (artículo 150, numeral 16).

Las concesiones inconstitucionales de los gobiernos panameños a favor de los Estados Unidos de América no terminan allí. En el 2021 los yerros continúan. El 11 de febrero, en pleno rebrote de la pandemia del coronavirus, los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Panamá suscribieron el memorándum de entendimiento para la creación y el apoyo del Centro Regional de Operaciones Aeronavales (CROAN) y la Fuerza Marítima conjunta Panamá (FMC-P).

El gobierno del presidente Laurentino Cortizo, por conducto del comisionado Juan Manuel Pino, ministro de Seguridad y Stewart Tuttle, encargado de negocios a. i., de la Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá, celebraron este acuerdo mediante el cual las dos naciones llegan al entendimiento para la creación y el apoyo continuo de dicho Centro y de tal Fuerza, con base en la quinta enmienda del acuerdo de 2009, celebrado entre ambos países, del que no se brindan detalles.

“Este acuerdo tiene como fundamento jurídico -esclarece *La Estrella de Panamá*- la quinta enmienda del Acuerdo de 2009 entre Estados Unidos y Panamá. Dicho documento se firmó el 16 de septiembre de 2010 por Juan Carlos Varela, como ministro de Relaciones Exteriores, y Phyllis Powers, embajadora de Estados Unidos, para proporcionar fondos dirigidos a la implementación de nuevos proyectos de seguridad, antinarcóticos, crimen transnacional, derechos humanos y estado de derecho. “Los Acuerdos simplificados -abona el militar y abogado Severino Mejía, asesor de seguridad del Gobierno Nacional- realizados sobre este tema, desde el año 2009 y 2010, para el alcance de recursos que da el

³² Corte Constitucional. Auto del 27 de agosto del 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Auto 288/10. ACUERDO COMPLEMENTARIO PARA LA COOPERACION Y ASISTENCIA TECNICA EN DEFENSA Y SEGURIDAD ENTRE LOS GOBIERNOS DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA-No puede surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano hasta tanto cumpla con el trámite constitucional previsto para los tratados en forma solemne. Disponible en (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/a288-10.HTM>).

Departamento de Estado y no el Pentágono, se apoya en la Iniciativa Mérida que inició en México y posteriormente en Centroamérica, Haití y República Dominicana”.

El memorándum de entendimiento, que estuvo precedido de varias visitas de altos funcionarios civiles y militares estadounidenses a Panamá, incluyendo la del jefe del Comando Sur, almirante Graig Faller, a principios de diciembre del año anterior, sin que se supiera públicamente el objeto de esas actividades, “brinda asistencia a los esfuerzos del gobierno panameño para combatir el tráfico en tierra y en sus aguas litorales y más específicamente para mejorar los esfuerzos de Panamá para interceptar a los narcotraficantes que operan en territorio y aguas litorales panameñas, incluyendo incrementar la capacidad de los activos marítimos panameños para responder a presuntos narcotraficantes, aumentar la capacidad de los servicios de seguridad panameños para mantener los activos marítimos y mejorar la capacidad de los servicios de seguridad panameños para comunicarse, compartir información y realizar operaciones”.

El Centro Regional de Operaciones Aeronavales (CROAN) y la Fuerza Marítima Conjunta Panamá (FMC-P) están formados por miembros de la Fuerza Pública de Panamá con funciones y capacidades de interdicción marítima, específicamente el Servicio Nacional Aeronaval (SENAN), el Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT) y la Policía Nacional de Panamá, asesorados por las agencias estadounidenses y basados en la quinta enmienda del acuerdo de 2009.

La misión del CROAN es dirigir, monitorear y ejecutar a nivel táctico el mando y el control de las operaciones de aplicación de la ley marítima (operaciones antinarcóticos, apoyo a la defensa nacional y seguridad en el ámbito marítimo, búsqueda y rescate en el mar, y operaciones contra la pesca ilegal. Las operaciones conjuntas en materia de crimen organizado transnacional contarán con el apoyo de países vecinos como Costa Rica y Colombia, a través de intercambio de información con oficiales de enlace entre agencias y naciones aliadas. La FMC-P pretende tener la capacidad de realizar y ejecutar operaciones de interdicción marítima y anfibia las veinticuatro horas del día, patrullajes marítimos y aéreos, abordajes marítimos, vigilancia y reconocimiento, y acción directa en apoyo a la lucha contra las redes del crimen organizado transnacional.

Los Estados Unidos de América, al tenor de este acuerdo (que entra en vigor al momento de la firma y por supuesto no será sometido a la Asamblea Nacional y contra su propia naturaleza dice que “no genera obligaciones y compromisos para ambos estados bajo el Derecho Internacional”), no solo dona unos equipos y materiales (aeronave de patrullaje marítimo, buque de patrullaje costero, grúa móvil, equipo tecnológico, de comunicaciones y táctico, materiales para reacondicionar los espacios físicos), y capacita al personal asignado, sino que también brinda apoyo con asesores y analistas, información de fuentes humanas o tecnológicas, coordina operaciones o investigaciones, y coordina con el Ministerio Público y el Ministerio de Relaciones Exteriores panameño para la “judicialización” de las investigaciones internacionales.

C. COLOFÓN

En fin: la práctica inconstitucional del Órgano Ejecutivo, en diferentes gobiernos panameños, sigue tan rampante, con el beneplácito o el silencio cómplice de la propia Asamblea Nacional y con los pronunciamientos complacientes de la Corte Suprema de Justicia, en circunstancias ciertas de que cada día se insiste lamentablemente en seguir cediendo espacios de nuestros atributos soberanos a los

Estados Unidos de América, cuando los ciudadanos con fe en el futuro de la nación istmeña, que este año celebró el Bicentenario de la Independencia de España, confiábamos en que después de la firma de los Tratados Torrijos-Carter, la eliminación del enclave colonial, la recuperación del Canal y la partida de nuestro territorio de todos los soldados estadounidenses ocupantes de la franja canalera, había terminado para siempre aquella política odiosa, dañina y perjudicial para la salud de la República, del “Panamá cede” -heredera del Tratado Mallarino Bidlack, celebrado por la Nueva Granada en Washington en 1846- que nos llevó a principios de su constitución al tratado Hay-Bunau Varilla y sus efectos deletéreos por todo lo largo del siglo XX, con sus secuelas de sangre, dolor y lágrimas.

Ciudad de Panamá, 2021.

Contribuciones de la jurisprudencia interamericana sobre control de convencionalidad: compilación de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad*

Rafael Pérez Jaramillo^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: rafaperezjaramillo@gmail.com

Recibido: 10 de enero de 2022
Aceptado: 15 de enero de 2022

El trabajo elaborado bajo el título “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad” se afianza en una serie de antecedentes de orden mediato e inmediato que conocí de primera mano y que, en su conjunto, me han permitido observar el origen, la evolución y el alcance del control de convencionalidad para la reasunción de los derechos humanos en nuestro país. Trazo un recorrido de antecedentes y concluyo con algunos esperados desenlaces.

* Antecedente y metodología para la elaboración de “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad”

^ψ Licenciado en Ciencias de la Comunicación Social (Universidad Santa María La Antigua). Director del Departamento de investigación y Coordinación del informe de la Comisión de la Verdad (2001-2002); Director de Programa Ciudadano de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana (2002-2004); Director de la Secretaría de Responsabilidad Institucional y Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación (2005-2010); Director del Departamento de Educación e Investigación de la Defensora del Pueblo de la República de Panamá (2011-2013); Director del Departamento de Derechos Humanos de la Procuraduría de la Administración. Profesor de Introducción a los Derechos Humanos, Universidad Santa María La Antigua. Autor de múltiples publicaciones sobre derechos humanos, incluyendo Idealismo Universal sobre la participación del Dr. Ricardo J. Alfaro en la creación de las Naciones Unidas y en la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Antecedentes de orden mediato

Parte del camino que me condujo, desde 1999, hacia lo que posteriormente fue definido como el control de convencionalidad se origina con un caso emblemático en nuestro país, resuelto en el año 2008 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sucede que en 1999 publiqué mi sospecha relativa al paradero de una persona que permanecía en desaparición forzada desde 1970. Decía en 1999: "... Si se confirma que el plagiado revolucionario fue conducido al Cuartel de los Pumas en Tocumen..."¹ Esta publicación me permitió entrar en un proceso con un amigo y ambos logramos, al año siguiente, la identificación de la víctima de desaparición forzada (mediante una prueba privada de ADN), hecho que también publiqué.² Explicué en el reportaje que, aun cuando un Informe que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) divulgado en 1978, consignó que el Gobierno de entonces alegó desconocer el "paradero" de Heliodoro Portugal, ahora en el año 2000 habíamos logrado identificar sus restos exhumados del Cuartel Los Pumas de Tocumen. A partir de entonces se abrió un camino que nos condujo hacia el año 2008 cuando se produjo la primera sentencia de la Corte IDH contra el Estado panameño en la que se mencionó explícitamente el "control de convencionalidad".³

Ese mismo año de la sentencia, publiqué un libro en el que expliqué mis incipientes indagaciones respecto a este tema del control de convencionalidad. Así dije: "[...] Fue en diciembre de 1999, cuando me afané en la obtención de unos informes que parecían conducir a la verdad sobre Heliodoro Portugal. Casi una década después, esa verdad no termina de llegar pero al menos la Corte IDH emite una sentencia [...] [que] abre nuevas puertas de esperanza [...]"⁴ Y continué diciendo: "El mundo evoluciona, aunque muy lentamente, hacia la defensa de esos derechos fundamentales, en el plano internacional armonizando con el plano local. Los tratados son, en ese sentido, una suerte de constituciones globales, que proyectan ese amparo y resguardo de los derechos humanos. El término se lo conocí a Ferrajoli cuando se refirió a la Carta de las Naciones Unidas [como una] 'constitución global'. Imaginemos que en nuestro caso la constitución global, o la constitución americana, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue interpretada para dictar el fallo del Caso Portugal. Entonces, urge iniciar la lectura, la discusión y el intercambio acerca de esas herramientas de trascendencia internacional para el reclamo de los derechos humanos. Todo esto viene siendo posible con el desarrollo del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [...] Hago notar que la Sentencia por el Caso Portugal dijo textualmente: '180. La Corte ha interpretado que tal adecuación [artículo 2 de la Convención Americana] implica la adopción de medidas [...] [y] 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', [...]'". Y terminé diciendo: "En definitiva, Panamá ha entrado de manera contenciosa en el sistema interamericano [desde el caso] de la Ley 25 y ahora con el fallo Portugal en el terreno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto no puede ser tomado con ligereza".⁵

Comento también, entre los antecedentes de orden mediato, que al siguiente año (2009) publiqué otro libro, esta vez sobre el derecho a la libertad de expresión a la luz de los parámetros convencionales, y en el resumí uno de sus propósitos: "El comentario que precede, acerca de este fallo de la Corte IDH [me refería al Caso Tristán Donoso vs. Panamá, 2009] que vincula al Estado panameño, me auxilia en el propósito final de este ensayo. [...] Quienes ejercen el derecho a la libertad de expresión, y quienes defienden el derecho al honor,

¹ PEREZ JARAMILLO, Rafael (1999): "Un desaparecido en Tocumen", PANAMÁ AMÉRICA.

