

DERECHOS HUMANOS PERSPECTIVA Y ACTUALIDAD

**TOMO II
DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
PROVINCIAL, REGIONAL Y
TRANSNACIONAL**

**PATRICIO MARANIELLO
DIRECTOR**

REPÚBLICA ARGENTINA. AÑO 2018



Derechos Humanos: perspectiva y actualidad : Derechos Humanos y la Justicia Constitucional provincial, regional y transnacional / Pedro Tenorio Sanchez ... [et al.] ;

compilado por Patricio Maraniello. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2018.

458 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-4179-42-5

1. Derecho. 2. Derechos Humanos. I. Tenorio Sanchez, Pedro II. Maraniello, Patricio, comp.

CDD 323

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Coordinación Editorial: Sebastián Carvajal

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.

CP: 1010

TE: 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la ley 11.723

Índice

Autoridades.....9

CAPÍTULO I

DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL REGIONAL.....11

Adecuación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

PEDRO TENORIO SANCHEZ (ESPAÑA).....13

Notas sobre los actuales alcances de la labor de convencionalización del Derecho del Juez/a Constitucional Latinoamericano/a: así como unas reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (PERÚ).....37

Protección Miltinivel de los Derechos Humanos positivizados a partir de la Constitución Boliviana de 2009

MARÍA MICAELA ALARCÓN GAMBARTE (BOLIVIA).....77

A justiça transicional como instrumento de paz

Ampliação aos novos contextos

YULIANA HERRERA MIRADA DE SOUTO (COLOMBIA) | RICARDO APARECIDO DE SOUTO (BRASIL).....109

Supremacía Constitucional y control de Convencionalidad en el Uruguay

RUBÉN CORREA FREITAS (URUGUAY).....133

Los Derechos Humanos y Diversidad Cultural

HENRY EYNER ISAZA (PANAMÁ).....175

CAPÍTULO II

DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PROVINCIAL.....201

Razones para una reforma constitucional

A sesenta años de la sanción de la Constitución de la Provincia de Misiones

VIVIANA TERESITA VALLARO | MARTÍN RUBÉN LÓPEZ (ARGENTINA).....203

CAPÍTULO III

DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRASNACIONAL.....223

Derecho Procesal Constitucional Transnacional

El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA (COLOMBIA).....225

Derechos Humanos y la Justicia Transnacional

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO | KARLA ELIZABETH MARISCAL URETA (MÉXICO).....257

El alzamiento de la corte ante una sentencia del la CIDH

MARIO A. R. MIDÓN (ARGENTINA).....287

Mitos, verdades y ratos de los Desc. El Camino hacia la justiciabilidad y/o exigibilidad directa en el sistema interamericano de Derechos Humanos

PAMELA JULIANA AGUIRRE CASTRO (ECUADOR).....305

CAPÍTULO IV

SUJETO DE DERECHO NO HUMANOS (DERECHO ANIMAL).....333

Proyecto reinserción de perros de la calle para el ámbito de entrenamiento policial y/o público

CRISTIAN PLECHOT (ARGENTINA).....335

Los sujetos de Derechos No Humanos. Derecho Animal

¿Hacia una nueva categoría de sujetos de Derecho No Humanos?

GABRIELA TOTH (ARGENTINA).....341

Rostros que nos hablan

HUGO ALBERTO ZARAGOZA (ARGENTINA).....355

Una perspectiva acerca de la (in)existencia de sujetos de derechos no humanos

LEONARDO DIEGO VILLAFañE (ARGENTINA).....375

Los centros de zoonosis en la salud pública de la República Argentina y la necesidad de la función como hospitales públicos

NANCY CLAUDIA HERRERA (ARGENTINA).....397

La construcción del sujeto de derecho no humano: conceptos, imaginarios, abordajes

EDUARDO RAÚL OLIVERO (ARGENTINA).....407

Derecho Animal

JULIA BUSQUETA (ARGENTINA).....445



**ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**

AUTORIDADES

PRESIDENTE

DR. PATRICIO MARANIELLO

SECRETARIO GENERAL

DR. ALBERTO AGUSTÍN LUGONES

VOCALES

DR. RODOLFO FACIO

DR. JUAN ROZAS

DR. CARLOS BEDACARRATZ

DR. PEDRO PARRA

TESORERO

DR. SERGIO MORANO

REVISOR DE CUENTAS

RÓMULO MARANIELLO

ADMINISTRACIÓN

TAMARA MARANIELLO

CAPÍTULO I
DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL REGIONAL

Adecuación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

PEDRO TENORIO SANCHEZ¹ (ESPAÑA)

¹ Catedrático de Derecho Constitucional. UNED. Madrid. Ex Letrado del Tribunal constitucional español (2001 a 2011).

I. ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. Si hubiera que reducir la Constitución española (en adelante, CE) a un artículo, éste sería el 10. Es verdad que, dentro de él, es más importante el apartado primero que el segundo, pero este último ha tenido y tiene gran relevancia. Veamos su contenido.

El art. 10.1 CE dice que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

Pero el que aquí nos interesa, como artífice de la convergencia del régimen español de los derechos con el europeo, es el art. 10.2 CE, que dice que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”².

2. Para comprender por qué nuestros constituyentes incluyeron este precepto, es preciso recordar que la transición política española a la democracia fue liderada en buena medida por un gobierno cuyos miembros, en parte, lo habían sido de gobiernos del régimen anterior. Se comprende que al elaborar nuestra Constitución se pretendiera probar que se instauraba un sistema con una constitución plenamente normativa, un sistema de libertades plenamente homologable a las más acrisoladas democracias occidentales.

Por ello, nuestros constituyentes, al elaborar la declaración de derechos, no sólo se inspiraron, al reconocer los diferentes derechos, en acreditadas constituciones o tratados internacionales, sino que quisieron asegurarse de que esos textos serían interpretados de acuerdo con las tendencias imperantes en las democracias occidentales.

² El art. 10.2 de la Constitución española ha sido estudiado de manera especialmente exhaustiva por Saiz Arnaiz, en cuyos trabajos basamos principalmente la presente síntesis. En la bibliografía, al final de esta colaboración, puede encontrarse referencia a los mismos, así como a otros autores.

La incorporación del precepto al texto no se hizo sin resistencias de muchos. Es más, lo decisivo parece que fue garantizar determinados contenidos (que la Constitución no había reconocido explícitamente) en particular, al derecho a la educación, cerrando el debate de tan polémico derecho.

3. No podemos decir que el art. 10.2 CE sea una aportación original del constitucionalismo español al comparado, pues nuestro precepto encuentra un antecedente en el art. 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976. Pero sí parece inscribirse en una línea que ha inspirado posteriormente a otras Constituciones, como la rumana (art. 20) o la colombiana (art. 93.2).

4. Desde su creación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha puesto en práctica aquella provisión, y ha acentuado su importancia. Para clarificar la interpretación del art. 10.2 CE en el sistema español, nosotros deberíamos tomar en cuenta cómo esto ha sido interpretado y aplicado por el Tribunal.

4.1) El precepto no añade derechos fundamentales a los reconocidos por la Constitución española. Los derechos fundamentales reconocidos en España son, como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, únicamente los reconocidos en la Constitución. So, if a claimant invokes a right contained in an international treaty, the action before the Court shall not prosper. Whoever invokes rights or legal positions explicitly recognized in an international treaty (but not in the Constitution), has to try to show that they are also recognized in the Constitution. In this regard, we must recall that the right to appeal of any person convicted of a criminal act, recognized in art 14.5 of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter PIDCP), has been recognized by the Constitutional Court by bringing it into line with either the right to effective judicial protection (art. 24.1 CE) or the right to due process (art. 24.2 CE).

4.2) El artículo 10.2 establece un imperativo de “interpretación conforme” de los derechos fundamentales a los tratados internacionales

sobre derechos ratificados por España que ha alumbrado de alguna manera un nuevo tipo de argumento interpretativo.

Nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado plenamente desde su primera Sentencia este precepto y ha destacado su importancia. Concretamente, ha subrayado el valor interpretativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y de las sentencias que, en aplicación del mismo, dicte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH). Por ejemplo: Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 91/2000, FJ 7 “Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la CE proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente [...] [e]special relevancia revisten, [...] la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales... Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España [...] y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas [...]”.

Esto dota a este tipo de tratados de un alcance peculiar. En el ordenamiento jurídico español, los tratados internacionales pasan a formar parte del ordenamiento interno mediante lo establecido en el art. 96.1 CE. Según este precepto, “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Esto ocurre con todos los tratados internacionales, tanto los que reconocen derechos como los que tienen otro contenido. Esta incorporación al Derecho interno convierte los tratados en derecho interno, en principio, sometido a la Constitución (sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que pudiera incurrir el Estado como resultado del incumplimiento de un compromiso de esa naturaleza).

El art. 10.2 CE da un alcance nuevo y distinto del propio del art. 96.1 CE a los tratados internacionales que contengan derechos fundamentales. En virtud del art. 10.2 CE, estos últimos tratados son criterio interpretativo de los derechos reconocidos en la Constitución. Debe precisarse que lo son, no sólo en la versión que tuvieran en el momento de la aprobación de la Constitución, sino también en su versión futura.

Los derechos fundamentales afectados por esto son virtualmente todos. Tanto procesales (tutela judicial efectiva, garantías procesales) como sustantivos (igualdad, libertad religiosa, libertad de expresión, por citar sólo tres).

Son muchos los sectores en los que se ha percibido una notable influencia de normas internacionales: no sólo en áreas como extradición o extranjería, sino en otras que a primera vista pudieran parecer más alejadas, como justicia militar o de menores o las relaciones especiales de sujeción de los internos en centros penitenciarios.

II. NOCIÓN DE “DERECHOS FUNDAMENTALES”

El art. 10.2, para determinar el círculo de derechos afectados por la interpretación conforme a los tratados internacionales, se refiere literalmente “a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”.

Esto ha planteado en España una polémica en torno a la determinación de cuáles deben considerarse “derechos fundamentales y libertades”. La Constitución, en efecto, tiene un Título I con la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales” (arts. 11 a 55, ambos inclusive). Este Título I se subdivide en tres capítulos. El primero se titula “De los españoles y extranjeros” (arts. 11 a 13). El segundo, “Derechos y libertades” (arts. 14 a 38). El tercero lleva como rúbrica “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 a 55). Dentro del Capítulo II, a su vez, se distinguen dos Secciones. La Sección 1ª se titula precisamente “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” y comprende los artículos 15 a 29; la Sección 2ª tiene la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos” y comprende los artí-

culos 30 a 38. Se plantea la cuestión de si los derechos fundamentales y libertades públicas a que hace referencia el art. 10.2 CE son sólo los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, que efectivamente se titula “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, o ha de realizarse una interpretación menos literal, que incluya todo el Capítulo II, o los Capítulos II y III.

Veamos la posición del Tribunal Constitucional a este respecto. De su jurisprudencia parece desprenderse que considera como “derechos fundamentales” los del Capítulo II del Título I. En efecto, está claro que quedan incluidos los derechos protegidos por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, es decir, el derecho a la igualdad (art. 14 CE), más los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (titulada “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” y comprensiva de los artículos 15 a 29). Pero además, el Tribunal ha señalado explícitamente la aplicabilidad del artículo 10.2 a los derechos reconocidos en los artículos 30 a 38 CE (es decir, el Capítulo II del Título I. En este sentido, por ejemplo, la STC de 36/1991, FJ 5, dice que “[la Constitución n]o da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios...”, (STC 199/1996, FJ 3).

Conviene precisar que el Tribunal es tajante en cuanto a que los derechos fundamentales son sólo los reconocidos en la Constitución, de modo que, si se invoca un derecho contenido en un tratado internacional, la acción no prosperará. No obstante, cabe intentar que se amparen derechos o posiciones jurídicas reconocidas explícitamente en un tratado internacional (pero no en la Constitución), reconduciéndolos a algún derecho fundamental que sí este reconocido explícitamente en la Constitución. En este sentido, Saiz Arnáiz recuerda que el derecho al recurso de toda persona condenada penalmente, reconocido en el arte 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional reconduciéndolo, bien al derecho de tutela judicial efectiva (hasta 24.1 CE), bien al derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

III. LA EXPRESIÓN TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos visto, la Constitución reconoce el valor interpretativo de los tratados “sobre las mismas materias”. Ahora bien, ¿cómo ha de interpretarse esta expresión? ¿Ha de entenderse en sentido formal, incluyendo sólo de tratados en sentido estricto que, además, por su título y objeto tengan claramente la finalidad de regular derechos fundamentales? ¿O ha de entenderse en sentido material, incluyendo cualquier norma del derecho internacional que tenga alguna referencia a derechos fundamentales?

El Tribunal Constitucional español se ha decantado por una orientación material. En este sentido, por ejemplo, ha empleado en sus resoluciones no sólo Convenciones elaboradas por la ONU (como la Convención contra la tortura -STC 120/1990, FJ 9- o la relativa a la eliminación de discriminación contra la mujer -STC 12/2008, FJ- o sobre derechos del niño -por ejemplo, STC 36/1991, FJ6-) sino que se ha referido a Resoluciones aprobadas por la Asamblea General -que en principio carecen de fuerza obligatoria- aunque haya precisado que tienen valor limitado: STC 36/1991, FJ 5 y 215/1994, FJ 2. De manera similar, ha de distinguirse, en el ámbito del Consejo de Europa, entre Convenios (que los Estados ratifican, como el CEDH) y Resoluciones y Recomendaciones. El Derecho del Consejo de Europa ha tenido considerable relevancia en algunos casos, como la integración del art. 18. 4,a) a partir del Convenio sobre protección de las personas frente al tratamiento informatizados datos de carácter personal (STC 254/1993) o la configuración del derecho a la objeción de conciencia (Sentencias del Tribunal Constitucional -en adelante, SSTC- 15/1982, FFJJ 6 y 7; 160/1987, FJ 5 y 161/1987, FJ 5).

Por otra parte, y no en menor medida, debe considerarse que el Tribunal Constitucional español ha empleado normas del Derecho de la Unión, originario y derivado, en la interpretación de derechos.

El antiformalismo del Tribunal Constitucional español le ha llevado a aplicar tratados internacionales antes de que se hubieran

ratificado por España. En este sentido, debe recordarse la invocación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea antes de que fuera vinculante: SSTC 292/2000, FJ 8, 138/2005, FJ 4).

En algún caso, el Tribunal Constitucional español, basándose en que los derechos fundamentales son decisión fundamental básica que ha de informar todo el ordenamiento, ha interpretado un derecho fundamental a la luz de un tratado teniendo por no formulada una reserva del Estado español al tratado en cuestión: STC 21/1981, FJ 10 y 44/1983, FJ 1.

Naturalmente, con base en el art. 10.2 CE, los derechos fundamentales de la Constitución española se han interpretado de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (en lo sucesivo, DUDH) y los acuerdos internacionales de los que España es parte. Sáiz Arnáiz destaca como principales documentos internacionales empleados por el Tribunal Constitucional español la DUDH, el PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el CEDH y el Derecho de la Unión Europea, pero destaca que el texto internacional más utilizado por el TCe es el CEDH. En el periodo 1999 a 2004, en el 75% de las Sentencias de amparo dictadas por el Pleno del TCe se contienen referencias al Derecho del CEDH. Seguramente influye en ello el gran prestigio del TEDH, pero lo que formalmente justifica la importante presencia de la jurisprudencia del TEDH en la del TCe no es sólo el reenvío que hace la Constitución española al Convenio, sino el del Convenio al TEDH en lo relativo a su aplicación e interpretación (art. 32.1 CEDH).

Esto no quiere decir que no haya discrepancias entre ambos Tribunales. Cada vez que el TEDH condena a España en algún asunto, es fácil que lo haya hecho a pesar del criterio del TCe, que normalmente habrá intervenido en el asunto, pues para acudir al TEDH hay que agotar la vía judicial que proporciona el Estado. Pero es que además el TCe no se considera un mero ejecutor de los criterios del TEDH, y así lo ha dicho expresamente: STC 245/1991, FJ 2, “Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el Convenio ni ha intro-

ducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo al art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna...”. Corresponde al TCe interpretar la doctrina del TEDH: así lo dice en su STC 119/2001, FJ 6, respecto del asunto López Ostra.

El TCe no considera relevante desde la perspectiva del artículo 10.2 CE el criterio del Comité de Ministros del Consejo de Europa, basándose en la naturaleza diplomática y no jurisdiccional del referido órgano: STC 114/1984, FJ 3.

En cambio, el TCe sí emplea Decisiones de la Comisión europea de Derechos Humanos (que fue suprimida por el Protocolo XI, que entró en vigor en 1998), dotándolas en algún caso de gran incidencia en la solución del caso. Por ejemplo, STC 2/1987, FF JJ 2 a 4), pero en general lo hacía en ausencia de pronunciamiento del TEDH: STC 53/1985, FJ 11.

Desde luego, el TCe desde sus primeras sentencias ha considerado la jurisprudencia del TEDH relativa al CEDH de decisiva relevancia en virtud de la remisión del art. 10.2 CE (STC 22/1981, FJ 3, sin necesidad de justificaciones teóricas adicionales.

Tan importante es para el TCe la jurisprudencia de Estrasburgo que en ocasiones hace constar la inexistencia de la misma sobre algún extremo, dejando claro el valor decisivo de la misma: STC 53/1985, FJ 6.

El Derecho de la Unión Europea de naturaleza originaria no está orientado, en principio, al reconocimiento y garantía de de-

rechos fundamentales. El derivado, no tiene naturaleza pactada. De modo que sólo con una interpretación extensiva del art. 10.2 podían ser empleados tanto el derecho originario como el derivado para interpretar los derechos fundamentales.

Pues bien, el TCe empezó otorgándole ese papel a los solos efectos dialécticos. En este sentido STC 132/1989, FJ 12. Pero a partir del año 1991 se le reconoce al Derecho de la Unión valor interpretativo de los derechos fundamentales en virtud de la 10.2 CE: SSTC 28/1991, FJ 5 y 64/1991, FJ 4: "Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela... podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el art. 10.2 C.E."

Como ocurre con el Derecho del Convenio, el TCe reconoce este valor interpretativo al Derecho de la Unión aceptando la interpretación que de este último ofrece el TJUE. Por ejemplo, el Derecho de la Unión y su interpretación por el Tribunal de Justicia han sido determinantes por lo que se refiere a la configuración de la discriminación por razón de sexo, prohibida por el artículo 14 CE. Conviene hacer referencia en esta materia al Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 6. La Constitución española prevé que el gobierno puede solicitar dictamen al tribunal constitucional respecto de la compatibilidad con la constitución de algún tratado internacional con carácter previo a la ratificación del mismo. Durante la vigencia de la actual constitución de 1978, el gobierno ha hecho uso de esta facultad dos veces solamente. La primera, para consultar acerca de la constitucionalidad de determinados aspectos del Tratado de Maastricht. En aquella ocasión, hubo que proceder a una pequeña reforma de la Constitución con carácter previo a la ratificación del referido tratado para hacer desaparecer la contradicción que el Tribunal Constitucional detectó. La segunda vez el gobierno consultó al Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del Tratado que establecía una constitución para Europa. El Tribunal, en esta ocasión, no detectó inconstitucionalidad alguna. Aunque el aludido Tratado no haya llegado entrar en vigor por razón del rechazo de otros países, la doctrina de aquel Dictamen del Tribunal Constitucional es plenamente válida y muy valiosa para comprender la postura del Tri-

bunal acerca de la relación entre Derecho de la Unión y Derechos de origen interno y más concretamente el valor de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea e incluso de la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo. En efecto, se consultó al TCe si existía contradicción entre la Constitución española y los artículos II-111 (ámbito de aplicación de la Carta) y II-112 (criterios para la interpretación de la misma). El TCe contestó afirmando el valor interpretativo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y añadió que ello no debería plantear particulares problemas, toda vez que el artículo II -112 asumía la validez del CEDH y de la jurisprudencia de Estrasburgo. La validez del Convenio Europeo de Derechos Humanos venía asumida según el Tribunal porque nada podría impedir que “en tanto que convenio sobre derechos ratificado por España, a través del procedimiento previsto en el art. 93 CE, su eficacia interpretativa respecto de los derechos y libertades proclamados por la Constitución tuviera el alcance general previsto en el art. 10.2 CE”.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de Estrasburgo, el Dictamen dice lo siguiente “ El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo...

Esa reducción de la complejidad inherente a la concurrencia de criterios para la interpretación no dice nada nuevo a propósito del valor que para la definición de cada derecho haya de tener la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea. No supone, en otras palabras, un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales

por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer” (DTC 1/2004, FJ 6).

IV. GARANTÍA DE LO PRECEPTUADO POR EL ART. 10.2 CE

El art. 10.2 CE no se limita a habilitar a acudir a los tratados internacionales para interpretar los derechos fundamentales, sino que obliga a ello. No se dirige sólo al Tribunal constitucional, sino a todos los operadores jurídicos. Y no se refiere sólo a las normas constitucionales, sino a todas las normas que regulan derechos fundamentales. Veamos estas tres características del contenido del artículo 10.2 CE.

Por lo que hace referencia al carácter obligatorio del contenido del art. 10.2 CE, pueden hallarse en la doctrina constitucional afirmaciones algo tibias. En este sentido, la STC 36/1984, FJ 3, diría que el artículo 10.2 CE “autoriza y aún aconseja acudir” a los tratados. Pero en realidad lo que esas declaraciones significan es que el valor interpretativo no puede llegar a convertir estos tratados en fuente autónoma de Derecho constitucional y el arte 10.2 no es una norma cuya vulneración sea reparable mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Insistamos en ello: los tratados no pueden añadir derechos fundamentales a los reconocidos en la constitución. Si consideramos que se ha vulnerado una norma de un tratado internacional sobre derechos fundamentales y queremos la reparación, habremos de justificar que se ha vulnerado simultáneamente un derecho fundamental reconocido en la Constitución.

Decíamos en segundo lugar que el imperativo del art. 10.2 CE se dirige a todos los poderes públicos y en particular al legislador. Así lo ha declarado el TCe: STC 236/2007, FJ 5: “ Como

cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, que se convierte así en el “contenido constitucionalmente declarado” de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”. Y así lo reconoce con frecuencia en España el legislador. En efecto, es frecuente que las Exposiciones de motivos de las leyes sobre derechos fundamentales invoquen el Derecho internacional: las leyes orgánicas 7/1988, 2/2002, 13/2003 y 6/2007 son ejemplos de ello.

En tercer lugar, decíamos, la interpretación conforme a los tratados no sólo concierne a las normas contenidas en la Constitución, sino a todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la constitución. Así lo recordó el TCe en la STC 78/1982, FJ 4.

V. NATURALEZA DE LA VINCULACIÓN A LA INTERPRETACIÓN AL TEXTO INTERNACIONAL

Intentando precisar más, cabe preguntarse, como ha hecho la doctrina, si el intérprete del derecho fundamental puede permitirse todas aquellas interpretaciones que no contradigan el tratado internacional (es decir, si está vinculado negativamente por este) o, por el contrario, debe realizar sólo interpretaciones que desarrollen lo dispuesto en el tratado, esto es, que se reduzcan del mismo (vinculación positiva). Cabe encontrar alguna afirmación en la doctrina del tribunal constitucional que haría pensar en la vinculación positiva. En efecto, la STC 236/2007, FJ 5, dice que el contenido de los convenios a los que nos venimos refiriendo se convierte, en virtud del art. 10.2 CE, “en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título primero de nuestra constitución”. Pero parece que la vinculación, salvo que de la naturaleza del ámbito regulado se derive lo contrario, será negativa. Así se deduce de algunas manifestaciones del TCe, como por ejemplo la STC

113/1995, FJ 7, que dice que los derechos “no deben ser interpretados en contradicción” con el CEDH.

Por otra parte, en cuanto al CEDH, recordemos que es él mismo el que dice que no puede ser utilizado para disminuir o bajar el nivel de los derechos reconocidos en los diferentes Estados: art. 53 CEDH.

VI. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL COMO RATIO DECIDENDI DE LAS SENTENCIAS DEL TCE

También cabe preguntarse si nuestro Tribunal Constitucional, cuando invoca los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y en particular el CEDH - o la jurisprudencia del TEDH- lo hace como argumento “a mayor abundamiento” o si tal invocación se integra en la ratio decidendi del caso. La respuesta es que se pueden encontrar ejemplos de los dos tipos.