² PEREZ JARAMILLO, Rafael (2000): "Heliodoro Portugal volvió", PANAMÁ AMÉRICA.

³ HELIODORO PORTUGAL VS. PANAMÁ (2008): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 186.

⁴ PEREZ JARAMILLO, Rafael (2008): *Heliodoro Portugal: Justicia en la CIDH* (Panamá, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales).

⁵ PEREZ JARAMILLO (2008).

tienen habilitada una piedra angular para defender tales derechos, en el conocimiento de tales estándares y, sobre todo, en el estudio de la creciente jurisprudencia derivada de los fallos de la Corte IDH”.⁶

Antecedentes de orden inmediato

Más recientemente, y a poco más de transcurrida una década desde los ya citados libros, cuando la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad había avanzado significativamente, encontré la posibilidad de sistematizar esta evolución. He aquí entonces, el origen de “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad”. Este documento se inspira en otra experiencia que nos fue ofrecida por la Corte IDH. Sucede que en el 2020 la mencionada instancia internacional ofreció a la Procuraduría de la Administración la idea de emprender la investigación y divulgación conjunta de la jurisprudencia producida por este tribunal sobre los cinco casos fallados contra el Estado panameño. Tal invitación produjo un documento que se divulgó en mayo de 2020 bajo el número 27 de una serie que ya la Corte IDH venía publicando con el título de Cuadernillos de Jurisprudencia. A partir de entonces me ocupé de elaborar, de manera autónoma con respecto a la Corte IDH, sucesivos Cuadernos que reúnen temáticas jurisprudenciales desglosadas, con la finalidad de ofrecer criterios jurisprudenciales a partir de la abundancia de conceptos y pronunciamientos de aquel Tribunal Interamericano de derechos humanos. Uno de esos Cuadernos es precisamente el titulado “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad”.

Ejercicio metodológico

Una lectura del documento permite deducir que la construcción metodológica descansa en el esfuerzo de pormenorizar la amplia variedad de criterios que se derivan a partir de las Sentencias de la Corte IDH, respecto de sus pronunciamientos sobre el control de convencionalidad. Tal desglose, sin embargo, no se surte ajeno a una serie de criterios de orden históricos y conceptuales. La exposición de los temas guarda relación con un trasfondo histórico y a la vez conceptual y esto fácilmente se puede deducir, por ejemplo, examinando uno de los subtítulos: “primera enunciación jurisprudencial del control de convencionalidad (2006)”. A partir de allí, me ocupé de registrar una serie de criterios que ayudan a comprender el concepto (potenciado con las novedades jurisprudenciales que lo van ampliando en sucesivos fallos) que se expande hasta alcanzar nexos con sus implementaciones en los ámbitos internos de los Estados parte de la Convención. Un apartado del escrito se dedica a los pronunciamientos nacionales.

Para citar un ejemplo del efecto revelador obtenido a partir del ejercicio referido, comento que todo lo anterior me ha permitido estudiar la jurisprudencia incipiente de la Corte IDH desde el año 2006, mirando de paso los dos casos que sobre Panamá abordé desde el 2008 y 2009 y que habían sido internamente tramitados en una instancia penal como el Ministerio Público. El resultado es que una jurisprudencia más avanzada dijo posteriormente sobre el control de convencionalidad que: “En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”.⁷

⁶ PEREZ JARAMILLO, Rafael (2009): Delitos contra el honor y la libertad de expresión (Panamá, Instituto de Estudios Políticos e internacionales).

⁷ MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 260.

Conclusión

Tal como he intentado mostrar, la elaboración de “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad” obedece a un proceso de conocimiento, valoración y seguimiento del origen e impacto del control de convencionalidad en nuestro país. Esta publicación (que cubre jurisprudencia dictada a nivel internacional desde el 2006⁸ hasta recientes fallos del 2021)⁹ podría resultar útil para los propósitos de cumplimiento expresados por el Estado panameño en informes internacionales de derechos humanos. En uno reciente, por ejemplo, Panamá admite que, por Constitución, bajo el Estado de Excepción se puede suspender la acción de hábeas corpus, pero añade: “La República de Panamá reconoce e integra a su ordenamiento jurídico las normas internacionales e interamericanas que regulan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como las consideraciones de los órganos a los cuales les corresponde la interpretación del sentido y extensión de sus normas. Ello significa que, en caso de Estado de Urgencia, las autoridades de la República de Panamá se abstendrían de suprimir garantías de la naturaleza del Habeas Corpus, [...]”.¹⁰

El anterior es un criterio derivado de un informe fechado en el año 2019, ante el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU, donde el Estado panameño voluntariamente instó a que “los funcionarios judiciales apliquen el control de convencionalidad para dilucidar causas relacionadas con protección de derechos humanos, mediante el empleo directo de las normas de la Convención”.¹¹ (subrayado nuestro) Este es el mismo mandato que, poco más de diez años antes, había recibido el Estado en términos más genéricos por la vía de un dictamen contencioso por el fallo de la Corte IDH para el caso de la desaparición Forzada de Heliodoro Portugal. En definitiva y para finalizar, he aquí una muestra evidente del origen y la evolución del control de convencionalidad en nuestro país y de la utilidad que ofrezco para conocerlo más, con la lectura del documento “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad”.

⁸ ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE (2006): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 154.

⁹ GUACHALÁ CHIMBO VS. ECUADOR (2021): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 423.

¹⁰ NACIONES UNIDAS, COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, Informe que Panamá debía presentar en 2013 en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, [Fecha de recepción: 30 de junio de 2019], CED/C/PAN/ (1 de octubre 2019)

¹¹ NACIONES UNIDAS (2019).

Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad

Recibido: 10 de enero de 2022
Aceptado: 15 de enero de 2022

1. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

a. Primera enunciación jurisprudencial del control de convencionalidad (2006)

EL PODER JUDICIAL DEBE EJERCER UNA ESPECIE DE “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” ENTRE NORMAS JURÍDICAS INTERNAS Y LA CONVENCION AMERICANA

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

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.

b. Concepto de control de convencionalidad

EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” ES CONCEBIDO COMO UNA INSTITUCIÓN UTILIZADA PARA APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho

Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INSTITUCIÓN UTILIZADA PARA APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DDHH

Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.

107. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y NUEVOS ELEMENTOS CONCEPTUALES

a. Ex officio y verificación de compatibilidad entre normas internas y la Convención

ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DEBEN EJERCER UN CONTROL “DE CONVENCIONALIDAD” EX OFFICIO ENTRE LAS NORMAS INTERNAS Y LA CONVENCIÓN AMERICANA

Corte IDH. 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

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.

b. Corresponde a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia

JUECES Y ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DEBEN EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS Y REGULACIONES

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. 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 por que 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 Americana.

233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...], en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.

ÓRGANOS COMO EL MINISTERIO PÚBLICO, DEBEN TENER EN CUENTA LOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS Y LA INTERPRETACIÓN QUE DE ESTOS HA HECHO LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260

221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones 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 los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, 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, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

c. Es una obligación de toda autoridad pública

JUECES Y ÓRGANOS VINCULADOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA “EN TODOS LOS NIVELES” ESTÁN OBLIGADOS A EJERCER EX OFFICIO, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que 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 y en esta tarea, 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 Americana.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ES UNA FUNCIÓN Y UNA TAREA DE “CUALQUIER AUTORIDAD PÚBLICA Y NO SOLO DEL PODER JUDICIAL”

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el

derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. [...]

“TODAS LAS AUTORIDADES Y ÓRGANOS” DE UN ESTADO PARTE EN LA CONVENCIÓN TIENEN LA OBLIGACIÓN DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282

497. Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”.

“TODOS LOS PODERES Y ÓRGANOS ESTATALES EN SU CONJUNTO” SE ENCUENTRAN OBLIGADOS A EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO

Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285

213. Además, ha dispuesto en el Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños que el Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “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. [...]

d. Su ejercicio se extiende también a otros tratados

OBLIGACIÓN DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ENTRE NORMAS INTERNAS Y LOS TRATADOS DE DDHH DE LOS CUALES ES PARTE EL ESTADO

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253

330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones 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 los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, 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, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

e. Se debe considerar la Convención Americana y la interpretación de la Corte IDH

LOS JUECES DEBEN TENER EN CUENTA NO SOLAMENTE LA CONVENCION,
SINO TAMBIEN LA INTERPRETACION QUE DE LA MISMA HA HECHO LA
CORTE INTERAMERICANA

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304

346. En este sentido, la Corte recuerda que la interpretación de la normativa aplicable en materia indígena, 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 Americana. Lo anterior, resulta especialmente aplicable a la interpretación de la legislación en materia de minería a la a luz de los estándares expuestos en la presente Sentencia (supra párr. 222).

f. Puede implicar la adecuación o supresión de normas

INAPLICACION DE DECRETO NO ES SUFICIENTE FRENTE AL ARTICULO 2,
DEBIDO A QUE SE IMPONE LA OBLIGACION DE SUPRIMIR TODA NORMA
VIOLATORIA DE LA CONVENCION

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

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.

JUECES DEBEN SEGUIR EJERCIENDO UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EL DERECHO DE RECURRIR, Y EL ESTADO DEBE ADECUAR SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260

331. El Tribunal valora positivamente el fallo Casal mencionado por el Estado en cuanto a los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana. El Tribunal también destaca que este fallo fue invocado por los tribunales al resolver los recursos de revisión interpuestos por Saúl Cristian Roldán Cajal, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, y que se hizo un control de convencionalidad sobre el alcance del derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Sobre el fallo Casal, el Estado explicó la manera en que funciona el sistema de control constitucional con base al cual los criterios que se desprenden del mismo en materia del derecho de recurrir del fallo deben ser aplicados por los jueces argentinos en todas las instancias.

332. La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana [...] y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia.

NO SE EJERCIÓ EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL ESTADO HA INCUMPLIDO SU OBLIGACIÓN DE ADECUAR SU DERECHO INTERNO CON APLICACIÓN DE LEY DE AMNISTÍA

Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 35321

292. Así las cosas, es evidente que desde su aprobación, la Ley de Amnistía brasileña se refiere a delitos cometidos fuera de un conflicto armado no internacional y carece de efectos jurídicos porque impide la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos y representa un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y el castigo de los responsables. En el presente caso la Corte considera que dicha Ley no puede producir efectos jurídicos y ser considerada válidamente aplicada por los tribunales internos. Ya en 1992, cuando se encontraba en plena vigencia la Convención Americana para Brasil, los jueces que intervinieron en la acción de habeas corpus deberían haber realizado un “control 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. Con aún más razón las consideraciones anteriores se aplicaban al caso sub judice al tratarse de conductas que alcanzaron el umbral de crímenes de lesa humanidad.