En efecto, no faltan casos en que la jurisprudencia del TEDH es ratio decidendi. Así, por ejemplo, como puede constatarse, entre otras, en las SSTC 51/1982, 37/1988, y 70/2002 el TCE ha reconocido el derecho al recurso ante un tribunal superior de toda persona condenada penalmente con base en el arte 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Protocolo VII del CEDH aunque lo haya hecho reconduciéndolo unas veces al derecho a la tutela judicial efectiva y otras al derecho al proceso con todas las garantías. La STC 254/1993 reconoció el derecho de hábeas data a partir del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, reconduciéndolo al art. 18.4 CE. La STC 5/1984 reconoció el derecho al intérprete de toda persona acusada que no comprenda el idioma empleado en el tribunal a partir de los artículos 14. 3,f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.3.e). del CEDH, reconduciéndolo al art. 24.2 CE.

El Tribunal Constitucional ha utilizado como ratio decidendi la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este sentido, la jurisprudencia del TJUE ha sido empleada, en particular, en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo, que en la Constitución española se recoge en el art. 14. Muchos derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución española, y de la Sección primera concretamente, se han interpretado de conformidad con la jurisprudencia del TEDH. Sin ser exhaustivos, podríamos señalar los siguientes.

Por una parte, se han adoptado categorías conceptuales creadas o asumidas por el TEDH. En este sentido, cabe señalar que para decidir si se han producido o no dilaciones indebidas (proscritas en el art. 24.2 CE) el TCE ha decidido emplear el mismo “test” que utiliza el TEDH para decidir si se ha vulnerado el derecho a un “proceso en un plazo razonable” del art. 6.1 CEDH (v. gr., STC 223/1988). Otro ejemplo lo proporciona el empleo de la interpretación que hace el TEDH del art. 3 CEDH para fijar el concepto del trato de trato inhumano o degradante y diferenciarlo de la tortura a la hora de interpretar el arte 15 de la Constitución española; es el caso de la STC 120/1990, FJ 9. También se emplean criterios del TEDH para concretar el derecho fundamental al juez imparcial (STC 69/2001, FF JJ 14 a 22) o el derecho a la asistencia letrada gratuita (STC 37/1988, FJ 6).

En otros casos podríamos hablar más bien de incorporación de contenidos nuevos. Por ejemplo, la STC 49/1999 incorpora determinados aspectos de la jurisprudencia del TEDH al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones. La STC 167/2002, al exigir que se revise la valoración de la prueba en la apelación penal con inmediatez y contradicción, completa las garantías procesales basándose en jurisprudencia del TEDH. Es más, en este punto, la STC 167/2002 abre toda una línea jurisprudencial que va haciendo un seguimiento minucioso de la evolución de la jurisprudencia del TEDH a este respecto. La STC 119/2001 alumbró la protección frente al ruido, siguiendo la estela de la jurisprudencia del TEDH, reconduciéndola a los derechos a la integridad personal y a la intimidad familiar en el domicilio. La STC/2003 reconoce el principio *non bis in ídem*, que nuestros constituyentes no incluyeron explícitamente protegido por recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

VII. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA

1. Respecto a la cuestión de la ejecución de sentencias del TEDH en el Derecho interno³, se han producido dos novedades recientes. Por una parte, un Auto del Tribunal Supremo que sostiene que el incidente de nulidad de actuaciones es idóneo para ejecutar una sentencia del TEDH. Por otra parte, la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que propone la revisión de la sentencia firme.

2. La doctrina jurisprudencial de las dos últimas décadas venía aceptando que las sentencias del TEDH carecen en España de efecto anulatorio, esto es, no privan de validez al acto interno causante de la vulneración del Convenio y que las referidas sentencias tienen carácter declarativo, careciendo de la eficacia ejecutiva propia de una sentencia genuina.

El debate comenzó acerca de la eficacia de las sentencias del TEDH se produjo en el recurso de amparo resuelto por STC 245/1991,

³ Para este epígrafe segundo, relativo a la incidencia del Borrador en la cuestión de la ejecución de las sentencias del TEDH, v. principalmente el excelente trabajo de De Miguel Canuto, E., "Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista Quincena fiscal, núm. octubre 2013, págs. 1 y ss. V. asimismo Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2ª ed., 2005; García de Enterría, E., Linde Paniagua, E., Ortega Álvarez, L., Sánchez Morón, M., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Madrid, 1.983; García Jiménez, M.E., *El Convenio de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Valencia, 1988; García Roca, F. J., y Santaolaya Marchetti, P., (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005; Martín Retortillo Baquer, L., *La Europa de los Derechos*, Madrid, 1.998; Martín Retortillo Baquer, L., *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Madrid, 2006; Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, 2.007; Ruiz Miguel, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1.997; Salinas Alcega, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, 2.009; Shelton, D., *Remedies International Human Right Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2005.

de 16 de diciembre, en el caso *Bultó*. Según nuestro Tribunal, el Convenio Europeo no obliga a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el TEDH de la violación de un derecho de los reconocidos por el CEDH, pero ello no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio (STC 245/1991, de 16 de diciembre, caso *Bultó*, FJ 2). Concretamente, en aquel caso, el Tribunal Constitucional argumenta la permanencia o actualidad de la lesión del derecho fundamental y concluye la estimación del recurso de amparo. En aplicación de esta doctrina se ha ido asentando una postura negativa ante la ejecución de sentencias estimatorias del TEDH, pero periódicamente, tanto el legislador como los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional se planteen cómo resolver esta contradicción o, si se quiere, esta laguna. ¿Qué procedimiento debe ser seguido para vehicular la anulación, en los casos en que proceda, por excepcionales que sean los mismos? Se ha intentado acudir al incidente de ejecución⁴, al recurso extraordinario de revisión⁵, al incidente de nulidad de actuaciones⁶, al propio recurso de amparo⁷. Todos los intentos han fracasado.

Ahora bien, en la Recomendación (2000) 2 del Comité de Mi-

⁴ Los problemas encontrados en este intento y su resultado denegatorio se ven en el caso *Fuentes Bobo*, resuelto por STC 197/2006, de 3 de julio, que refiere a un proceso por despido.

⁵ Exponente de este intento es el caso *Castillo Algar*, resuelto por ATC 96/2001, de 24 de abril, que tampoco abrió como camino el referido recurso.

⁶ En el caso *Perote Pellón*, resuelto por STC 313/2005, de 12 de diciembre, frente a la sentencia desestimatoria del recurso de casación previa sentencia del Tribunal Central se presentó demanda ante el TEDH y se obtuvo sentencia estimatoria, lo que llevó al recurrente a formular incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo.

⁷ El intento tampoco prosperó: caso *de la Fuente Ariza*, resuelto por ATC 119/2010, de 4 de octubre.

nistros, de 19 de enero de 2009, se solicita a los Estados firmantes del Convenio adoptar medidas legislativas que consientan y regulen fórmulas de reapertura de los procedimientos internos ante una Sentencia favorable, especialmente cuando sea la única forma de modificar las consecuencias negativas muy graves para la parte lesionada que resultan de la decisión interna.

En este contexto⁸ ha aparecido la tesis del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo⁹, según la cual la regulación actual del incidente de nulidad de actuaciones establecida por la LO 6/2007¹⁰, lo hace adecuado para encajar la pretensión de reposición de actuaciones cuando sea necesaria para llevar a cabo la ejecución de una sentencia estimatoria del TEDH, conforme a una

⁸ En el ámbito doctrinal (García Couso, S., en “El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Europea de derechos fundamentales*, núm. 15, Primer semestre, 2010, págs. 161 y ss.) se ha propuesto entregar esta competencia al Tribunal Constitucional, interpretando muy ampliamente uno de los motivos que, según la STC 155/2009, otorgan un recurso “especial trascendencia constitucional”, (que el mismo de ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia (...) de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE”), de modo que no comprenda sólo a Sentencias posteriores al cambio de doctrina por el TEDH, sino que incluya la propia resolución que ha dado lugar a declarar la vulneración del derecho por parte del Estado español. Esto llevará a configurar el amparo constitucional como un mecanismo procesal a través del cual pueda procederse a la reapertura de procedimientos internos tras una violación constatada por el TEDH, acudiendo directamente a él. Esta solución se inspira en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, en el asunto *Barbera*. Cuyo criterio se ha visto paulatinamente abandonado por el Tribunal, aunque no expresamente rechazado.

⁹ Auto del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, recurso nº 4386/1998, ponente Oro-Pulido López. Un análisis del mismo y de sus consecuencias en de Miguel Canuto, E., op. cit. supra, págs. 9 a 14.

¹⁰ La clave está en los motivos de nulidad. Frente a la anterior regulación en que los motivos eran defectos de forma causantes de indefensión e incongruencia del fallo, la LO 6/2007 amplía los motivos a “cualquier vulneración de un derecho fundamental del artículo 53.2 de la constitución”.

resolución recientemente dictada. El referido Auto del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 resuelve un incidente de nulidad de actuaciones en que el recurrente solicita la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo, con retroacción de actuaciones al momento de dictar sentencia, con base en una sentencia estimatoria del TEDH por vulneración del derecho a un tribunal. El Tribunal Supremo sintetiza la doctrina del Tribunal Constitucional y sostiene que el cambio normativo¹¹ experimentado en la regulación del incidente de nulidad de actuaciones por la LO 6/2007 hace a este último apto para dar ejecución a una sentencia estimatoria del TEDH¹².

¿Qué valoración merece esta iniciativa del Tribunal Supremo?

1) Hacer prevalecer las sentencias del TEDH sobre sentencias firmes españolas, es algo que corresponde al legislador, no a una interpretación forzada de una ley que no ha sido dictada con ese objeto¹³.

2) En el marco de la doctrina introducida por el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, el carácter actual o subsistente de la violación del derecho fundamental resulta ser clave¹⁴. Ahora bien, examinando la elaboración que sobre este

¹¹ Como recuerda el Auto, en relación con la inviabilidad del incidente de nulidad de actuaciones para canalizar una pretensión de esta índole, se pronunció el Auto de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005 (recurso de casación nº 2419/1997), “si bien -y esto es importante- en relación con la redacción entonces vigente del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ...”.

¹² Para el Tribunal Supremo, en el Derecho ahora vigente nos encontramos con que el artículo 241 LOPJ establece que cabe promover el incidente de nulidad de actuaciones “fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución”, y esta nueva caracterización legal del incidente, dada la amplitud de la referencia que contiene a la vulneración de derechos fundamentales, abre la puerta a la posibilidad de incluir en su seno, como causa de nulidad susceptible de ser invocada a través del mismo, las infracciones de tales derechos que se constatan y declaran por obra de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 3).

¹³ El Tribunal Supremo es consciente de ello, pues dice adoptar esta postura “a la espera de que el legislador aborde esta cuestión de una vez por todas, mediante una reforma de las leyes procesales”.

¹⁴ El Tribunal Supremo cree haber encontrado un cauce procesal para dar ejecución a las sentencias del TEDH (aunque limitado a los dere-

punto ha ido efectuando la jurisprudencia constitucional¹⁵ para

chos que, estando en el CEDH, estén también aludidos en el art. 53.2 CE). Pero acepta un condicionamiento derivado de la doctrina constitucional: el efecto anulatorio pretendido de una previa sentencia dictada por un tribunal interno, y concretamente por el Tribunal Supremo, solo puede alcanzarse si concurre la subsistencia o la actualidad de la lesión del derecho fundamental, que siga exigiendo medidas de reparación de la vulneración (FJ 3º in fine, de la STC 197/2006). Explica que: “Por lo demás, ese matiz o salvedad a la regla general, expresamente calificado por el propio TC en sus últimas resoluciones como “rigurosamente excepcional”, tan sólo se ha proyectado casuísticamente sobre asuntos de naturaleza penal, si bien no cabe descartar la posibilidad de extenderlo de forma casuística a otras infracciones de derechos fundamentales apreciadas y declaradas por el TEDH aún no estrictamente referidas a la materia penal, en la medida que se trate de violaciones de derechos que puedan considerarse actuales o persistentes, cuya reparación pase necesariamente por una actuación de índole procesal en forma de reposición de las actuaciones al momento en que la violación se cometió”.

¹⁵ El punto de partida es indubitadamente la doctrina elaborada en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, caso *Bultó*. “... el problema, no consiste pues en la falta de ejecutoriedad de aquella Sentencia (la del TEDH) sino en (que) (c)omprobada la permanencia de una infracción actual del art. 24.2 C.E. (que implica al mismo tiempo la violación del art. 17.1 C.E.), corresponde a este Tribunal, en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada de la infracción de aquel derecho, declarar la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y corregir y reparar la violación del derecho fundamental, teniendo en cuenta las características de la condena” (FJ 5).

En el ATC 96/2001, de 24 de abril, caso *Castillo Algar*, se argumentará que la satisfacción equitativa es suficiente para entender reparada la vulneración y por ello insubsistente.

En la STC 197/2006, de 3 de julio, caso *Fuentes Bobo*, relativo a un proceso por despido, se entendió que no subsistía la materialidad de la lesión, lo que, junto a la satisfacción equitativa, suponía la reparación de la lesión.

“Tal pretensión resulta inatendible, pues, de un lado, la materialidad de la lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente, que se produjo al ser despedido de su puesto en TVE con efectos desde el 15 de abril de 1994, no subsiste en el momento actual (a diferencia de lo que sí hemos apreciado cuando se trataba de penas privativas de libertad que aún se estaban cumpliendo), ... y, de otro porque en todo caso no se da ya la actualidad del perjuicio que aquella lesión pudo causar al recurrente, toda vez que fue el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de febrero de 2000,... el que, habiendo

valorar el alcance de la repetida doctrina de nuestro Tribunal Supremo, se concluye que es un concepto de difícil concreción.

3) Lo que es obvio es que el Borrador de LOPJ que comentamos deja sin sentido la interpretación auspiciada por el Tribunal Supremo. En efecto, la referida Propuesta de reforma de la LOPJ postula el recurso de revisión como vía para la ejecución de sentencias estimatorias del TEDH y, por otra parte, el regreso a la redacción anterior a 2007 en cuanto a la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, por lo que la aprobación de esta Propuesta, por ambas razones, pondría fin a la relevancia práctica de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el incidente de nulidad de actuaciones como vía de ejecución de las sentencias del TEDH.

3. En la actualidad, las leyes procesales, desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley 41/2015 de 5 de octubre, mediante el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo se puede solicitar la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

declarado la vulneración de la libertad de expresión, la ha reparado fijando la correspondiente satisfacción equitativa otorgada al recurrente por los perjuicios económicos y morales causados por el despido...” (FJ 4, IV).

Sin embargo, la ausencia de subsistencia de la lesión no es pacífica, sino discutida en el Voto Particular emitido por Pérez Tremps, lo que revela se trata de una noción de difícil asimiento.

En el ATC 129/2008, de 26 de mayo, caso *Puig Panella*, se considera que la lesión no es actual sino pasada, porque la indemnización equitativa supone su reparación. Ello en armonía con la solución dada al caso *Castillo Algar*.

En la STC 119/2010, de 4 de octubre, caso *de la Fuente Ariza*, se niega la actualidad de la lesión, porque el TEDH ya había rechazado por carentes de fundamento los motivos que ahora pretende hacer valer en (el segundo) amparo el recurrente. Lo que el TEDH había declarado contrario al Convenio era la inadmisión del primer amparo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Bustos Gisbert, R., “La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional”, en Sainz Arnaiz, A. (Dir.), *Integración europea y Poder judicial*, IVAP, Oñate, 2006, págs. 211 y ss.
- Ferreres Comella, V., “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en Saiz Arnaiz, A. (Dir.), *Integración europea y Poder judicial*, IVAP, Oñate, 2006, págs. 321 y ss.
- López Castillo, A., Saiz Arnaiz, A. y Ferreres Comella, V., *Constitución Española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005.
- Revenga Sánchez, M., “En torno a la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004.
- Rey Martínez, F., “El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales”, *Revista General de derecho*, número 537, 1989.
- Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, atelier, Barcelona, 2007.
- Rubio Llorente, F., “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves*, número 75, 1997.
- Saiz Arnaiz, A., “*La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*”, CGPJ, Madrid, 1999.
- Saiz Arnaiz, A., “El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del arte 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de *desafortunada* jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, número 5, 2003.

**Notas sobre los actuales alcances de la labor de
convencionalización del Derecho del Juez/a Constitucional
Latinoamericano/a: así como unas reflexiones en torno a una
reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina**

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA* (PERÚ)

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial) del Perú. Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck (Alemania), las universidades de Bolonia y la Sapienza (Italia), entre otras universidades y centros de estudios de Alemania, Italia, España, Francia, México, Brasil, Argentina y de diversos países europeos, latinoamericanos, asiáticos y africanos. Integrante de las mesas directivas de, entre otras entidades, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, las asociaciones peruanas de Derecho Constitucional, Procesal y de Derecho Administrativo; y la red peruana de Docentes de Derecho Constitucional. Perito por la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana. Autor de diversos libros y artículos en materias de su especialidad.

I. SOBRE LA LABOR TRANSFORMADORA QUE SE REQUIERE A UN JUEZ(A) CONSTITUCIONAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS MUNDIAL

La labor del juez(a) constitucional no es tarea sencilla. Se da hoy en una vis expansiva, que le aleja de esa imagen de un legislador(a) negativo(a) adjudicada a Kelsen (la cual hay que preguntarse si alguna vez rigió¹⁶). En un escenario donde, ante a los cambios existentes, uno se interroga acerca de quién se encarga de qué dentro del Estado Constitucional, se le pide a estos juzgadores(as) impulsar una “constitucionalización del Derecho” (tanto en sus efectos directos como en los indirectos¹⁷); apuntalar una “constitucionalización de la política”¹⁸; o liderar una convencionalización del Derecho, ya sea interpretando su propio ordenamiento jurídico conforme a tratados como el Convenio Europeo o la Convención Americana, o ejerciendo, en la medida que se encuentre dentro de sus competencias, la inaplicación de la norma considerarla contraria a dicho tratado (en el ejemplo concreto que acabo de plantear, contraria a este Convenio o esta Convención).

También se plantean como responsabilidades del juez(a) constitucional desempeñarse como agente de integración social (con las responsabilidades de cohesión, inclusión, reconciliación y prevención social que aquello involucra), y *last but not least*, se le pide un rol de mediación, bajo parámetros jurídicos, frente a los más relevantes problemas políticos, sociales o económicos de una sociedad. Sin embargo, para el desempeño de tan delicadas tareas, y

¹⁶ Un desarrollo de nuestro análisis sobre el particular se encuentra en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional. México. Porrúa. 2006

¹⁷ En ese sentido ver FAVOREU, Louis. La Constitucionalización del Derecho. En: Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia).v. 12. N 1. Valdivia, agosto 2001. pp. 31-43

¹⁸ Una explicación de los alcances de este concepto, con especial énfasis a sus implicancias para el caso peruano la tenemos en nuestro “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: Notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del Derecho y la política, y sus repercusiones”. En: Pensamiento Constitucional. N° 18. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. marzo de 2014, p. 175 y ss.

sobre todo en la de la convencionalización del Derecho, aquella labor que hoy más compromete a estos juzgadores(as) con un rol transformador de sus respectivas sociedades, debe tomarse en cuenta que hay una serie de obstáculos que intentar salvar, o por lo menos, que existen elementos cuyos alcances pueden poner en entredicho lo que tan esforzadamente se quiere obtener. A esos temas dedicaré estas reflexiones, constatando como esas dificultades, por lo menos en Iberoamérica, se han hecho más patentes gracias a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Pasaré entonces a efectuar este análisis de inmediato.

II. LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO LABOR CENTRAL DEL JUEZ(A) CONSTITUCIONAL, SOBRE TODO A NIVEL LATINOAMERICANO. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ASPIRACIÓN DE ARTICULAR NUESTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESTATALES CON LO DISPUESTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA BÚSQUEDA DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO COMÚN

2.1 Hacia una nueva mirada y eventual reformulación de importantes conceptos

Luego de la Segunda Guerra Mundial, y tal como ocurrió en otros temas, se va a producir un importante cambio en el escenario del reconocimiento y tutela de los derechos: ya no solamente se cuenta con un nivel interno de protección, sino que dicho reconocimiento y esa tutela se potencia con previsiones en un plano internacional. Ello, como veremos de inmediato, ha tenido un desarrollo que, tomando como referencia lo existente hasta ese instante, tuvo connotaciones a todas luces insospechadas.

Ya con algún tiempo transcurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial, cabe entonces preguntarse sobre el estado de la cuestión al respecto en un contexto tan particular como aquel que actualmente se vive en muchas partes del mundo, y entre ellas en América Latina, en las cuales algunos constatan la existencia de una crisis del Estado (o por lo menos, del modelo de Estado al

cual se aspiraba llegar); y otros, con una esperanza basada en una más o menos razonable justificación, consideran encontrarse ante la transformación de nuestras estructuras estatales a un escenario que asumen como cualitativamente mejor.

Es pues sin duda lícito plantearse estas interrogantes en un contexto en el cual se habla del paso de democracias insuficientes (e incluso inexistentes), a lo que varios reputan como su real fortalecimiento, y otros entienden como el riesgo de la instrumentalización de la democracia desde una u otra perspectiva ideológica. Sin duda alguna, dar cabal respuesta a estas preguntas implicaría una interesante y hasta necesaria toma de posición, pero ella desafortunadamente sobrepasa los alcances del presente texto. Ahora bien, y sin que aquello implique eludir esta importante discusión, cierto es que, e independientemente de nuestras perspectivas al respecto, lo que la actual situación latinoamericana permite poner aquí en debate es la cabal materialización de un escenario que se ha venido construyendo, y que se ha ido presentando y asumiendo como ideal.

Me estoy entonces refiriendo a un necesario análisis y debate sobre la consistencia y plena vigencia de la configuración de un ordenamiento jurídico estatal (comenzando por la Constitución de dicho Estado) “convencionalizado”. Y es que ya no va a bastar con la incorporación de los tratados sobre Derechos Humanos a la diversa normativa de cada Estado en particular: el ordenamiento jurídico de dichos Estados en su conjunto va a tener que ser leído, comprendido y aplicado conforme a lo previsto en estos tratados, y de acuerdo con parámetros interpretativos más bien propios de aquello que se comprende como dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello pasa sin duda por el conocimiento y la comprensión de los derechos previstos en cada ordenamiento interno, y los mecanismos (instituciones y procesos) establecidos en esos mismos ordenamientos para cautelar esos derechos, así como los otros aspectos recogidos en cada Constitución nacional en particular. Y es que no puede comprenderse en clave convencionalizada lo que previamente no se conoce.

Como bien puede apreciarse, va a darse un cambio sobre cómo se van a conocerse y comprenderse los derechos previstos

en cada ordenamiento interno y los mecanismos (instituciones y procesos) establecidos en esos mismos ordenamientos para cautelar esos derechos, así como los otros aspectos recogidos en cada Constitución nacional en particular. Es más, hoy vemos cómo cada vez más se consolida una dinámica en la cual hay Estados que progresivamente están más abiertos a sus compromisos internacionales y a las instituciones que se desarrollan, pero también, y al mismo tiempo, se aprecia una preocupación de los tribunales internacionales para la protección de derechos por no solamente establecer una interesante pero insuficiente interacción con los operadores jurídicos de los diferentes Estados. Y es que hoy lo que se busca establecer una lógica de verdadero diálogo mediante la cual se busca la construcción de una plataforma y un Derecho común.

Es en ese sentido que hoy va la labor desde el ámbito de lo internacional. Bien puede constatarse como algunas instituciones internacionales (y sobre todo aquellas responsables de interpretar de manera vinculante lo previsto en los tratados destinados a la tutela de los Derechos Humanos) buscan articular su comprensión de los derechos con la de los diferentes Estados en particular. Todo lo expuesto va abonando a favor de la consolidación de un Derecho común para varios países, cuyo sustento es la tutela de los derechos de nuestros ciudadanos en base a la interpretación vinculante de los diferentes tratados sobre Derechos Humanos, ya sea porque han sido suscritos por nuestros países o en mérito a que han devenido en normas de *ius cogens*.

Ahora bien, esta configuración de un Derecho común, proceso en el cual, en lo referido al ámbito latinoamericano, la Corte interamericana ha ido cumpliendo una muy importante labor, se encuentra muy lejos de estar completo y de no hallarse expuesto a múltiples riesgos.

Estamos pues ante los efectos de dos fenómenos: el que puede apreciarse más directamente es el de la internacionalización, convencionalización o desnacionalización del Derecho (y, sobre todo, del Derecho Constitucional, en donde para muchos la soberanía nacional y la Constitución estatal dejan de ser los últimos parámetros de legitimidad del ordenamiento interno). De la mano de

esta dinámica va otra, menos perceptible en el tema que vamos a abordar, pero no por ello menos importante. En efecto, también puede producirse la constitucionalización del Derecho internacional (recepción de un lenguaje constitucional y elementos constitucionales en la literatura y la práctica internacionalista, como lo demuestra, por ejemplo, la vocación de algún sector por cierto en una Constitución europea)¹⁹. Ambas confluyen en la configuración del Derecho común al cual venimos haciendo referencia.