B.5. Conclusión

311. En el presente caso, el Tribunal concluye que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado que cerraron la investigación en 2008 y 2009. Asimismo, en

2010 la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno.

312. Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Interamericana concluye que por la falta de investigación, así como de juzgamiento y sanción de los responsables de la tortura y asesinato de Vladimir Herzog cometidos en un contexto sistemático y generalizado de ataques a la población civil, Brasil violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos 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 en relación con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. Asimismo, la Corte concluye que Brasil ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST en virtud de la aplicación de la Ley de Amnistía No. 6683/79 y de otras eximentes de responsabilidad prohibidas por el derecho internacional en casos de crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con los párrafos 208 a 310 de la presente Sentencia.

PARA GARANTIZAR DERECHO A INTERROGAR TESTIGOS, SE DEBE APLICAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MIENTRAS ESTADO NO AJUSTE SU DERECHO INTERNO

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018.

64. Este Corte recuerda que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Parte tienen la obligación de dejar sin efecto disposiciones legales contrarias a la Convención. Adicionalmente, se reitera que, al disponer en la Sentencia la medida de reparación de adecuación del derecho interno en relación con el derecho a la defensa a interrogar testigos, la Corte estableció en el párrafo 436 de la misma que, “a fin de garantizar dicho derecho [...], las autoridades judiciales deben aplicar [l]os criterios [...] establecidos por la Corte [en los párrafos] 242 [a] 247 [de la Sentencia,] en ejercicio del control de convencionalidad”. El cumplimiento de este deber es fundamental en tanto Chile no cumpla con su obligación principal de adecuar el ordenamiento jurídico interno para garantizar un derecho adecuado a la defensa a interrogar testigos.

DEBER DE ADECUAR DERECHO INTERNO Y REALIZAR CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ANTE LA FACULTAD POLICIAL DE REALIZAR DETENCIÓN SIN ORDEN JUDICIAL

Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

122. En razón de ello, la Corte considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales que deben existir para evitar la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisas corporales o registro de un vehículo, abordados en el presente caso, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Por tanto, en la creación y aplicación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial, las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, y que han sido reiteradas en el presente caso.

EL ESTADO DEBE ADECUAR NORMATIVA INTERNA Y, SIN PERJUICIO DE ELLO, LOS JUECES DEBEN EJERCER, EX OFFICIO, UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415.

173. Por consiguiente, la Corte determina que el Estado venezolano, en un plazo razonable, deberá adecuar la normativa interna, a lo considerado en los párrafos 107 y 108 de la presente Sentencia. Sin perjuicio de ello, el Tribunal reitera que 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, las autoridades internas 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 Americana. De esa cuenta, con independencia de las reformas legales que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los que han sido reiterados en la presente Sentencia.

g. Interpretación de normas

NECESARIO QUE APLICACIÓN DE NORMAS “O SU INTERPRETACIÓN”, SE ENCUENTREN AJUSTADAS AL MISMO FIN QUE PERSIGUE EL ARTÍCULO 2 CONVENCIONAL

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación

comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control 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. 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.

INNECESARIA LA MODIFICACIÓN NORMATIVA DERIVADA DE LA
CONSTITUCIÓN, SI LAS INTERPRETACIONES SE AJUSTAN A LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso [...].

341. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

342. No obstante lo anterior, la Corte declaró en el Capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana [...]. En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia.

CON BASE EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, ES NECESARIO QUE LAS INTERPRETACIONES SE BASEN EN PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

CORTE IDH NO ORDENA ADECUACIÓN DE DERECHO INTERNO PORQUE VIOLACIONES SE DERIVAN DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

436. La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia [...]. Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte en ejercicio del control de convencionalidad.

461. Debido a que concluyó que en el presente caso no fue acreditada una violación del artículo 2 de la Convención, sino que la violación al derecho a recurrir del fallo penal condenatorio derivó de la actuación de los tribunales judiciales en los casos concretos [...], la Corte no estima necesario ordenar a Chile la adecuación de su ordenamiento jurídico interno en esta materia. No obstante, la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar dicho derecho [...].

464. Al pronunciarse sobre las violaciones constatadas en el presente caso en relación con las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las víctimas, la Corte tomó en cuenta que la causal de peligro para “la seguridad de la sociedad” estipulada en el artículo 363 del antiguo Código de Procedimiento Penal y en el artículo 140.c del Código Procesal Penal de 2000, que tiene un sentido abierto, fue aplicada a las ocho víctimas sin un análisis de la necesidad que justificara la medida con base en un riesgo procesal en el caso concreto [...]. En consecuencia, la Corte no encuentra pertinente

ordenar a Chile la adecuación de su derecho interno ya que las violaciones al derecho a la libertad personal constatadas en la presente Sentencia se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte [...] en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo a esos parámetros.

NO SE VIOLÓ ARTÍCULO 2, PERO LA CORTE IDH ADVIERTE SOBRE LA DEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN, Y APLICACIÓN DEL CONTROL DEL CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304

211. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que no cuenta con elementos concretos y consistentes para analizar la supuesta incompatibilidad de dicha normativa, por lo que, para efectos del presente caso, no se demostró una violación directa por parte de la legislación sustantiva aplicable en la materia, en relación con el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 21 de la misma. Sin embargo, la Corte advierte la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables, a fin de garantizar los derechos de la propiedad colectiva indígena y tribal.

OPORTUNO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EVITÓ OBSTACULIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN, PERO PERSISTE INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCION

Corte IDH. Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314

230. De lo anteriormente expuesto se colige que, si bien una de las decisiones jurisdiccionales estuvo destinada a reafirmar uno de los extremos del Acuerdo Plenario No. 9-2009/CJ-116 que esta Corte ha resaltado como contrario a los parámetros convencionales (supra párr. 227), a raíz de la nueva petición de la Fiscalía, el Juez instructor abrió la instrucción respecto de los tres imputados de conformidad con las obligaciones internacionales a las que se comprometió el Perú y con los criterios de convencionalidad emanados de esta Corte.

231. Por lo tanto, debido a un oportuno y acertado control de convencionalidad, en el caso concreto la inadecuación del tipo penal de desaparición forzada y de ciertos extremos del Acuerdo Plenario No. 9-2009/CJ-116 a los parámetros convencionales no se materializó en un elemento específico de obstaculización en el desarrollo efectivo de las investigaciones o procesos abiertos por la desaparición forzada del señor Tenorio Roca, aún cuando se encuentra latente el hecho de que pudieran ser invocados por los imputados u otras autoridades estatales, toda vez que el mismo “continúa siendo un criterio interpretativo emanado por la Corte Suprema de Justicia [que,] en principio, los jueces y juezas de instancias inferiores estarían llamados a aplicar como un criterio válido de interpretación[.]”

con la carga de tener que argumentar las razones en caso de despartarse de tal lineamiento”, tal como resaltó la Comisión.

232. En efecto, la determinación para el caso concreto no subsana o invalida el hecho de que la tipificación que continúa vigente del delito de desaparición forzada de personas en el artículo 320 del Código Penal, y su interpretación por medio del Acuerdo Plenario No. 9- 2009/CJ-116, no se adapta a los parámetros internacionales y podrían potencialmente constituir una fuente de impunidad en casos de desaparición forzada de personas, sobre todo en aquellos casos como el presente en los que la víctima lleva décadas desaparecida.

233. Por consiguiente, esta Corte concluye que mientras el artículo 320 del Código Penal no sea correctamente adecuado a los estándares internacionales, el Estado continúa incumpliendo los artículos 2 de la Convención Americana y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

EJERCIENDO EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, Y A FALTA DE MECANISMOS DE SUPERVISIÓN, JUEZ DEBÍA PROTEGER VÍCTIMA CON DETERIORO DE SU SALUD

Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312

243. En lo que respecta a este caso, y en lo referente a las respectivas competencias de los jueces de ejecución, está claro que éstos debían resolver las incidencias que se suscitaban durante el cumplimiento de la pena, cuya ejecución, mantenimiento de la legalidad “y todo lo que a ellas se relacione” tenían a su cargo, así como velar por la salvaguarda de los derechos de los condenados “frente a abusos de la administración” y “controlar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario”. En particular, entre otras funciones, podían resolver los incidentes relativos a la ejecución, libertad anticipada y “todos aquellos en los cuales, por su importancia, el juez lo estime necesario”, “teniendo siempre en cuenta los derechos de los condenados”. Por ende, no cabe duda que, en ejercicio del control de convencionalidad, ante la inexistencia de mecanismos de supervisión y monitoreo externo de los servicios de salud específicamente en el COF, en el marco de sus competencias (supra párr. 239) y ante lo informado mediante los referidos incidentes de libertad anticipada, el juez de ejecución estaba en posición y obligación de garantizar una protección judicial con las debidas garantías a la presunta víctima, en relación con el deterioro de su salud y con su discapacidad sobrevenida, particularmente las falencias en el tratamiento médico que le era y podía ser proporcionado en el COF.

244. La Corte considera que, en atención a los referidos criterios de protección de los derechos a la integridad personal y a la vida de las personas privadas de libertad, ante ese tipo de solicitudes los jueces deben sopesar el interés del Estado en que se ejecute una condena penal válidamente impuesta con la necesidad de evaluar la viabilidad de continuar con el internamiento de personas condenadas que padecen determinadas enfermedades graves. Es decir, cuando la patología de salud sea incompatible con la privación de libertad, o sea que el encierro carcelario no pueda ser un espacio apto para el ejercicio de derechos humanos básicos, se hace necesario procurar que la cárcel reduzca y mitigue los daños en la persona y que se brinde el trato más humano posible según los estándares internacionales. Entonces, si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro

no permite aquel ejercicio mínimo de derechos básicos, según las circunstancias del caso, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen, sin que eso implique la extinción de la pena impuesta ni dejar de cumplir con la obligación de asegurar su ejecución. Además, es necesario valorar si el mantener a la persona en prisión redundaría no sólo en la afectación de la salud de esa persona, sino también de la salud de todos los demás privados de libertad que indirectamente podrían ver reducidas sus posibilidades de atención médica por la necesidad de disponer más recursos para atender a aquella persona enferma.

245. De ese modo, lo anterior está condicionado a ciertas particularidades del caso, tales como las condiciones del centro o ámbito donde está reclusa la persona enferma; las posibilidades reales de adecuada atención a su padecimiento; la probabilidad de trasladarla a otro sitio dentro o fuera del propio sistema carcelario para darle atención (ya sea dentro del mismo centro o modificando el régimen de seguridad); y, en definitiva, el pronóstico médico respecto a las complicaciones que el caso pudiera presentar en el supuesto de prolongarse su reclusión. En este sentido, existen una serie de padecimientos que, sin ameritar la estadía del paciente en un hospital, hacen necesaria su permanencia en un lugar donde sus actividades de la vida diaria puedan ser atendidas mediante un cuidado especial que no puede asegurarse en prisión, por ejemplo en casos de enfermedades crónicas, neurodegenerativas, terminales o que, en general, supongan atenciones que solo puede brindar un cuidador especializado.

246. Así, cuando existan elementos que señalen que el reo ha sufrido o puede sufrir consecuencias graves por el precario estado de salud en que se encuentra, lo que hace que la ejecución de una sanción penal atente gravemente contra su vida e integridad o sea físicamente imposible de cumplir, al no existir los medios materiales y humanos dentro del centro de reclusión para atender tal situación, entonces se justifica considerar la aplicación de un sustitutivo de la pena de privación de libertad (arresto domiciliario, cambio de régimen de seguridad, libertad anticipada, ejecución diferida, por ejemplo) como medida de carácter extraordinario. Tal tipo de decisión, además de justificarse en razones de dignidad y humanidad, eliminaría riesgos institucionales derivados del deterioro de salud o riesgo de muerte de la persona en dichas condiciones dentro del centro penitenciario. En cualquier caso, si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación o reparación.

247. Ciertamente en este caso el objeto de lo solicitado mediante los referidos incidentes era la libertad anticipada, en los que se alegaba la existencia de una enfermedad terminal o una situación extraordinaria. Es decir, ante determinada situación informada, el juez debía decidir si otorgaba un beneficio de redención de pena y la consecuente libertad anticipada. De este modo, es necesario aclarar que lo señalado anteriormente no significa que los jueces de ejecución estén obligados a decidir en todos los casos por la libertad de la persona privada de libertad. Lo relevante es que los jueces de ejecución actúen con la mayor vigilancia y debida diligencia en función de las particulares necesidades de protección de la persona privada de libertad y los derechos en cuestión, particularmente si la enfermedad puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por falta de capacidad institucional de atender la situación o por negligencia de las autoridades penitenciarias encargadas. Lo anterior implica que, en ejercicio de un adecuado control judicial de las garantías de las personas privadas de libertad, los jueces de ejecución deben adoptar sus decisiones

con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada. De este modo, sea cual sea la decisión finalmente tomada, la misma debe reflejarse en un adecuado razonamiento y debida motivación.

JUECES OBLIGADOS, POR CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, A PROTEGER ANALIZANDO FINALIDAD REAL MÁS ALLÁ DE RAZONES FORMALES

Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348

191. Si bien las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho, en casos en que se alega una actuación arbitraria o una desviación de poder, la autoridad llamada a controlar tal actuación debe verificar, por todos los medios a su alcance, si existe una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal que justificarían formalmente su actuación (supra párrs. 121 y 122). Lo anterior es, sin duda, parte de la obligación de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

192. En este caso, ante alegatos de persecución o discriminación política, represalia encubierta o restricciones arbitrarias indirectas al ejercicio de una serie de derechos, los jueces estaban en posición y obligación, por control de convencionalidad, de garantizar una protección judicial con las debidas garantías a las presuntas víctimas, analizando la motivación o finalidad real del acto impugnado más allá de las razones formales invocadas por la autoridad recurrida, así como los elementos contextuales e indiciarios relevantes señalados en el capítulo anterior. Lo anterior por cuanto, si bien no “puede exigirse al empleador la prueba diabólica del hecho negativo de la discriminación” (según consideró el juzgado que resolvió la apelación), en ese tipo de casos es prácticamente imposible para el recurrente demostrar “fehacientemente” un nexo causal, con pruebas directas, entre un trato discriminatorio y la decisión formal de terminar los contratos, tal como exigió el juzgado que resolvió el amparo.

OBLIGACIÓN DE CESAR PRÁCTICA DE DESTITUIR MAGISTRADOS, POR SUPUESTOS DISTINTOS DE LA LEY, PUEDE CUMPLIRSE POR CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373

128. Sin embargo, sí resulta contrario a la Convención Americana, tal como se concluyó en este caso, que un magistrado sea destituido sin que exista una ley previa que prevea esa posibilidad. En este sentido, en la presente Sentencia se concluyó que el Estado tiene la obligación de suprimir la práctica mediante la cual se permite las destituciones de magistrados del TSE en supuestos distintos a los establecidos en la ley (supra párrs. ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. a ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.). Esta obligación puede ser cumplida mediante una correcta aplicación del control de convencionalidad.

129. Esta Corte ha señalado que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

ES NECESARIO QUE LA INTERPRETACIÓN SOBRE POSIBLES DESTITUCIONES DE MAGISTRADOS, SEA COHERENTE CON PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE IDH

Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373

130. De tal manera, es necesario que la interpretación que realicen los órganos competentes relativa a la posibilidad de destituir a magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones en supuestos diferentes a cuando estos cometan un delito sea coherente con los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación legislativa.

h. Control de convencionalidad en las opiniones consultivas

CON INTERPRETACIONES DE OPINIONES CONSULTIVAS ESTADOS CUENTAN CON UNA FUENTE QUE CONTRIBUYE, DE MANERA PREVENTIVA, AL RESPETO DE LOS DDHH

Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las

cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS CUMPLEN, EN ALGUNA MEDIDA, LA FUNCIÓN PROPIA DE UN “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PREVENTIVO”

Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22

26. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo.

ÓRGANOS DEL ESTADO DEBEN REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD TAMBIÉN SOBRE LA BASE DE LO SEÑALADO ACERCA DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA

Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25

58. La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH PARA EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

- a. Corte IDH es la intérprete última de la Convención Americana

SE DEBE TENER EN CUENTA NO SOLAMENTE EL TRATADO, SINO TAMBIÉN LA INTERPRETACIÓN QUE DEL MISMO HA HECHO LA CORTE IDH, INTÉRPRETE ÚLTIMA DE LA CADH

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, 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 Americana.

b. Cosa juzgada y sus efectos para los Estados parte y no partes en un proceso

DOS MANIFESTACIONES DISTINTAS DE LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

PRIMERA MANIFESTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SE ASOCIA CON UNA SENTENCIA INTERNACIONAL [COSA JUZGADA] HACIA ESTADO PARTE

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las

decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente [...]

LA SEGUNDA MANIFESTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CASOS EN QUE UN ESTADO NO ES PARTE DEL PROCESO, PERO SÍ DE LA CONVENCIÓN

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

SENTENCIA DE LA CORTE IDH ES DE OBLIGANTE CUMPLIMIENTO, Y ELLO INCLUYE TANTO LA PARTE DISPOSITIVA, COMO LA CONSIDERATIVA DEL FALLO

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

102. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos

vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.

JUECES Y TRIBUNALES INTERNOS ESTÁN OBLIGADOS A EFECTUAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MÁXIME CUANDO EXISTE COSA JUZGADA INTERNACIONAL

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014

19. La Corte considera que en el marco de las referidas acciones penales iniciadas por hechos del presente caso se han emitido decisiones judiciales que interpretan y aplican la Ley de Amnistía del Brasil de una forma que continúa comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado y perpetúa la impunidad de graves violaciones de derechos humanos en franco desconocimiento de lo decidido por esta Corte y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En las referidas decisiones judiciales no fue efectuado el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana. La Corte insiste en la obligación de los jueces y tribunales internos de efectuar un control de convencionalidad, máxime cuando existe cosa juzgada internacional, ya que los jueces y tribunales tienen un importante rol en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana. El órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. En esta tarea, 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 Americana. El Tribunal entiende que en el marco de las dos acciones penales interpuestas en relación con el presente caso se encuentran pendientes decisiones que resuelvan con carácter definitivo una de las referidas acciones de habeas corpus (supra párr. 13.c) y la solicitud de interpretación (“embargos de declaração”) (supra párr. 12.f).

4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL AMBITO INTERNO
 - a. Principio de complementariedad o subsidiariedad

PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD O SUBSIDIARIEDAD: SIGNIFICADO Y ALCANCE

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259

142. La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la

[protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

143. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

144. Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención”, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.

SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL “PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD” O “SUBSIDIARIEDAD”, Y SU RELACIÓN CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya

tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”.

71. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Según fue señalado [...], precisamente en el presente caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el caso *Sabalsagaray*.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.

UN FALSO DILEMA O PONER EL DEBER DE LOS TRIBUNALES INTERNOS DE HACER CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE IDH

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

73. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional [...], este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada

Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

74. Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.

87. En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DDHH CONSTA DE UN NIVEL NACIONAL Y SI UN CASO NO ES SOLUCIONADO EN LA ETAPA INTERNA, SE PREVÉ UN NIVEL INTERNACIONAL

Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330

92. En primer lugar, corresponde recordar que este Tribunal ha afirmado que el sistema interamericano de derechos humanos consta de un nivel nacional, a través del cual cada Estado debe garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención e investigar y en su caso juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y que si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte. Esta Corte también indicó que cuando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante el Tribunal Interamericano para su aprobación o confirmación. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL APLICÓ ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SE GARANTIZÓ DERECHO Y ASÍ, PARA LA CORTE IDH, CESÓ LA ALEGADA VIOLACIÓN

Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330

100. Por lo tanto, debido a que el Estado garantizó efectivamente el derecho a la libertad personal de la señora Andrade mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que a su vez constituyó un oportuno y adecuado control de convencionalidad, la Corte concluye que cesó la alegada violación.

101. Con relación a la segunda condición, esto es si las violaciones fueron reparadas, este Tribunal constató que la señora Andrade fue beneficiaria, tal como lo afirmó en la audiencia pública, de una compensación económica de USD 50.000. En este sentido, en atención a la práctica del Tribunal en la concesión de montos otorgados en casos donde se han constatado detenciones ilegales o arbitrarias similares a la reconocida por el Estado en el presente caso, la Corte considera que esta compensación resulta adecuada para reparar la violación al derecho a la libertad personal de la señora Andrade. Más aun a la luz de las reparaciones solicitadas por la Comisión y los representantes, específicamente para estos hechos. En efecto, consta que la Comisión únicamente solicitó medidas pecuniarias en los siguientes términos “reparar adecuadamente las violaciones de derechos humanos declaradas en el [...] informe tanto en el aspecto material como moral, tomando en cuenta los montos ya percibidos por la señora Andrade por concepto de reparación”. Por su parte, los representantes solicitaron que “se ordene que Bolivia proporcione a la señora Andrade resarcimiento que incluya el daño material e inmaterial justo y en equidad que la Corte determine”.

AÚN CUANDO EL ESTADO AFIRME QUE REPARÓ, LA CORTE INTERAMERICANA NO ESTÁ IMPEDIDA DE PRONUNCIARSE EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341

259. La Corte recuerda que es obligación de cada Estado garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren, y que si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte. Este Tribunal también indicó que, cuando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante este Tribunal para su aprobación o confirmación. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

260. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él el que debe de resolver el asunto a nivel interno y de ser el caso reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales.

261. De lo anterior se desprende que, en el Sistema Interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos

humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso, ya han resuelto la violación alegada, han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.

262. En concordancia con lo indicado, la Corte también ha señalado que el hecho de que el Estado haga un reconocimiento de responsabilidad internacional, y afirme que reparó el hecho ilícito internacional, no la inhibe de efectuar determinaciones sobre las consecuencias jurídicas que surgen de un acto violatorio de la Convención, aun cuando el Estado alegue que dicho acto cesó y fue reparado. En efecto, en esos casos, el Tribunal conserva su competencia para referirse a los efectos jurídicos que tiene el mencionado reconocimiento y la reparación otorgada por el Estado, lo que puede conducirle a no pronunciarse sobre determinados hechos o sus consecuencias.