Oportuno es anotar que este conjunto de cambios en la comprensión de las cosas es y ha sido resistida hasta hoy por quienes entienden que ella distorsiona conceptos clave para el constitucionalismo como el de la supremacía constitucional, la soberanía estatal o el ilimitado accionar del Poder Constituyente. Confieso que ello, siendo importante, no resulta ahora la preocupación central que motiva este texto: y es que, en cualquier caso, la Constitución sigue siendo la norma que en el entorno estatal sustenta la legitimidad de la actuación de ese mismo Estado en función a ciertos valores, legitimidad que se sostiene en el reconocimiento de un conjunto de principios, derechos, procedimientos y competencias.

Esta relevancia del rol constitucional no cambia entonces si la comprensión de ese papel se realiza en función a pautas voluntariamente asumidas por la decisión soberana de cada Estado en particular, decisión de cumplir compromisos internacionales que aquí (admitiendo que esto último es más polémico) también se nos presentan como el resultado de un consenso generalizado para una cabal vida en comunidad. Como bien señalara Germán Bidart Campos, estos parámetros, voluntariamente asumidos o consensuados, incluso pueden operar como límites heterónomos al constituyente futuro. Son otras las preguntas que aquí quiero responder.

¹⁹ Coincido aquí con lo señalado por NUÑEZ POBLETE, Manuel- Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia Latinoamericana confrontada y el Thelos Constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, en Paola Andrea (Coordinadora) - El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, especialmente p.3 y 4.

2.2. El control de convencionalidad como la apuesta hoy más desarrollada para la generación de un Derecho común

El proceso de configuración de un Derecho común, por lo menos en América Latina, viene contando con tres instrumentos de vital importancia: el control de convencionalidad, el uso de audiencias y sentencias de seguimiento por la Corte Interamericana y los alcances integrales de las resoluciones emitidas por ese Tribunal de Tutela de Derechos Humanos. Debe entonces tenerse presente que, y dentro de esta búsqueda de “convencionalización” de los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, el control de convencionalidad promovido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en sede judicial desde “Almonacid Arellano” (2006), e incluso exigido a la actuación de otras autoridades en el pronunciamiento de supervisión sobre el cumplimiento de la sentencia emitida en casos como el “Gelman” (2013) posee un papel central en el sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Cuando se habla de control de convencionalidad se está haciendo referencia a la labor de contraste entre lo recogido en principio en la Convención Americana (pero también en otros instrumentos regionales) y la normativa nacional, incluyendo las interpretaciones que le da el juez(a) a toda esa normativa nacional. Se trata de una obligación que deben ejercer de oficio en primer término los jueces(zas) ordinarios (situación ampliada en el caso iberoamericano a otros funcionarios públicos de un Estado en particular, como veremos luego), y luego la Corte complementariamente haga correcciones a la interpretación hecha en el ámbito estatal de considerarlo necesario. Ello en rigor debe entenderse, en primer término, como la obligación de entender los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales de acuerdo con parámetros convencionales (interpretación conforme), y correspondiendo en segundo lugar, como atribución confiada a los tribunales como la Corte Interamericana, así como a aquellas entidades dentro de cada país habilitadas a inaplicar normas por reputarlas inconstitucionales, a dejar de lado una norma interna (aun cuando tenga rango constitucional), si la misma vulnera o establece menores parámetros de tutela que los parámetros (normativos o jurisprudenciales) de carácter con-

vencional. La formulación específica del control de convencionalidad, como postura de la Corte Interamericana se plasmó, como ya se adelantó, en *Arellano Almonacid c. Chile* (2006), la misma que se ha seguido en casos como “*Vargas Areco*”, “*La Cantuta*”, entre otros. Incluso dicha formulación ya había sido adelantada en los votos singulares del magistrado Sergio García Ramírez en casos como el de *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (2003) o *López Álvarez c. Honduras* (2006), pero sobre todo en *Tibi c. Ecuador* (2004). Incluso cabe alegar que en fallos anteriores de este alto Tribunal ya se habían adelantado criterios similares (en ese sentido puede citarse, por ejemplo, *Suárez Rosero c. Ecuador*; *Trujillo Oroza c. Bolivia*; *Barrios Altos c. Perú*; *Palamara Iribarne c. Chile*; *Castillo Petruzzi c. Perú*; *Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú*)²⁰.

La configuración de este control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido producto de una evolución, la cual ha llevado a que la adecuación de la normativa nacional a los parámetros convencionales (objetivo de esta técnica) implique la adopción de medidas en dos vertientes. Por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier tipo que impliquen violación a lo previsto en la Convención u obstaculicen su ejercicio. De otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas que permitan la cabal observancia de lo prescrito en este importante tratado de Tutela de Derechos Humanos, junto a toda otra convención o declaración del sistema Interamericana (Protocolo de San Salvador, Convención de Belén do Pará para la erradicación de la violencia contra la mujer, etcétera), sentencias y opiniones consultivas de la Corte, que, junto con la Convención Americana, operan como parámetros para el ejercicio de control de convencionalidad en el Sistema interamericano.

Esta evolución del control de convencionalidad también se hace patente en otros importantes aspectos. Uno de ellos es, sin duda alguna, el de los órganos que deben ejercer el control de convencionalidad. Hoy se habla de dos tipos de control de conven-

²⁰ En el mismo sentido, Castillo Calle, Manuel Arnaldo- El control de convencionalidad: criterios con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Gaceta Constitucional* N° 71. Lima, *Gaceta Jurídica*, noviembre 2013, p. 316.

cionalidad: el concentrado, ejercido por la Corte; y el difuso, por los Estados, a través de sus autoridades.

En este último aspecto se han dado cambios importantes que conviene resaltar: y es que en principio, y de oficio, la labor de control de convencionalidad estaba confiada, dentro de cada Estado, a sus jueces(zas). Ahora bien, y a partir de Cabrera García y Montiel Flores c. México (2010) o de Gelman c. Uruguay (2011), y con toda claridad desde la sentencia de cumplimiento o supervisión de Gelman (2013), la Corte señala que esta labor interpretativa y contralora corresponde a todos los poderes públicos, en tanto operadores del Derecho. Es una postura cuyo valor ético y técnico nadie discute, pero que bien puede generar algunos problemas en su materialización, siendo entonces necesario explicar cuáles son sus alcances, por ejemplo, en lo referente a la inaplicación de normas internas contrarias a parámetros convencionales, tema que, por cierto, hemos tratado de explicar en el presente texto.

Conviene eso sí anotar que existen más aspectos en los cuales bien puede apreciarse esta evolución del control de convencionalidad. En este tenor es también importante resaltar que en principio no se admitía que esta labor interpretativa y contralora pudiese darse en abstracto: siempre debería llevarse a cabo en función a problemas generados por una aplicación del precepto que viene siendo cuestionado. Sin embargo, esta comprensión de las cosas ha ido variando, acercándose la actual situación a un control abstracto de convencionalidad, tomándose para ello como referencias o antecedentes lo ya planteado, incluso antes del formal establecimiento de esta dinámica contralora, en votos singulares como los de Antonio Cancado Trindade en “Genie Lacayo” (1995) o “El Amparo” (1996), o de la postura de la Corte en su conjunto desde “Suárez Rosero versus Ecuador” (1997).

Los alcances de esta tarea interpretativa y eventualmente contralora (de la cual no escapa norma alguna del ordenamiento jurídico del Estado involucrado) van entonces, como aquí ya se ha dicho, desde la formulación de interpretaciones conformes de lo impugnado (para así asegurar su compatibilidad con el parámetro convencional), hasta la inaplicación o anulación de la normativa o actuación interna cuestionada.

Conviene aquí tener presente que, en la línea de lo que luego

veremos acaba de alegar la Corte Suprema argentina, puede darse el eventual alegato de algún Estado en el sentido de que aplicó correctamente el control de convencionalidad. En ese tenor, puede incluso decirse que a la Corte Interamericana le corresponde un rol complementario, y por ende, no le compete pronunciarse sobre lo ya realizado al respecto en un Estado en particular. Ante ello, debe tenerse presente como ya la misma Corte Interamericana, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores”, y ante la excepción deducida por el Estado mexicano en ese sentido, va a anotar que si bien no es un Tribunal de cuarto grado o instancia, en estricta aplicación del principio kompetenz - kompetenz, sí le corresponde verificar si en los pasos seguidos a nivel interno se violaron o no obligaciones del Estado provenientes de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia a ese Alto Tribunal.

Importante es anotar por último que, muy a despecho de su actual amplitud y la lógica expansiva en la cual hoy se desenvuelve el control de convencionalidad, por lo menos en América Latina, lo expuesto nos lleva a un escenario donde incluso cabe inaplicar la norma interna contraria a parámetros provenientes de otros tratados que no son la Convención Americana de Derechos Humanos²¹. Ahora bien, justo es volver a anotar que esta postura, técnicamente inobjetable, y tal como veremos luego, tiene también sus problemas o limitaciones para materializarse.

¿Nos encontramos entonces ante un escenario (el de la convencionalización del ordenamiento jurídico estatal) ideal para todos(as)? ¿La lógica que le inspira acoge y respeta el carácter plural de nuestras sociedades en el cual se debate si nos encontramos, por ejemplo, ante parámetros interculturales, multiculturales o pluriculturales, con todo lo que ello involucra? ¿Basta entonces, como señalan algunos defensores

²¹ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, en cumplimiento de tratados vinculados con la lucha contra la corrupción, el narcotráfico y el lavado de activos, ha desarrollado una interpretación convencionalizada de sus competencias que va más allá de lo que pudiera deducirse de una lectura literal de la Constitución hoy vigente en el Perú. En ese sentido, ver al respecto, por ejemplo, lo recogido en la sentencia y en nuestro fundamento de voto en el caso “Nadine Heredia Alarcón” (STC 05811-2015/HC-TC).

de este ideal de “convencionalización”, con recurrir a modulaciones interpretativas?²². ¿Puede recurrirse en este escenario al auxilio de técnicas como el margen de apreciación de los Estados, habitualmente utilizada, por ejemplo, en el ámbito europeo?

Estamos pues ante un debate de innegable relevancia, en donde difícilmente hay respuestas últimas, finales y rígidas. Por ello, en otro apartado de este mismo trabajo pasaremos pues a realizar algunas aproximaciones conceptuales al respecto, planteando en primer lugar si en el ámbito interamericano, ayuda el contar con mecanismos como el de las audiencias y resoluciones de cumplimiento de sentencias con alcances que se reclaman integrales o, como se invoca más en Europa, sería más bien conveniente recurrir a otras técnicas como el del margen de apreciación de los Estados. Ello nos permitirá luego formular algunas consideraciones sobre cómo en nuestra opinión debe abordarse el tema de las relaciones entre el Derecho interno y lo previsto en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con normativa, jurisprudencia y prácticas que ya no solamente son parte del Derecho interno, sino que se superponen a aquellos elementos del Derecho interno que le contradigan, o por lo menos, que obstaculicen su materialización.

2.3 El carácter de reparación integral buscado con las sentencias de la Corte Interamericana, su aporte en la configuración de un Derecho común y las dificultades que involucra el cabal cumplimiento de estas resoluciones

Como se ha anotado en diversos textos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede establecer diversas medidas de reparación que en un Estado debería cumplir si es condenado en un caso en concreto. Es más, hoy existe cierto consumo en considerar que estas medidas pueden ser agrupadas en medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, de restitución y de no repetición.

Medidas de satisfacción: Son aquellas mediante las cuales se busca revertir el perjuicio ocasionado por el incumplimiento de las

²² SAGUÉS, Néstor Pedro- “La modulación constitucional. Manifestaciones en el reciente constitucionalismo latinoamericano. En: Libro de Ponencias del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Tucumán, 2013.

obligaciones que el Estado tiene de respetar y garantizar los derechos recogidos en la Convención. Son algunas de las medidas de satisfacción pasibles de ser invocadas la publicación de las sentencias o el reconocimiento público de responsabilidad, entre otras.