263. Conforme a lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, para que no resulte procedente ordenar reparaciones adicionales a las ya otorgadas en el ámbito interno, es insuficiente que el Estado reconozca que estas ya han sido otorgadas, o que pueden ser otorgadas, a través de los recursos administrativos o judiciales disponibles a nivel interno, sino que, adicionalmente, debe evaluarse si efectivamente reparó las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de derechos humanos en un caso concreto, si estas reparaciones son adecuadas, o si existen garantías de que los mecanismos de reparación interna son suficientes.

264. En consecuencia, no basta con argumentar que la Ley de Víctimas, de 10 de junio de 2011, es adecuada, en abstracto, para reparar violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano, sino que es necesario que el Estado precise si la utilización de dicho mecanismo de reparación ha sido efectivamente utilizada por las víctimas, y además si la utilización de esa vía implica necesariamente la renuncia a otras vías de reparación como podría ser la judicial (a nivel nacional o subsidiariamente a nivel internacional). En el presente caso, no le consta a la Corte que esa vía hubiese sido utilizada por las víctimas declaradas en la presente Sentencia. Del mismo modo, la Corte constata que las disposiciones de la Ley de Víctimas establecen que “todas las reparaciones individuales, ya sean administrativas o judiciales, como las reparaciones colectivas o a los colectivos, deben ser complementarias para alcanzar la integralidad” siendo que las mismas no son excluyentes entre sí.

265. Por tanto, sin perjuicio del hecho que se reconoce y valora los esfuerzos desarrollados por el Estado en materia de reparación de víctimas del conflicto armado, a través de los mecanismos de la Ley de Víctimas, este Tribunal considera que en el presente caso no se encuentra impedido, en virtud del principio de complementariedad, de pronunciarse de forma autónoma sobre las medidas de reparación en la medida que: a) las víctimas de este caso no han recibido efectivamente los beneficios

de la Ley 1448, y b) los beneficios del programa de reparación de la Ley 1448 no excluye el acceso a la reparación judicial de forma complementaria.

VIOLACIONES CESARON Y FUERON REPARADAS POR LO QUE, EN BASE AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD, EL ESTADO NO ES RESPONSABLE POR LAS TRANSGRESIONES

Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373

75. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados. Por tanto, para que no se declare la responsabilidad estatal debe evaluarse si lo hizo cesar y si reparó las consecuencias de la medida o situación que lo configuró.

76. En el presente caso, en relación a la primera condición, esto es si las violaciones cesaron, la Corte concluye afirmativamente con base en que la acción de amparo presentada por el señor Colindres Schonenberg tras la primera destitución fue resuelta favorablemente por la Sala de lo Constitucional, por lo que fue restituido a su cargo. En particular la Sala de lo Constitucional señaló que la decisión de destitución se llevó a cabo sin previo procedimiento, pues no aparece que se haya tramitado proceso alguno para determinar si efectivamente el señor Colindres incurría en las causas justificativas de su destitución, ni se le concedió oportunidad alguna de defensa.

Analizados los hechos desde la perspectiva normativa [la] Sala concluy[ó] que la Asamblea Legislativa irrespetó el derecho constitucional de audiencia del doctor Eduardo Colindres, el cual se traduce [...] en el otorgamiento de audiencia ante la autoridad competente para poder defender – en plazo razonable – de manera plena y amplia su permanencia en el cargo por el período por el cual fue electo, permitiéndole la aportación de los medios probatorios que sean conducentes y pertinentes al asunto.

77. La Sala de lo Constitucional además indicó que “como concreción de la estabilidad en el cargo, surge a favor del funcionario el derecho a mantenerse en el cargo durante el período por el cual fue electo”, por lo tanto, concluyó que “el efecto restitutorio se traduce, necesariamente, en el reinstalo en el cargo”. Asimismo la Sala de lo Constitucional ordenó que se le pagara al señor Colindres Schonenberg los sueldos dejados de percibir.

78. Por lo tanto, mediante la sentencia de la Sala de lo Constitucional de 4 de noviembre de 1997 el Estado garantizó efectivamente las garantías judiciales del señor Colindres Schonenberg, por lo que cesó la alegada violación.

79. Con relación a la segunda condición, esto es si las violaciones fueron reparadas, este Tribunal constató que al señor Colindres Schonenberg se le pagaron los sueldos que dejó de percibir durante el tiempo que estuvo destituido y la cantidad de USD \$114.285,60 por el daño moral ocasionado. En este sentido, en atención a la práctica del Tribunal en la concesión de montos otorgados en casos donde se han constatado destituciones arbitrarias similares a la del presente caso, la Corte considera que esta compensación resulta adecuada para reparar el daño ocasionado al señor Colindres Schonenberg.

80. En razón de lo anterior, y de conformidad con el principio de complementariedad, la Corte considera que el Estado no es responsable por las alegadas violaciones a la Convención que habría causado la primera destitución del señor Colindres Schonenberg.

APROBACIÓN DE LEY CONSTITUIRÍA UN DESACATO A LO ORDENADO POR LA CORTE IDH, Y SERÍA INCOMPATIBLE CON ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019

30. La Corte recuerda que en la Sentencia del caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal dispuso que

[...] en consideración de la gravedad de los hechos, no podrá aplicar leyes de amnistía ni disposiciones de prescripción, ni esgrimir pretendidas excluyentes de responsabilidad, que en realidad sean pretexto para impedir la investigación;

35. Debido a los alcances que la aprobación de dicha iniciativa de ley tendría respecto de los 14 casos en los que la Corte Interamericana ha emitido Sentencias que ordenan la investigación, juzgamiento y eventual sanción de graves violaciones a derechos humanos cometidas o alegadamente ocurridas durante el conflicto armado, el análisis para pronunciarse sobre la medida solicitada (supra Considerando ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.) necesariamente requiere tomar en consideración todos esos casos.

36. La Corte considera que se configura el requisito de extrema gravedad porque la aprobación de esa ley tendría un impacto negativo e irreparable en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los referidos 14 casos en los que este tribunal internacional ha emitido Sentencia que se refieren a graves violaciones cometidas o alegadamente ocurridas en el conflicto armado interno. [...]

37. La aprobación de dicha iniciativa de ley constituiría un desacato a lo ordenado por esta Corte a Guatemala respecto a la imposibilidad de aplicar amnistías en la investigación, juzgamiento y sanción (supra Considerandos 0 a ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.), debido a que la amnistía que contempla no distingue entre delitos, sino que está dirigida a asegurar la impunidad incluso para

las graves violaciones de los derechos humanos, entre ellas los crímenes de lesa humanidad, cometidas durante el conflicto armado interno en Guatemala. De ser aprobada, sería una ley incompatible con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y, por tanto, de conformidad con el artículo 2 de dicho tratado y la jurisprudencia constante de este Tribunal, carecería de efectos jurídicos. Esta Corte ha sostenido que “[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”.

41. Asimismo, este Tribunal constata el requisito de urgencia en tanto el trámite legislativo necesario para la aprobación de dicha iniciativa de ley ha ido avanzando y en los últimos dos meses se han efectuado dos de los tres debates requeridos para su aprobación por el Congreso. Respecto al trámite que ha seguido, el 22 de mayo de 2018 la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales emitió un “Dictamen favorable a la iniciativa 5377 para que sea sometida a consideración del Pleno del Congreso”, y el 11 de julio de ese mismo año la Comisión de Derechos Humanos del Congreso emitió un “Dictamen desfavorable” a dicha iniciativa de ley. [...]

42. La Corte destaca que en el referido dictamen la Comisión de Derechos Humanos del Congreso realizó un adecuado control de convencionalidad, en el cual expuso importantes razones por las cuales dicha iniciativa de ley no debe ser aprobada. Además de explicar que contraviene las obligaciones internacionales del Estado, entre ellas lo dispuesto en las sentencias de la Corte Interamericana, también expone que dicha iniciativa de ley busca “[cambiar] la naturaleza de la Ley de Reconciliación Nacional” de 1996 de manera contradictoria a los Acuerdos de Paz, que no tenían el fin de otorgar una amnistía total, “sino enmarcarla dentro de los límites de las obligaciones del Estado de Guatemala a juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos”. Dicho dictamen concluye que la referida iniciativa de ley “contraviene el ius cogens establecido en el derecho internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución Política de la República de Guatemala, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y los Acuerdos de Paz”.

PREOCUPA A LA CORTE IDH INTIMIDACIÓN QUE PODRÍAN ENFRENTAR
FUNCIONARIOS QUE PRETENDAN EFECTUAR UN CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD DE APROBARSE LEY

Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019

44. La Corte destaca la postura manifestada por la Fiscalía General de la República respecto de las acciones que adoptaría de llegar a aprobarse la mencionada reforma a la Ley de Reconciliación Nacional. En el caso Molina Theissen el Presidente del Tribunal solicitó a la Fiscal General aportar un informe, en aplicación del artículo 69.2 del Reglamento, como “otra fuente de información”. Mediante escrito de 4 de marzo de 2019, la Fiscal General aportó “el informe emitido por la Fiscalía de Derechos Humanos, Unidad de Casos Especiales del Conflicto Armado Interno”, en el cual se afirma que “si en algún momento llegase a aprobarse por parte del Congreso de la República de Guatemala [la reforma a la Ley de Reconciliación Nacional], el Ministerio Público a través de la Unidad de Casos Especiales del Conflicto Armado Interno procederá en estricto cumplimiento a la ley, a velar por las

garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, planteando los recursos correspondientes, en virtud de evitar con ello la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos y ejerciendo la tutela judicial efectiva para las víctimas y sus familiares”.

45. No obstante, resulta preocupante la intimidación y presión que podrían enfrentar los operadores de justicia que, desde sus respectivas competencias, pretendan efectuar un control de convencionalidad de llegar a aprobarse la referida iniciativa de ley. En la audiencia pública de supervisión efectuada el 11 de marzo de 2019 en el caso Molina Theissen, la Comisión destacó el contexto de ataques y amenazas en contra de operadores de justicia en Guatemala cuando intentan avanzar en la lucha contra la impunidad, como instrumentos de control e intimidación en el ejercicio de sus labores, “especialmente de quienes participan en casos de alto impacto, incluyendo los relativos a graves violaciones de derechos humanos”. La Comisión se refirió a sus informes sobre Guatemala de los años 2016 y 2017, indicando que dan cuenta de los ataques a la independencia del Poder Judicial en general y a la Corte de Constitucionalidad en particular. Sostuvo que esos ataques se han manifestado en amenazas a la vida e integridad personal, en amenazas de juicios y antejuicios con miras a la destitución y en actos de desacato a dicho alto tribunal por parte de otros poderes del Estado.

54. De conformidad con todas las anteriores consideraciones y de acuerdo a las facultades que le otorga el artículo 63.2 de la Convención Americana, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los 14 casos indicados en el Considerando 50, la Corte requiere al Estado que interrumpa el trámite legislativo de la iniciativa de ley 5377 que pretende reformar la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 concediendo una amnistía para todas las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, y la archive.

LA CORTE IDH NO REALIZA UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, NI DE LEGALIDAD, SINO ÚNICAMENTE UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

110. La Corte ha expresado que la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal). Y ello en mérito de que es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado concernido, motivo por el que tal remisión no importa que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención, sino precisamente hacerlo conforme a ella y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad.

111. [...] Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2.

EL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL CONVENCIONAL, NO IMPLICA SUSTITUIR JURISDICCIONES NACIONALES, SINO COMPLEMENTARLAS

Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.

103. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

SI NO SE PREVIENEN O SOLUCIONAN VIOLACIONES DE DDHH A NIVEL INTERNO, LA CORTE IDH EJERCERÁ UN CONTROL COMPLEMENTARIO DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.

93. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

5. FORMAS DE IMPLEMENTACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO Y CASOS NACIONALES

- a. La CADH no impone un determinado modelo de control de convencionalidad

CONVENCIÓN AMERICANA NO IMPONE UN MODELO ESPECÍFICO PARA REALIZAR UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276

124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

b. Pronunciamientos de la Corte IDH y aplicaciones del control de convencionalidad

COMITÉ JUDICIAL REALIZÓ UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL EN EL CUAL NO SE TUVO EN CUENTA LAS OBLIGACIONES ESTATALES, CONFORME A LA CONVENCION AMERICANA

Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

ANÁLISIS DEL COMITÉ JUDICIAL NO DEBIÓ LIMITARSE A EVALUAR SI LEY ERA INCONSTITUCIONAL, Y DEBIÓ HABER GIRADO EN TORNO A SI TAMBIÉN ERA “CONVENCIONAL”

Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCEP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que[:]

el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] 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.

79. En concordancia con lo expuesto, la Corte ha expresado en otras oportunidades que una “cláusula de exclusión” que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De

manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida.

80. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento.

EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO, LAS AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADAS A TOMAR EN CUENTA LAS INTERPRETACIONES CONVENCIONALES DE LA CORTE

Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302

307. Respecto de esta medida, la Corte nota que el régimen disciplinario en Honduras ha sido modificado con respecto al régimen que fue aplicado a las presuntas víctimas. Este Tribunal recuerda que no le corresponde realizar una revisión en abstracto de normas que no fueron aplicadas o no tuvieron algún tipo de impacto en las violaciones declaradas en un caso concreto. En el presente caso el nuevo régimen disciplinario no fue aplicado a las víctimas ni consta que su posible aplicación pueda tener relación directa con los hechos de este caso. Por ello, y tomando en cuenta que las medidas solicitadas implican el análisis de normas jurídicas y alegados avances legales que no constituían el régimen que se encontraba vigente al momento en que se llevaron a cabo los procesos disciplinarios contra las víctimas de este caso, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dichas solicitudes al disponer las reparaciones del presente caso. No obstante, la Corte recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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 Americana. Por tanto, en la aplicación del nuevo régimen disciplinario, las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana, en este y otros casos, incluyendo lo relativo a la importancia de que los procesos disciplinarios y las normas aplicables estén legalmente y claramente establecidas, las garantías judiciales que se deben asegurar en este tipo de procesos, el derecho a la estabilidad en el cargo, así como el respeto de los derechos políticos, libertad de expresión y derecho de reunión de los jueces y juezas. El cumplimiento de dicha obligación no será analizada por esta Corte dentro de la supervisión de cumplimiento de la presente Sentencia.

CORTE IDH EJERCERÁ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EXAMINAR SI PROCEDIMIENTOS DISEÑADOS POR EL ESTADO SE AJUSTAN A LA CONVENCIÓN AMERICANA

Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350

225. La afirmación anterior no implica que los sistemas de enjuiciamiento penal por jurados queden al arbitrio del diseño estatal o que la legislación interna tenga preeminencia sobre los requerimientos convencionales, sino que el diseño de los ordenamientos procesales debe responder a los postulados de garantía que exige la Convención Americana. Es en esta medida que la Corte deberá ejercer su control de convencionalidad para examinar si los procedimientos, tal como fueron diseñados e implementados por el Estado, se ajustan a los parámetros dictados por el artículo 8.

PARA LA APLICACIÓN DE LA NUEVA TIPIFICACIÓN DE LA TORTURA, “AUTORIDADES INTERNAS” DEBEN TOMAR EN CUENTA LAS INTERPRETACIONES DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

269. Respecto de la primera y la segunda solicitud de las representantes, la Corte considera que ellas no guardan un nexo causal con las violaciones determinadas en el presente caso, por lo que no considera necesario ordenarlas. Respecto a la solicitud de modificación de la tipificación de la tortura, la Corte advierte que la tipificación de la tortura actualmente vigente no fue la aplicada en los hechos del presente caso. Este Tribunal recuerda que no le corresponde realizar una revisión en abstracto de normas que no fueron aplicadas o no tuvieron algún tipo de impacto en las violaciones declaradas en un caso concreto. Por tanto, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dicha solicitud al disponer las reparaciones del presente caso. No obstante, la Corte recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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 Americana. Por tanto, en la aplicación de la nueva tipificación de tortura, las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana, en este y otros casos, incluyendo la posibilidad que la tortura sea cometida con fines discriminatorios.

PREVENIR VIOLACIONES A LOS DDHH, O SOLUCIONARLAS A NIVEL INTERNO CUANDO HAYAN OCURRIDO, TENIENDO EN CUENTA LAS INTERPRETACIONES DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.

93. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

EN LA CREACIÓN E INTERPRETACIÓN DE NORMAS POLICIALES SOBRE
DETENCIONES, AUTORIDADES DEBEN TOMAR EN CUENTA
INTERPRETACIONES DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

99. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

100. Respecto al control de convencionalidad, el Tribunal ha señalado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que 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 Americana. Por tanto, en la creación e interpretación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial o en flagrancia, las autoridades internas, incluidos los tribunales, están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a la necesidad de que las mismas se realicen en cumplimiento con los estándares en materia de libertad personal, los cuales han sido reiterados en el presente capítulo.

AUTORIDADES COMPETENTES PARA DECIDIR NOMBRAMIENTO Y
REMOCIÓN DE FISCALES DEBEN INTERPRETAR CONFORME A SENTENCIA
DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

139. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal reitera que las distintas autoridades estatales, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, 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, las autoridades internas 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 Americana. De esa cuenta, con independencia de las reformas normativas que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades competentes para decidir el nombramiento y remoción de las y los fiscales, así como los tribunales de justicia, ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en esta Sentencia.

c. Jurisprudencia de tribunales nacionales y control de convencionalidad

TRIBUNALES DE LA MÁS ALTA JERARQUÍA EN LA REGIÓN HAN APLICADO EL
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ATENDIENDO INTERPRETACIONES DE
LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. [...]

COSTA RICA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ADMITE FUERZA DE LA
DECISION DE LA CORTE IDH AL INTERPRETAR LA CONVENCION Y
ENJUICIAR LEYES NACIONALES

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

226. [...] La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al

interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

BOLIVIA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOSTIENE QUE LAS DECISIONES QUE EMANAN DE LA CORTE IDH FORMAN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

REPÚBLICA DOMINICANA: CONVENCION AMERICANA ES VINCULANTE, LO MISMO QUE LAS INTERPRETACIONES DE ORGANOS JURISDICCIONALES CREADOS POR ESTA

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

228. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

PERÚ: SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENCIA DE LA CORTE IDH RESULTA VINCULANTE PARA TODO EL PODER PÚBLICO NACIONAL

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

229. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final

y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

PERÚ: VINCULACIÓN ENTRE LA CORTE IDH Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TIENE UNA DOBLE VERTIENTE “PREVENTIVA” Y “REPARADORA”

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

230. Dicho Tribunal también ha establecido que:

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

ARGENTINA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEBE SUBORDINAR EL CONTENIDO DE SUS DECISIONES, A LAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

COLOMBIA: DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES DEBEN SER INTERPRETADOS DE CONFORMIDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS SOBRE DDHH

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.

PANAMA: LA CORTE SUPREMA SE HA REFERIDO Y HA APLICADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD TENIENDO EN CUENTA LAS INTERPRETACIONES DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá¹ 15 se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

COLOMBIA: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH CONTIENE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN LA CONVENCION AMERICANA

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

77. Además, en la sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, la Corte Constitucional de Colombia apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la [Convención Americana], instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”. Asimismo, en la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, al analizar distintas disposiciones de la ley n.º 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia señaló respecto de la jurisprudencia de la Corte que son decisiones “que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”. [...]

¹ N.E. Para el caso de Panamá, en el pie de página de la sentencia por el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile de 24 de febrero de 2012, se cita lo siguiente: “Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo No. 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristán Donoso contra Panamá”. Para más detalles ver más adelante, en esta publicación, el numeral 82 del Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

GUATEMALA: ACUERDO CONSTITUYE UN PRECEDENTE AL DESIGNAR TRIBUNAL PARA REALIZAR NUEVO JUICIO EN VIRTUD DE LOS RESUELTO POR LA CORTE IDH

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

79. Además, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, la Corte Interamericana ordenó al Estado la realización de un nuevo juicio al que debía ser sometido el peticionario. La Corte observó y valoró positivamente los términos del Acuerdo No. 96-2006 tomado por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, el cual constituía un precedente de importante trascendencia en el ámbito del sistema interamericano en lo concerniente a la ejecución de sentencias de este Tribunal, al designar un tribunal para que realizara un nuevo juicio en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana.

80. Por otra parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió diversas resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos De la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), De los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Bámaca Velásquez, y Carpio Nicolle y otros, todos contra el Estado de Guatemala. En estos fallos, la Corte Interamericana encontró que el proceso penal referido a cada uno de los casos mencionados había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró la nulidad de las sentencias nacionales correspondientes así como de todo lo actuado con posterioridad y, en consecuencia, ordenó un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

MÉXICO: SON VINCULANTES NO SOLAMENTE LOS PUNTOS RESOLUTIVOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH, SINO LA TOTALIDAD DE LOS CRITERIOS CONTENIDOS EN ELLA

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

81. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que "las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos. Por tanto [en los casos en que México haya sido parte del caso], para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio".

PANAMÁ: EN ATENCIÓN A LO DICTADO POR LA CORTE IDH, LA SALA PENAL DECIDE LA ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO Y, EN CONSECUENCIA, DEJAR SIN EFECTO LA PENA

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

82. Asimismo, el 12 de mayo de 2010, mediante el Acuerdo Número 240, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá indicó que “la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, y resolvió remitir el Fallo de este Tribunal en relación con el caso Tristán Donoso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia en la que se indicó que “en atención a lo dispuesto en la sentencia de 27 de enero de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera[ba] esta Superioridad necesaria la absolución del señor Santander Tristán Donoso de los cargos como autor del delito de Calumnia [...] y en consecuencia, dejar sin efecto, la pena”.