Medidas de rehabilitación: Son aquellas mediante las cuales se concede asistencia médica y psicológica gratuita e inmediata a las víctimas de violaciones a sus derechos. Son algunas de las medidas de rehabilitación invocables la entrega de medicamentos o la prestación de medicamentos o la prestación de tratamientos especializados, entre otras

Medidas de restitución: Son aquellas mediante las cuales se intenta volver a la situación existente antes de producirse la violación de los derechos de la (s) víctima(s). Dentro de estas medidas puede incluirse al pago de indemnizaciones, el pago de costas, el reintegro de gastos, la anulación de antecedentes judiciales y la entrega de la información solicitada.

Medidas de no repetición: Son aquellas mediante las cuales se busca evitar que se siga dando el contexto violatorio de los derechos. Están dentro de las medidas de no repetición la capacitación de funcionarios públicos y la adecuación de la normativa interna del Estado condenado a los parámetros establecidos en la Convención o que se desprenden de ella.

Esta alternativa, la de tener prevista la formulación de reparaciones que pueden incluir diversos aspectos, cuenta sin duda con una serie de ventajas. En términos de la configuración de un Derecho común, ayuda contar con una resolución que especifica todos sus extremos, pues así no existe margen de error frente a lo que se quiere obtener, y quedan plenamente explicitados los alcances que se les da a las disposiciones de la Convención, así como la convencionalidad o no convencionalidad de una norma o una situación en particular. Ahora bien, justo es anotar que, precisamente por la diversidad de aspectos que dentro de este modelo puede incluir una resolución de la Corte, su cumplimiento también puede tener algunas dificultades.

Y es que bien puede alegarse que en varios casos las medidas planteadas no son fáciles de cumplir, ya sea por motivos fácticos

(no es fácil ubicar restos humanos perdidos durante largo tiempo, por ejemplo), o por consideraciones políticas o sociales internas que pueden generarse en mérito a lo resuelto en algún caso en particular (por creerse que, con razón o sin ella, lo resuelto por la Corte puede producir eventuales y hasta poco deseables fricciones).

No puede aquí negarse la validez de estas aseveraciones en algunos casos. Sin embargo, ello tiene más que ver con la prudencia y la previsión de consecuencia de los juzgadores (as) a la hora de resolver. También puede recurrirse, como nos permitimos sugerir al actual presidente de la Corte Interamericana, el establecimiento de grupos de trabajo destinados a facilitar el establecimiento de prioridades ante aquellos escenarios de reiterado incumplimiento de lo ya exigido. Y es que justo es anotar que muchas de las alegaciones, venidas por parte de los Estados para no honrar lo comprometido con la Corte no cuentan con asidero suficiente, buscando con ello más bien eludir el cumplimiento de obligaciones ya asumidas, aunque, justo es también anotar, no es así en todos los casos.

2.4 ¿Audiencias y sentencias de seguimiento o de apreciación de los Estados como alternativa más favorable para la consolidación de un Derecho común?

La evolución de lo inicialmente previsto, y el debate hoy existente sobre el tema que ahora venimos analizando dentro del Sistema Interamericano ha sido, como bien puede apreciarse, muy dinámico e importante. Esta preocupación ha sido además desarrollada en un contexto en donde la Corte interamericana, buscando asegurar el cumplimiento de sus sentencias, ha pasado a indicar a los Estados que es lo que deben hacer para reparar el daño causado a la(s) víctima(s), dejando así muy poco margen de acción para una eventual intervención estatal en un sentido distinto.

En lo expuesto, como bien puede comprobarse, no existe coincidencia con lo previsto para las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, a las cuales puede calificárselas como obligatorias más no ejecutivas, y por ende, con una efectividad en su ejecución que no

se respalda en que ese Tribunal cuente con un sistema de ejecución forzosa de sus decisiones, sino en las condiciones internas que cada Estado establezca al respecto, contando con libertad para determinar cómo cumple con el fallo del Tribunal y cómo repara a la víctima²³. Dicho con otras palabras, la Corte interamericana no solamente tiene incidencia durante el desarrollo del proceso que debe tramitar, sino también participa directamente en la fase de ejecución de lo que resuelve.

Esta particular perspectiva manejada por la Corte le ha llevado a construir una dinámica de supervisión de sus propias sentencias, puesta en vigencia desde el 1 de junio de 2001 frente a cinco pronunciamientos suyos en los cuales se había condenado al Estado peruano, los cuales eran a saber Castillo Páez, Loayza Tamayo, Castillo Petrucci y otros, Baruch Ivcher y Tribunal Constitucional. Como era de esperarse, la Corte ha justificado el desarrollo de esta competencia. Para ello, de un lado, ha alegado realizar una interpretación sistemática de varios preceptos de la Convención, ya que no existe en el Pacto de San José artículo alguno que expresamente le asigne a la Corte la posibilidad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias; y de otro, ha apelado a la naturaleza de los casos que en ese momento debía resolver este importante colegiado.

Explico ahora con algo más de detalle los alcances de estas últimas afirmaciones: y es que en primer término, y ante la ausencia de artículos que expresamente le otorguen esa competencia, la Corte Interamericana ha justificado su actuación en la invocación (por separado o en conjunto) de lo dispuesto en diversas disposiciones de la Convención, entre las cuales destacan el reconocimiento de su carácter de órgano protector de los Derechos Humanos (artículo 33), su competencia obligatoria general (artículo 62.1), su competencia especial para interpretar y aplicar la Convención (artículo

²³ Una buena síntesis sobre las diferencias existentes al respecto, es la de MOSQUERA MONELOS, Susana - Perú ante el Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. La difícil combinación entre la defensa de los intereses del Estado y los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos. En: NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (Coordinadores) - Op. Cit., sobre todo p. 339 y ss.

62.3), y, sobre todo, en su responsabilidad de presentar a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos un informe en el cual debe señalar los casos en los cuales un Estado no ha dado cumplimiento a sus fallos (artículo 65).

Ahora bien, ésta es indudablemente parte importante de la sustentación de la competencia supervisora que se ha auto atribuido este alto Tribunal, más no resulta el único elemento a tomar en cuenta. También se ha justificado la postura asumida en el tipo de controversias que, hasta el año 2001, e incluso hasta hoy, mayoritariamente le ha tocado conocer y resolver a la Corte Interamericana, en donde se han visto situaciones en las cuales la gravedad de las violaciones en que habían incurrido algunos Estados aconsejaba que esta Corte -normativamente facultada para hacerlo- regule de manera detallada y exhaustiva todo lo que debe hacerse para así poder reparar el daño ocasionado²⁴.

Así es como se ha configurado y sustentado un mecanismo de supervisión de sentencias, con convocatoria a audiencias a los Estados, para así asegurarse si éstos han cumplido con la sentencia (llamada hoy también sentencia de reparaciones y costas) en la cual han sido condenados, y la emisión de sentencias de supervisión o de cumplimiento, requiriéndose en varias oportunidades más de una sentencia de cumplimiento por caso resuelto. Hasta ahora la Corte ha recurrido a este mecanismo de supervisión de sentencias en más o menos trescientos casos, siendo alrededor de setenta vinculados a fallos contra el Estado peruano, fallos emitidos en función a hechos ocurridos en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado. Ahora bien, este gran poder de la Corte ha generado muchas preocupaciones en diversos sectores. Para atenderlas, ya desde el mismo sistema Interamericano se han venido dando algunas respuestas.

Es pues en este contexto donde adquiere especial relevancia un mecanismo utilizado en el sistema interamericano, el destinado a que la Corte, a pedido del Estado que fue emplazado y recibió en algún proceso un pronunciamiento de ese alto Tribunal, emita una

²⁴ En ese mismo sentido, MOSQUERA MONELOS, Susana - Op. Cit, Loc. Cit.

sentencia de interpretación de los alcances de sus propios fallos. Bien se ha señalado que, en un escenario en donde la incidencia de la Corte es a todas luces muy fuerte, lo que viene buscando el Estado, cuando solicita se dicte una de estas sentencias de interpretación, es una modulación del pronunciamiento ya emitido, una adaptación del mismo a sus propias reglas de Derecho interno, y, justo es anotar, la reducción del monto de lo que debe indemnizar²⁵ (tema de especial relevancia para los Estados, por las connotaciones económicas e incluso políticas que involucran estas indemnizaciones que, como bien se conoce, no se quedan en el otorgamiento de sumas de dinero a las víctimas o a sus beneficiarios).

Debe aquí tenerse presente que en estos casos estamos ante una regla de aplicación del Derecho, vinculada al margen con que cuentan las autoridades estatales para adaptar las obligaciones internacionalmente establecidas o explicitadas a su propia realidad; y no frente a una regla de interpretación o para la interpretación de lo resuelto, alternativa más bien relacionada con un ámbito de flexibilidad normativa, una zona o espacio dentro del cual los Estados cuentan con libertad de acción para limitar el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos sin que puedan ser sancionados por ello. Un buen ejemplo de esta posible modulación o flexibilización, con todos sus riesgos, son las previsiones de la Ley peruana 27775, materia a la cual me he referido en otros trabajos.

Sin desmerecer entonces la importancia de todas estas construcciones jurisprudenciales y doctrinarias, así como de su apoyo normativo, también es necesario anotar que, en tanto y cuanto muchas veces es posible encontrar una pluralidad de valoraciones en materia de derechos, muchos consideran necesario asegurar que los órganos internacionales o supranacionales no puedan en todos los casos descartar sin más comprensiones distintas a las suyas, comprensiones basadas en una valoración de ciertas particulares circunstancias que permitirían configurar una versión o entendimiento local de los derechos involucrados. Estas apreciaciones, junto a otras similares, son las que han permitido en Europa pasar a la configuración

²⁵ Ver al respecto, entre otros, MOSQUERA MONELOS, Susana- Op. Cit., p. 341-342.

de la doctrina del margen de apreciación de los Estados.

Necesario es anotar que la conformación de esta doctrina ha tenido críticas y críticos en el mismo contexto europeo. Así, García Roca, entre otros importantes autores, ha destacado el origen poco claro de la misma; la ausencia de mención y debate sobre sus alcances en los trabajos preparatorios de la normativa que hoy compone el sistema europeo; su débil configuración, la cual permite aplicaciones variadas y hasta contradictorias de lo que puede abarcar, así como una discrecionalidad en su comprensión que ya linda con la arbitrariedad; o la falta de sistematización de sus diferentes componentes²⁶. Coincidiendo en que dicha doctrina tiene todas estas debilidades, y por ende, que resulta más confiable recurrir a alternativas como las audiencias y sentencias de seguimiento o cumplimiento, cierto es también que el margen de apreciación de los Estados no solamente ha sido invocada en reiteradas oportunidades en el sistema Europeo, sino que hoy algunos abogan por su aplicación en el sistema interamericano, y otros inclusive hacen referencia a casos donde su materialización ya se habría realizado.

Para que puedan tenerse suficientes elementos de juicio sobre la pertinencia de invocar esta doctrina en el sistema Interamericano (con su consiguiente aplicación por Estados como el peruano) conviene entonces presentar siquiera puntualmente los alcances de dicha postura doctrinaria. En ese contexto, primero cabe señalar que el margen de apreciación de los Estados, tanto en su faceta sustantiva como en la estructural²⁷, tiende a identificarse como el ámbito de deferencia que los

²⁶ Ver al respecto, GARCIA ROCA, Javier - La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: Teoría y Realidad Constitucional N° 20. Madrid, UNED, 2007, p.117 y ss Es más, y como anota el mismo García Roca en otro de sus trabajos, la misma naturaleza procesal del margen de apreciación de los Estados no es clara, acercándose más bien a un principio ordenador del proceso (con un alcance material y no formal), un argumento consustancial de cuyos derechos contenidos en el tratado internacional. Ver al respecto GARCIA ROCA, Javier. el margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos; entre soberanía e integración. Navarra, Cívitas – Thomson, 2010, p. 219-244.

²⁷ Se hace aquí referencia a denominaciones explicadas entre otros por Letsas. La faceta sustantiva de esta doctrina está vinculada a constatar la necesidad de un discernimiento entre libertades individuales y objetivos

órganos internacionales debieran reconocer a las entidades legislativas judiciales y administrativas nacionales, para que así estas últimas puedan cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de Derechos humanos²⁸.

Lo recientemente expuesto implica dar en Europa un margen de acción a los Estados para, por citar los casos más frecuentes, dichos Estados puedan apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad; o definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos derechos se desarrollan en el ordenamiento interno de su Estado en particular. Incluso los defensores del margen de apreciación estatal suelen puede decir que la misma facilitaría la actuación estatal en la determinación del sentido del Derecho nacional y en la definición del modo en que se cumplirá una resolución emitida por un órgano internacional responsable de la supervisión de un tratado.