VARIOS TRIBUNALES HAN NACIONALES DE LA MÁS ALTA JERARQUÍA, HAN ENTENDIDO QUE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL ES FUENTE DE DERECHO

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

86. De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los obiter dicta y/o las ratio decidendi de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones.

MÉXICO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH QUE DERIVA DE SENTENCIAS EN DONDE EL ESTADO NO ES PARTE, TENDRÁ CRITERIO ORIENTADOR PARA LOS JUECES

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013

5. De manera preliminar, la Corte observa que el 14 de julio de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante “la Suprema Corte” o “la SCJN”) emitió un “Acuerdo del Tribunal Pleno” dentro del expediente “Varios 912/2010”, mediante el cual expuso las obligaciones concretas del Estado mexicano, y en particular, del poder judicial de la Federación, a raíz de la Sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco (supra Visto 1). Mediante dicho fallo, la SCJN manifestó que el poder judicial está obligado a ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, y que para ello, debe tener en cuenta el marco del artículo 1 de la Constitución mexicana, el cual, a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, establece que “[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con [la] Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Además, en el mencionado Acuerdo se indicó que las decisiones de la Corte Interamericana con respecto a México, y en particular la Sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco

(supra Visto 1), “son obligatorias para todos los órganos [del Estado...] en sus respectivas competencias [...]. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que sea más favorecedor a la persona [...]”. Asimismo, mediante dicho Acuerdo, la SCJN también estableció que “el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”, ya que éstos tienen el derecho a “someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario”.

6. La Corte Interamericana resalta que este Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México constituye un avance importante en materia de protección de los derechos humanos, no sólo dentro del marco del presente caso, sino en todas las esferas internas del Estado mexicano. Por lo anterior, este Tribunal valora positivamente las consideraciones hechas por el máximo órgano judicial del Estado, las cuales son de gran trascendencia para la consolidación de los derechos humanos en la región.

CHILE: LA CORTE IDH VALORA CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CHILENA, HACIA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372

101. En conclusión, ciertamente la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena ha variado notablemente hacia una interpretación razonable y adecuada con su deber de ejercer un efectivo control de convencionalidad. La Corte Interamericana valora positivamente tal cambio jurisprudencial.

131. Según fue considerado, ciertamente la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena ha variado notablemente hacia una interpretación consecuente y adecuada con su deber de ejercer un efectivo control de convencionalidad.

132. A la vez, según informó el Estado, en Chile las sentencias judiciales tienen efectos inter partes y no erga omnes, pues no se está sujeto a un sistema tipo “stare decisis” donde una resolución judicial constituya una fuente formal y general de derecho. Por su parte, el representante ha informado que tribunales de instancia o apelación continúan sosteniendo interpretaciones disconformes con el criterio anterior y que el Consejo de Defensa del Estado continúa presentando excepciones de prescripción. Asimismo, según hizo notar la Comisión, la uniformidad del criterio de la Corte Suprema puede depender de su decisión administrativa de concentrar el conocimiento de las acciones de reparación en su Segunda Sala. En este sentido, la Corte es consciente de que la jurisprudencia puede variar en el futuro.

133. A la vez, si el hecho ilícito internacional reconocido se originó en incorrectas interpretaciones judiciales de la norma civil de prescripción y no en la norma en sí misma, un cambio sustancial en la jurisprudencia de la máxima autoridad judicial del Estado, que controla –en última instancia– la

constitucionalidad y convencionalidad de las normas e interpretaciones de las demás instancias judiciales, brinda seguridad jurídica suficiente respecto de situaciones jurídicas como las presentadas en este caso y constituye, efectivamente, una garantía de no repetición. El Estado ha reconocido ante esta instancia internacional que una interpretación diferente de la figura de la prescripción en acciones civiles de reparación en casos de crímenes de lesa humanidad constituye una violación de derechos reconocidos en la Convención. La consecuencia necesaria de la posición del Estado es que interpretaciones judiciales actuales o futuras inconsecuentes con ese criterio serían contrarias a la Convención y, por ende, comprometerían la responsabilidad del Estado.

134. De tal modo, este Tribunal parte de que, en atención a la buena fe del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, la referida línea jurisprudencial se mantendrá en posteriores acciones que tenga que resolver la Corte Suprema, a efecto de garantizar que las circunstancias del presente caso no se vuelvan a repetir. Esta consideración no precluye la posibilidad de este Tribunal para pronunciarse en el futuro si se le llegare a someter otro caso contencioso por hechos similares.

135. Sin perjuicio de lo anterior, es también necesario recordar que la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, incumbe a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, y debe ser realizada ex officio en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En consecuencia, sin duda corresponde también a todas las instancias judiciales, en todos los niveles, y no sólo a la Corte Suprema, mantener coherencia de criterio respecto de un tema que, en atención al referido cambio jurisprudencial, al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y a la evolución de las políticas públicas chilenas en materia de justicia, verdad y reparaciones para víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en este momento se encuentra resuelto.

136. En virtud de lo anterior, si bien la emisión de una ley que determine expresamente la inaplicabilidad de la figura de la prescripción en ese tipo de acciones civiles, podría ser una vía pertinente para cerrar en definitiva futuras interpretaciones contrarias a la Convención en ese sentido, la Corte considera que no han sido aportadas suficientes razones para considerar que ello sea una medida absolutamente indispensable para garantizar la no repetición de los hechos, por lo cual no corresponde ordenarlo. Corresponderá a las autoridades legislativas del Estado determinar la viabilidad y pertinencia de ello en el marco de sus competencias. Sin perjuicio de ello, es función actual y futura de todos los órganos vinculados a la administración de justicia del Estado, en todos los niveles, ejercer un adecuado control de convencionalidad en causas similares a las presentadas en este caso.

COLOMBIA: PARA LA CORTE IDH DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO CONSTITUYÓ UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE DECISIÓN DE PROCURADURÍA

Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.

106. El Consejo de Estado expresó que la anterior conclusión obedecía a dos razones: la “primera, porque al no ser sancionado el señor Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio pacta sunt servanda, a su ineludible observancia por

parte de los Estados miembros de la Convención [...]”, y la “segunda, porque el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular”. De esta forma, razonó que el Procurador carecía de competencia para imponer una sanción que implicó la destitución y la inhabilidad general del señor Petro debido a que sus acciones u omisiones, si bien podrían ser contrarias a derecho, no constituyeron actos de corrupción. La Corte destaca que el Consejo de Estado consideró que le correspondió “como juez de convencionalidad, examinar, para este proceso, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales” y en ese sentido manifestó lo siguiente:

“Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga 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”, conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera 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”.

[...]

Al ser la Corte IDH un medio de protección y el intérprete autorizado de las normas convenidas en la CADH, sus decisiones tienen efectos vinculantes y de obligatoria observancia para los Estados Partes, de tal manera que ellos están sometidos a verificar que las normas de su ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas multilateralmente y que, en caso de que ello no lo sea, se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto es lo que la jurisprudencia interamericana ha denominado como control de convencionalidad.

[...]

Ahora bien, un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal, por las siguientes razones:

La primera, porque al no ser sancionado el señor Gustavo Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio *pacta sunt servanda*, a su ineludible observancia por parte de los Estados miembros de la Convención, norma que dispone que solo un juez penal, mediante una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, puede restringir los derechos políticos de una persona.

[...]

La [s]egunda, porque el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular, de tal manera que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del elegido no solamente implicaría cercenar derechos del sancionado, sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados.

[...]

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor”.

107. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

108. En ese sentido, la Corte considera que la decisión del Consejo de Estado constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones. El Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención, para así garantizar adecuadamente los derechos políticos del señor Petro al: a) declarar la nulidad de dicha sanción; b) ordenar el pago de los salarios dejados de percibir por el tiempo separado de su cargo; c) ordenar la desanotación de las sanciones impuestas; y d) exhortar al gobierno a realizar las reformas dirigidas a lograr la compatibilidad de las facultades del Procurador con el artículo 23 de la Convención

Americana. Asimismo, la sentencia del Consejo de Estado reconoció que en el caso concreto no sólo fueron afectados los derechos políticos del señor Petro, sino que la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría vulneraba el principio democrático y los derechos políticos de sus electores, lo cual resultaba contrario al artículo 23.2 convencional. Pese a ello, en coincidencia con lo manifestado en el párrafo 100 (...), si bien es encomiable la decisión del Consejo de Estado, la Corte advierte que, por la naturaleza del derecho afectado, no fue subsanada totalmente la violación, pues el derecho al ejercicio de un cargo de elección popular fue interrumpido durante más de un mes por la sanción impuesta por la Procuraduría.

[...]

111. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. En relación con los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Convención, el deber de adecuar el derecho interno implica que las normas que prevén restricciones a los derechos políticos –o que facultan autoridades para su imposición deben ajustarse a lo previsto en el artículo 23.2 del mismo instrumento (...). Asimismo, respecto a la adopción de dichas prácticas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad.

[...]

117. Finalmente, en lo que respecta al alegato de los representantes sobre la inconventionalidad de las interpretaciones de las facultades disciplinarias por parte de la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal advierte que las mismas no constituyen un riesgo en sí mismo para el ejercicio de los derechos políticos del señor Petro y, por lo tanto, no constituyen una violación al artículo 23 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento. Sin perjuicio de ello, el Tribunal recuerda que del artículo 2 de la Convención se desprende la obligación estatal de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en dicho tratado. En consecuencia, es necesario que la interpretación y aplicación de las facultades disciplinarias se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la Corte recuerda que la interpretación de las normas que disponen las facultades de la Procuraduría o la Contraloría por parte de la Corte Constitucional, y de las demás autoridades del Estado colombiano, deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención y que han sido reiterados en el presente caso.

CHILE: DECISIÓN CONSTITUYÓ UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN TANTO RECONOCIÓ, CESÓ Y REPARÓ EN PARTE, VIOLACIÓN A LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.

94. Este Tribunal considera que la decisión de la Corte Suprema de Chile constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de la sanción de amonestación privada impuesta al señor Urrutia Laubreaux en el 2005, en tanto reconoció, cesó y reparó parcialmente la violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio del señor Urrutia Laubreaux. La Corte Suprema de Chile tomó en debida consideración los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 13 de la Convención para así garantizar adecuadamente la libertad de expresión del Juez Urrutia Laubreaux al a) dejar sin efecto la sanción impuesta, y b) ordenar la eliminación de la misma de la hoja de vida de la presunta víctima.

95. No obstante, este Tribunal advierte que la sanción se mantuvo en la hoja de vida del señor Urrutia Laubreaux por más de 13 años, lo cual razonablemente afectó su carrera judicial. Al respecto, la Corte advierte que de acuerdo a la legislación chilena vigente al momento de los hechos la imposición de una “amonestación privada” tiene como consecuencia que el o la jueza sancionada no pueda ser calificada en la lista “Sobresaliente”. La calificación de los jueces con base en la acumulación de puntos influye en la preferencia que se tiene en los nombramientos en propiedad, en la promoción de los jueces a cargos superiores, y en el nombramiento a plazas distintas. Además, la determinación de más de tres sanciones en el período de tres años puede implicar la remoción del cargo de juez. Sobre esto el Juez Urrutia Laubreaux declaró que “h[a] tenido que vivir con una sanción injusta, dentro del Poder Judicial, esto ha significado una etiqueta de Juez problemático, de Juez rebelde [...], y también ha significado trabas para la continuación de mi carrera judicial en Chile”. Este daño no ha sido reparado por el Estado de Chile. En consecuencia, la Corte advierte que no se ha subsanado totalmente la violación del derecho a la libertad de expresión del señor Urrutia Laubreaux. Las afectaciones a la independencia judicial serán analizadas infra.

ARGENTINA: SI BIEN LA CÁMARA DE CASACIÓN PENAL HIZO UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, LA CORTE SUPREMA REVOCÓ EL FALLO ABSOLUTORIO

Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

85. La Corte recuerda que el señor Tumbeiro interpuso un recurso de casación contra la sentencia de 26 de agosto de 1998, en el marco del cual solicitó la nulidad del procedimiento policial por entender que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la detención y requisa sin orden judicial. El Tribunal observa que, si bien la Cámara de Casación Penal realizó un adecuado control de convencionalidad, absolviendo al señor Tumbeiro porque “no mediaron circunstancias debidamente fundadas que hicieren presumir que alguien hubiere cometido algún hecho delictivo”, con motivo de un recurso extraordinario incoado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia revocó en última instancia el fallo absolutorio y confirmó la condena de primer grado, mediante sentencia de 3 de octubre de 2002. En su sentencia, la Corte Suprema ponderó lo siguiente:

[...] Que en estas condiciones resultan inadmisibles las conclusiones a que arriba el a quo, puesto, que no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento del que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal. Es más, el pronunciamiento impugnado no sólo ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas, sino que, además, omite valorar

juntamente con el nerviosismo que mostraba el imputado, las demás circunstancias por las cuales el personal policial decidió identificarlo [...]

86. La Corte considera que ninguna de las circunstancias indicadas por los agentes de la Policía Federal Argentina que motivaron la detención con fines de identificación, y posteriormente analizadas por los tribunales en las diversas etapas del proceso, se podían asimilar con la flagrancia o los “indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad” que se señalan en el Código Procesal Penal, ni a las “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad” a las que se refiere la Ley 23.950 para detener a una persona con fines de identificación. Por el contrario, el Tribunal considera que se trató de una detención basada en prejuicios por parte de la policía y, posteriormente, convalidada por los tribunales internos en virtud de los fines que perseguía y las pruebas obtenidas. En este punto, el Tribunal advierte lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en el sentido de que:

[L]os motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear por las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma apresurada’ o ‘quedarse parado en una esquina’, sólo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas.

87. Lo anterior permite concluir que la detención del señor Tumbeiro no cumplió con el requisito de legalidad y, por lo tanto, constituyó una violación de los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. De igual modo, el hecho de que la detención no obedeciera a criterios objetivos, sino a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del señor Tumbeiro y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba, hacen de la intervención policial una actuación discriminatoria y, por ende, arbitraria que resulta violatoria de los artículos 7.3 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

ECUADOR: AÚN CUANDO SE DIO UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, LAS AUTORIDADES NO TOMARON NINGUNA MEDIDA PARA SU CUMPLIMIENTO INMEDIATO

Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423.

209. Si bien la Corte considera que la decisión del Tribunal Constitucional constituye un adecuado control de convencionalidad, de la información aportada a la Corte, se observa que las autoridades no tomaron ninguna medida para su cumplimiento inmediato. Por el contrario, 13 días después de la sentencia del Tribunal Constitucional se ordenó el archivo de la causa. El Estado argumentó que la reapertura de la investigación en noviembre de 2009 fue en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, esta Corte advierte que, incluso de ser el caso, dicha reapertura se realizó más de tres años después de la sentencia concediendo el habeas corpus, y que en el 2009 solo se realizó una diligencia investigativa. Las siguientes diligencias que constan en el expediente son del año 2013.

210. La Corte resalta que tanto el cumplimiento como la ejecución de las sentencias constituyen componentes del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. De igual manera, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, debido a que el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado permitiera que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. En este sentido, se advierte que, al no haberse realizado acciones investigativas de forma inmediata tras la decisión del Tribunal Constitucional, el recurso de hábeas corpus no tuvo en la práctica ninguna efectividad. Por lo tanto, la Corte concluye que el Estado violó su obligación de contar con un recurso efectivo, en relación con el derecho a la protección judicial.

6. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CAPACITACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS

CORTE IDH ESTIMA PERTINENTE ORDENAR AL ESTADO IMPLEMENTAR PROGRAMAS DE DDHH EN LOS CUALES SE INCLUYA EL TEMA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285

244. Por otra parte, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad.

Revista especializada semestral "Iustitia et Pulchritudo" Instrucciones para publicación

1. Definición

La revista "Iustitia et Pulchritudo" (ISSN 1607-4319), es una publicación periódica semestral (dos números regulares, anualmente) publicada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá.

Esta publicación periódica es especializada, centrada en las disciplinas de las ciencias jurídicas delimitadas dentro del campo de conocimiento 0056 (Derecho), de la Clasificación UNESCO: Nomenclatura para los Campos de las Ciencias y las Tecnologías: 5601, 5602, 563, 5604, 5605 y 5699. Entre estas disciplinas se cuentan: teoría del derecho, filosofía del derecho, filosofía política, derecho comparado, derecho civil, derecho penal y procesal, derecho político, derecho constitucional, derecho mercantil, derecho tributario, derecho laboral, derecho administrativo, derecho internacional, ética jurídica, derecho ambiental, derecho registral, derecho del consumidor, derecho informático, derecho comercial, derecho romano, historia del derecho, sociología del derecho, análisis económico del derecho, gobierno, así como cualquier disciplina o interdisciplina afín. Así mismo, aquellas referidas a campo de conocimiento 0059 (Ciencias Políticas).

Iustitia e Puchritudo está abierta al personal docente e investigativo de la Universidad Católica Santa María La Antigua y acepta gustosamente colaboraciones de investigadores provenientes de otros Centros de Educación Superior, Entidades Gubernamentales o Institutos de Investigación nacionales o extranjeros.

2. Política Editorial.

2.1. Todos los artículos serán responsabilidad exclusiva de los autores. Con el fin de prevenir el fraude o el plagio, la Universidad Católica Santa María La Antigua podrá verificar datos sobre la trayectoria científica de los autores y, sobre esta base, decidir sobre su publicación definitiva.

2.2. Existirán dos tipos de artículos, según su origen: colaboraciones regulares enviadas por los autores y colaboraciones solicitadas por el Editor. En el primer caso, los trabajos serán enviados a revisión por parte de evaluadores externos, libremente seleccionados por el Editor, quienes de manera imparcial y anónima aprobarán, recomendarán cambios o rechazarán la publicación del trabajo remitido. En el segundo caso, será prerrogativa final del Editor publicar o no la colaboración solicitada.

2.3. Los trabajos a ser considerados para publicación deberán ser absolutamente inéditos. Los mismos deberán ser enviados vía correo ordinario o electrónico, a la siguiente dirección:

Director Editor
Revista Iustitia et Pulchritudo
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)
Apartado 0819-8300
Panamá, República de Panamá

O por email a: revista.iustitia@usma.ac.pa, aillueca@usma.ac.pa

2.4. Los artículos enviados serán publicados Ad Honorem y la revista retribuirá su aporte otorgando gratuitamente a cada colaborador un número determinado de copias de la publicación.

2.5. La Universidad Católica Santa María La Antigua conservará los derechos de autor sobre el material impreso en la edición de la que se trate. El autor mantendrá sus derechos de autor sobre ediciones sucesivas.

2.6. No se devolverán colaboraciones no solicitadas por el Editor.

3. Especificaciones Técnicas para las Colaboraciones.

3.1. La revista publicará varios tipos de colaboraciones:

- 3.1.1. Ponencias o resúmenes de ponencias presentadas en congresos especializados o profesionales.
- 3.1.2. Trabajos de investigación jurídica (bibliográfica, hermenéutica o socio-jurídica).
- 3.1.3. Jurisprudencia.
- 3.1.4. Análisis de Jurisprudencia.
- 3.1.5. Artículos de Opinión (fundamentada con referencias) sobre asuntos de naturaleza jurídica.
- 3.1.6. Cartas al Editor.

3.2. Los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) se redactarán dirigidas a un público especializado, su extensión máxima ordinaria será de treinta (30) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.3. Los trabajos de los dos últimos tipos (3.1.5 y 3.1.6) se redactarán dirigidas a un público general, su extensión máxima ordinaria será de cinco (5) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.4. Todos los trabajos deberán tener un título claramente identificado. Adjunto al título irán el nombre del o los autores, así como su filiación institucional y su dirección postal y electrónica. El primer autor listado será considerado como Autor Principal y a él será dirigida cualquier comunicación referente al trabajo. Toda esta información deberá concentrarse en una misma página, exclusiva para estos fines. Así mismo, los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) deberán contar con, al menos, cinco referencias bibliográficas, en cada caso.

3.5. Para todos los tipos de escrito:

- Deberán usarse las unidades del Sistema Internacional de medidas, obligatoriamente.
- Las referencias bibliográficas deberán listarse según las normas editoriales de la Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Puede encontrar guías en https://revistas.uc.cl/files_rev/rchd/Normas%20Edit%20RChD%202021.12.03.pdf
- Se pide a cada autor principal que provea una traducción, al idioma inglés, del resumen ejecutivo (abstract) de su escrito. En caso de no poder proveerse, el Director-Editor procederá a efectuar la traducción de dicho resumen.

3.6. Los textos enviados para ser considerados para publicación, deberán ser remitidos en forma de documentos editables, escritos usando el procesador de palabra Microsoft Word.

4. Advertencia / Disclaimer

Las opiniones expresadas en artículos que aparezcan impresos dentro de esta publicación son de responsabilidad exclusiva de los autores correspondientes. No reflejan las opiniones o puntos de vista de la comunidad de la USMA (la Universidad Católica Santa María la Antigua) ni de sus directivos, personal administrativo, docente o educando. Las denominaciones empleadas en esta publicación y la presentación de los datos que contengan los trabajos que aquí se publiquen, no implican la expresión de juicio alguno por parte de la USMA ni de los miembros de su comunidad académica sobre la condición de cualquier persona natural o jurídica y la USMA se exime completamente de cualquier responsabilidad legal derivada.

The views expressed in articles that appear in print within this publication are of the sole responsibility of the respective authors. They do not reflect the opinions or views of the community of USMA (Universidad Católica Santa María la Antigua) nor from its directors, staff, faculty or student body. The designations employed and the presentation of data contained within written works published here do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the USMA or members of its academic community on the status of any natural or legal person, therefore USMA completely rejects and disclaims any derived legal liability.