Bajo estos parámetros es que encontramos un frecuente uso del margen de apreciación de los Estados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque con especial incidencia en temas como el de revisión de medidas relacionadas a derechos como la libertad y seguridad individual (recogidos en el artículo 5 del Convenio Europeo); el debido proceso (artículo 6); la intimidad (artículo 8); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9); la libertad de expresión (artículo 10); o las libertades de asociación y reunión (artículo 11).

También el margen de apreciación es invocado si de lo que se trata es de fijar los alcances de la cláusula de no discriminación

colectivos. Su faceta estructural se encuentra relacionada con la intensidad del escrutinio de los Tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales. Conviene revisar entonces lo señalado por LETSAS, George - A Theory of Interpretatio of the European Conventions of Human Rights. Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 80 y ss

²⁸ En ese mismo sentido, NUÑEZ POBLETE, Manuel-Op.Cit, p.5

(igualdad) del artículo 14 del Convenio; o de determinar las repercusiones que pueden tener sobre el ejercicio de los diversos derechos la declaratoria y vigencia de un Estado de Emergencia conforme al artículo 15 del Convenio.

Justo es anotar como también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede encontrarse la aplicación de pautas que cabe entender como muy cercanas al margen de apreciación.

En ese sentido se encuentran, por solamente citar unos casos, donde el ya antiguo Henn y Darby (1979), varios otros, entre los cuales bien puede destacarse a “Sindar” (1999); “Haim” (2000); Ferring (2002); Schmidberger (2003) ; Omega (2004) o Karner (2004).

Se cuenta entonces ya con algunos elementos de juicio para responder si corresponde invocar y aplicar la doctrina del margen de apreciación de los Estados en un contexto como el del Sistema Interamericano. Debe aquí anotarse como algunos autores rechazan la conveniencia de su aplicación en el Sistema interamericano y hasta se felicitan del poco desarrollo de esta posición en nuestros países²⁹ ; y otros, partiendo de anotar que no se trata de una doctrina expresamente recogida en la Convención Americana, concluyen que el margen de apreciación no debería invocar o solamente debería ser invocado con mucha precaución³⁰.

Ahora bien, cierto es que en el sistema interamericano puede, incluso a nivel de admisibilidad de los casos, encontrarse pronunciamientos cuyo sustento bien podría involucrar una aplicación de consideraciones por lo menos similares a las que en Europa han permitido sustentar la doctrina

²⁹ En ese sentido, entre otros, CANCELED TRINDADE, Antonio - El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2da.ed., 2006, p. 389 y ss. Básicamente los detractores de esta postura alegan que la misma facilitaría que nuestros Estados incumplan lo previsto por la Corte y lo recogido en la convención y demás instrumentos de protección de derechos propios del Sistema interamericano.

³⁰ En esa línea se encuentra, por ejemplo, FAUNDEZ, Héctor- El sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. San José, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 3ra ed., 2004, sobre todo p. 57.

del margen de apreciación de los Estados. Ello podría decirse de lo resuelto, sobre todo en materias tan sensibles como las de la restricción de visitas íntimas alegándose intolerancia frente a la homosexualidad (caso Álvarez Giraldo, de 1999); las técnicas de fertilización artificial (caso Sánchez Villalobos, de 2004); y la pornografía y la protección de los menores y la moral pública mediante prácticas que muchos denominan de censura de revistas (caso Chávez Carbo-nero, de 2005).

Debe asimismo tenerse presente que muchos ya alegan se ha dado la aplicación del margen de apreciación de los Estados en nuestro Sistema Interamericano en función a lo resuelto en el caso Efraín Ríos Montt (1993); y se discute la pertinencia de su invocación en casos ante la Comisión como, entre otros el Cristian White y Garry Potter (por Baby Boy) “de 1981; Statehood Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos (1987); Bomchil y Ferraro (1988); Andrés Aylwin y otros c. Chile (1999); Vásquez Vejarano c. Perú (2000); o Solidarity Committe c. Estados Unidos (2003).

Puede además agregarse que, como señalan los defensores de la inclusión de esta doctrina en el Sistema interamericano³¹, ya existirían hasta seis espacios en la jurisprudencia de la Corte interamericana en donde de cierta forma la Corte habría aplicado esta polémica doctrina. Estos espacios o ejes serían a saber los siguientes:

El del desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en ese sentido se alega estaría lo resuelto en la Opinión consultiva dieciocho, del año 2003; y la sentencia emitida en “Herrera Ulloa c. Costa Rica” el año 2004).

La configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (en ese tenor se considera estarían la Opinión Consultiva 4, del año 1984; y el caso “Castañeda Gutman c. México”, del año 2008).

³¹ En esta línea ver lo reseñado por NUÑEZ POBLETE, Manuel - Op. Cit., p. 22 y ss.

La valoración de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la Convención (en esa línea estaría, según los promotores de esta postura, el caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador*, del año 2007).

La regulación de los derechos no reconocidos en la Convención (se alega que ese sería el razonamiento seguido en los casos *Dacosta Cadogan c. Barbados*, del año 2009; o *Atala y Niñas c. Chile*, del año 2012).

El alcance de la competencia jurisdiccional de la Corte en los casos contenciosos (en esa pauta se considera que estaría el aquí ya citado *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador*, del año 2007).

El cumplimiento de las sentencias (en ese sentido se argumenta que se encontraría la resolución del 29 de junio de 2005, sobre supervisión de cumplimiento de sentencias, entre otros múltiples pronunciamientos de la Corte.

Ahora bien, y aun asumiendo la existencia de los elementos de juicio señalados por los propulsores de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación de los Estados en el Sistema Interamericano, resulta también necesario anotar cual es el sustento de las ostensibles resistencias existentes en nuestra Corte de San José para aceptar lo que es una consecuencia lógica de la aplicación de esta doctrina. Y es que la admisión de que, en determinadas circunstancias, las autoridades nacionales pueden definir mejor si una actividad efectuada o una normativa vigente en sus respectivos Estados es o no conforme con lo recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos, puede involucrar dejar abierta la puerta para un sistemático incumplimiento de parámetros convencionales, y conspirar así contra la consolidación de un Derecho común conforme a los derechos.

Ese es pues un posible escenario que en el contexto de nuestros países es resistido, y también es fuertemente objetado en el caso europeo, pues permite que, bajo consideraciones muy subjetivas e imprecisas, un Estado pueda asumir posiciones poco tuitivas de los derechos ciudadanos. Si lo que se quiere es consolidar la tutela de los derechos, y máxime dentro de una lógica de Derecho

común, resulta sensato dejar de lado la aplicación del margen de apreciación estatal y optar (por lo menos a falta de una alternativa mejor) por la alternativa asumida en el Sistema Interamericano (sentencias y audiencias de seguimiento o cumplimiento), máxime se toma en cuenta el carácter de las sentencias que aquí se emiten.

Son pues estos los instrumentos con los que cuenta el Sistema Interamericano para hacer cumplir sus fallos, y apuntalar la construcción de un Derecho común. Veremos entonces ahora como todos esos elementos han actuado en su práctica más bien cotidiana, y si han permitido abstener tal loables objetivos.

III. SOBRE LA RELEVANCIA DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN UN CONTEXTO COMO EL LATINOAMERICANO

Como ya se ha dicho incluso en este mismo texto, una de las más importantes tareas a cargo de un juez o jueza constitucional es hoy, qué duda cabe, la de la convencionalización del Derecho. Y es que, sobre todo en contextos como el latinoamericano, en donde problemas a nivel mundial (crisis de respeto a los derechos, muy a despecho de su reconocimiento constitucional, legal o jurisprudencial; crisis por falta o por insuficiencia de reconocimiento y vigencia de la idea de “buen gobierno”, etcétera) se dan la mano con algunas limitaciones ya casi endémicas en nuestros países, la convencionalización del Derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las diferentes personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

No se puede dejar de tomar en cuenta como en un escenario como el latinoamericano, además de lo que se encuentra a nivel mundial, nos encontramos, entre otros elementos planteados con mayor o menor intensidad en función a la condición de cada Estado en particular, ante la constatación de una situación de debilidad institucional y de poca participación ciudadana en la toma de las decisiones más relevantes en una sociedad determinada. Junto a ello conviene anotar que el quehacer político estatal latinoamericano

oscila entre democracias insuficientes (ubicadas entre los riesgos de “democracias elitistas excluyentes”³² y diversas manifestaciones de populismo³³ y autocracias más o menos desembozadas.

Y por si lo expuesto no fuera suficiente, si bien son importantes los logros tuitivos alcanzados básicamente en el ámbito de los derechos, necesario es anotar como muchas veces existe un reconocimiento más formal que real de algunos derechos, o nos encontramos ante situaciones donde la titularidad de ciertos derechos aparece como razonablemente restringido para ciertos colectivos. También hay cuestionamientos vinculados con la actuación de quienes desempeñan labores jurisdiccionales, como los referidos al carácter contramayoritario de la tarea jurisdiccional, la legitimidad democrática de la labor emprendida, o la falta de familiaridad con las particularidades de la interpretación constitucional (riesgo de encontrarnos con interpretaciones hiperformalistas, o de ubicarnos ante comprensiones que demuestran serias deficiencias formativas a nivel argumentativo en el plano conceptual).

Incluso son cuestionables algunas disposiciones constitucionales o ciertas regulaciones o prácticas vinculadas con competencias asignadas a los juzgadores (sistemas de nombramiento, promoción, sanción y término de la carrera de juezas o jueces, o manejo de recursos económicos); y, finalmente, la hiperreglamentación de los derechos recogida en algunas Constituciones, la cual, por cierto, con intención o sin ella, recorta el ámbito de acción de

³² Nombre que se otorga a posturas como las acogidas en su momento por Schumpeter, las cuales son el antecedente de posturas como las de la escuela del “Public Choice”, hoy predominantemente en la Ciencia Política norteamericana. Una estupenda explicación de los alcances y consecuencias de este elitismo excluyente lo encontramos en SALAZAR UGARTE, Pedro – Política y Derecho (Derecho y Garantías). Cinco ensayos latinoamericanos. México, Fontamara, 2013, p. 34 y ss.

³³ Y es que en América Latina, más no solamente allí, se ha tenido y se tiene manifestaciones del populismo que puedan ser definidas de “derecha” (invocan representatividad popular adscrita a perspectivas de fortalecimiento del status quo ante) o de “izquierda” (se reivindica un cambio del status del quo ante y de las correlaciones del poder desde una perspectiva que se reclama progresista pero que, o mantiene la misma concentración del poder a otras manos pero, en el fondo, bajo las mismas prácticas).

quienes juzgan o interpretan. Frente a este contexto, adquiere innegable relevancia el aporte de la ya mencionada “convencionalización del Derecho”.

Sinceramente creo que hay mucho a favor de la relevancia y utilidad de la “convencionalización del Derecho” frente a la labor que hoy tocó asumir a jueces y juezas. En primer lugar, se apuesta por la configuración de un Derecho común permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de nuestros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.

En segundo término, la convencionalización del Derecho facilita una comprensión de los temas en la cual cuando a nivel interno no ha habido respuesta a alguna materia (o dicha respuesta ha sido deficitaria en términos de reconocimiento y protección de derechos), permite recurrir a una pauta para la configuración de una alternativa, pauta proveniente del texto de las convencionales suscritas por cada Estado, la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius cogens* (sin que ello, claro está, involucre reconocer la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, -según fuese el caso- de un parámetro común).

De otro lado, y en tanto y en cuanto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como “concretización”, la dinámica aquí descrita le permite al juez(a) constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ellos posibilitan a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada

vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.

No debe además soslayarse que, muy a diferencia de lo que sucede con otras construcciones, donde la alegación de estar trabajando por buscar superar las limitaciones de un contexto de democracia formal o insuficiente muchas veces parece más ben encerrar la justificación de nuevas expresiones de un populismo bastante lejano al ideal que se dice querer propulsar, la convencionalización del Derecho parte de una clara defensa de aquello que inspira, orienta y regula (muy a despecho de innegables tensiones y dificultades) el quehacer de una Estado Constitucional y Democrático.

En ese sentido, esta dinámica ayuda a quienes interpretan y hasta juzgan, a encontrar o generar respuestas debidamente articuladas con los parámetros que por lo menos hoy acompañan al Estado Constitucional y la democracia constitucional. Con esto me estoy refiriendo a que permite construir, o por lo menos, potenciar opciones en donde se imponen límites y vínculos constitucionales de las decisiones de los órganos de gobierno democráticos. Ello con el objetivo de preservar el rol de los derechos fundamentales como centro no solamente de la acción estatal, sino del quehacer de todo aquel que cuenta con autoridad.

Entonces, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho Común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas. Necesario es entonces anotar aquí que, y ya frente a estas materias, ha habido importantes avances construidos o potenciados desde sede jurisdiccional.

Para ello se ha seguido, explícita o inconscientemente pautas como las reseñadas en este texto. Hay pues relevantes e innegables aportes en ese sentido. Sin embargo, tampoco puede soslayarse la subsistencia de significativos retos por enfrentar. Precisamente sobre estos aspectos pasaré a efectuar, siquiera a modo de puntual reseña, alguna referencia de inmediato.

IV. LOS RETOS A ENFRENTAR PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A NIVEL JURISDICCIONAL EN AMÉRICA LATINA

En una época donde la labor de interpretación y resolución de conflictos en sede jurisdiccional se ha potenciado decididamente, muy a despecho de eventuales cuestionamientos, es innegable reconocer como el quehacer jurisprudencial ha planteado importantes avances en esta misma dirección. Estos avances, por cierto, no se han quedado en el ámbito de tutela de los derechos, sino que se han proyectado también al escenario de la toma de las decisiones de gobierno y gestión más relevantes en un Estado en particular³⁴.

Ahora bien, estos avances o aportes deben también, en su caso, hacer frente a la presencia de algunos significativos retos, más allá de los problemas de contexto mundial y latinoamericano a los cuales he hecho mención en otra parte de este mismo texto. Mucho es lo que podría decirse al respecto, pero aquí, siquiera puntualmente, voy a referirme a tres temas que considero son de la mayor importancia. El primero de ellos va dirigido a discutir qué y con cuál legitimidad algo es justiciable. El segundo, muy directamente relacionada con lo anterior, se vincula a sí, por la particular configuración del quehacer jurisdiccional, todo es realmente justiciable. El tercero va referido a la comprensión de los alcances de la misma tarea de convencionalización asumida. Buscar proporcionar insumos acerca de cómo abordar estos temas es aquello a lo cual dirigiré mi atención a continuación.

El reto sobre qué es justiciable y sobre con cuál legitimidad algo lo es

No olvidemos que es parte de la premisa mediante la cual se afirma que un Estado Constitucional no deben existir zonas o actividades exentas de control, y que la lucha para evitar la inmunidad (que suele

³⁴ Una explicación sobre los importantes avances alcanzados al respecto se encuentra en “Los retos de un(a) juez o juez(a) constitucional en un contexto de crisis y el aporte de la Convencionalización del Derecho en esta labor jurisdiccional”. En: Libro Homenaje a Lucio Pegoraro (en prensa, 2011). También abordé el tema en “Derecho y Debate N° 27” Lima, diciembre de 2016 (ver al respecto www.derechoydebate.com)

devenir en impunidad) en el ejercicio del poder no debe detenerse. También demos tener presente que el Estado Constitucional se caracteriza por ser un Estado limitado, donde nadie tiene todo el poder, sino cuotas del mismo (competencias), las cuales son expresamente asignadas a cada quien, en la Constitución, o en su caso, por la norma correspondiente dictada por la autoridad competente, o por lo que se desprenda razonablemente de esa normativa, aunque allí no se encuentre explícitamente señalada.

Además, en el Estado Constitucional no solamente importa contar con la competencia para desempeñar una función (incluso la de interpretación vinculante y control de constitucionalidad). Importa también llegar a esa responsabilidad y ejercerla dentro de ciertos parámetros. Por ende, un juez o una jueza constitucional tienen tareas muy importantes a su cargo, pero no están habilitadas para hacerlo todo. Corresponde entonces siempre preguntarse no solamente por la legitimidad de su labor, así como de un tema muy vinculado con éste, el de los límites del quehacer de un juez o jueza constitucional.

Mucho se ha dicho sobre la legitimidad del quehacer jurisdiccional, y con más detalle se ha hablado de la legitimidad de la labor de jueces y juezas constitucionales. Aun cuando el tema no se encuentra exento de polémica, en líneas generales se parte de reconocer que la Constitución es una norma jurídica con proyecciones para regular no solamente el quehacer jurídico, sino también el político, el social y el cultural. La interpretación de dicha Constitución no solamente busca tutelar la voluntad general, sino sobre todo una mejor protección de los derechos (y especialmente los de las minorías), garantizado ello con una limitación del poder que se traduce en la distribución de funciones y de mecanismos de control a esas funciones.

El juez o jueza constitucional se legitima en esa delicada labor en función a que asume y justifica sus competencias en mérito a parámetros establecidos conforme a Derecho, en la imparcialidad que debe caracterizar a su quehacer jurisdiccional, y al desarrollo de sus tareas en base a su conocimiento del Derecho y lo jurídico (que es precisamente lo que debe aplicar). Ahora bien, justo es anotar que muchas veces estos argumentos son más fáciles de formular que de materializar.

Es importante entonces aquí tener presente el tema de los límites a la labor del juez o jueza constitucional. Conviene entender que el quehacer de estos juzgadores y juzgadas tiene un punto de partida y, en consecuencia, un límite: la Constitución (más que en su lectura literal, en su comprensión sistemática o convencionalizada) y lo que puede inferirse razonablemente de lo previsto en ella. También debe comprenderse que estamos ante autoridades, y, por ende, frente a personas que en las tareas a su cargo deben respetar parámetros de racionalidad, razonabilidad, corrección funcional o deber de motivación.

Por último, y en tanto y en cuanto son autoridades con labores de carácter jurisdiccional, no corresponde a esos jueces y juezas efectuar juicios en base a consideraciones de calidad o de oportunidad. En estos casos también operan como límites al quehacer del juez los alcances de las pretensiones puestas en su conocimiento, frente a las cuales puedan actuar en aplicación del *Iura Novit Curiae* o de la suplencia de queja deficiente, más no romper una indispensable congruencia funcional; la especialidad de las materias decididas; la misma “convencionalización del Derecho”, pues deja de lado y sin sustento algunas posibilidades interpretativas para los diferentes juzgadores y juzgadas; y, finalmente, por no seguir con un largo etcétera, cuenta también la complejidad de los casos puestos en conocimiento de una jueza o juez (fáciles, intermedios, difíciles y hasta trágicos³⁵) como elemento a tomar en cuenta para limitar su accionar.

Sin embargo, no son estas materias las únicas que generan algunas interrogantes. Cabe también preguntarse, tomando en cuenta las especiales características de ciertos temas, si es posible que puedan ejercerse sobre ellas eficientemente las labores de interpretación y control que se le piden a los jueces y juezas. Cabe entonces cuestionarse por si realmente todo es justiciable. En el fondo de ello hay una pregunta clave dentro del Estado Constitucional, uno de cuyos aspectos básicos es el de la necesidad de limitar y organizar el poder: la pregunta sobre quién se encarga de

³⁵ En este sentido conviene revisar el importante trabajo de ATIENZA, Manuel- “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. En: *Isonomía* N° 6. México, ITAM, 1997.

qué en un Estado, así como en una sociedad en particular. Corresponde entonces pasar a dar algunos apuntes al respecto.

El reto sobre si todo es realmente justiciable

Centraré el análisis en un tema en particular a modo de ejemplo de lo que queremos plantear: el electoral. ¿Acaso todo lo conflictivo en lo electoral (materia sobre cuyos alcances por cierto no necesariamente coincide el análisis de todos) es canalizable en sede jurisdiccional? La dificultad de lo que debe resolverse en tan poco tiempo, la real utilidad de la labor de algunas autoridades electorales, en función a sus actuales configuraciones y diseños o el riesgo de politización de los espacios jurisdiccionales específicamente previstos para atender lo electoral (o que deben efectuar una interpretación constitucional con competencia en lo electoral) son algunos de los factores que por lo menos ponen en entredicho la pertinencia de judicializar cualquier materia, aun cuando dicha judicialización sea confiada a jueces y juezas constitucionales.

Bien podrá resaltarse la especial sensibilidad que genera el tema electoral, en donde se encuentra en juego precisamente como alguien llega o se mantiene en el ejercicio de los espacios que habilitan a un ejercicio legitimado de las mayores cuotas de poder en un Estado o en una sociedad en particular. Y es que confiar a políticos el control del quehacer político puede sin duda causar ciertos resquemores. Sin embargo, y como acertadamente plantea Diego Valadés, existen casos ante los cuales las garantías de carácter jurisdiccional devienen en francamente ineficientes, siendo oportuno analizar la conveniencia de recurrir en estos casos a lo que el reconocido jurista mexicano denomina “garantía política”³⁶, lo cual, por cierto, no implica, según sea el caso, resucitar o potenciar la existencia de cuestiones políticas no justiciables, o de instituciones con similares intenciones en lo referido a la capacidad revisora factible de materializar en sede jurisdiccional (actos políticos, actos de gobierno).

³⁶ Recomiendo ver al respecto VALADÉS, Diego -La garantía política como principio constitucional. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 132. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Septiembre-diciembre 2011, p. 1259-1291.

Como fácilmente puede apreciarse, la misma pertinencia de acudir al escenario jurisdiccional es lo que muchas veces se encuentra cuestionada. Ante la dificultad de dar respuesta a tan difíciles materias, y mirando los temas desde una perspectiva positiva, adquiere entonces especial significación contar con perspectivas interpretativas como la de la convencionalización del Derecho para así preservar o potenciar aspectos tan relevantes como aquellos a los cuales he hecho mención en otros apartados de este texto, muy a despecho de si eventualmente la aplicación de esta propuesta es o no finalmente confiada a organismos de naturaleza jurisdiccional.

El reto sobre la comprensión de los alcances de las tareas de convencionalización del Derecho

Como se ha dicho en más de una ocasión, se entiende por “convencionalización del Derecho” a esa apuesta por la configuración de un Derecho Común (que no descuida lo propio, sino que busca potenciarlo en un escenario más tuitivo y generalizado), dentro del cual la comprensión del Derecho y de los derechos debe hablarse de acuerdo con lo señalado en los diferentes tratados suscritos por los distintos Estados, o, en su caso, conforme a lo que se desprender de dichos tratados, o de acuerdo con aquella normativa que ya ha adquirido carácter de *Ius Cogens*.

Ahora bien, necesario es anotar que los alcances de esta convencionalización (máxime en el escenario latinoamericano, donde se ha optado por un control de convencionalidad y no por un margen de apreciación estatal; la misma Corte Interamericana apuesta por un sistema de reparaciones integrales; y, finalmente, la Corte de San José de Costa Rica ha establecido su propio sistema de audiencias y sentencias para asegurar la ejecución y el cumplimiento de sus sentencias) también han admitido lecturas distintas.

Así hay quienes hacen una lectura literal de lo previsto, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre los tratados, y señalan sin más que no cabe alegar Derecho interno para desconocer el parámetro convencional. Frente a esta postura extrema, hay quie-

nes alegan un carácter subsidiario de la convencionalización frente a lo existente en el Derecho interno, y sobre todo a nivel constitucional. En ese tenor, lo convencional solo se cumple si no afecta el parámetro constitucional interno, correspondiendo en principio a los organismos competentes de cada país (en líneas generales, las Altas Cortes de cada país, responsabilidad que incluso podría compartirse con otros órganos jurisdiccionales) determinar si es aplicable lo convencional o no.

Es más, hay quienes argumentan que la comprensión en clave convencional de estos temas debe entenderse en una dinámica de estándar mínimo: prima lo convencional mientras no sea que lo estatal no sea más tuitivo. Si lo previsto en un Estado en particular fuese más tuitivo que el parámetro convencional, primará la solución estatal en esa situación en particular. Esta postura es interesante, pero tiene la dificultad de determinar qué es lo más tuitivo y a quién corresponde esa determinación.

Sin embargo, corresponde entender que la configuración de la convencionalización del Derecho se da, como bien ha indicado calificada doctrina³⁷, comprendiendo que hoy nos encontramos en un escenario de fragmentación jurídica, y, por ende, de pluralismo interpretativo: alguien va a tener que dar la última palabra en un caso en particular, la solución de dicho caso. Ahora bien, ello no va a ser consecuencia de la decisión unilateral de un supremo intérprete sobre los eventuales pareceres de otros intérpretes que en ciertos contextos pueden ser calificados como finales.

Y es que el tantas veces invocado “diálogo multinivel” no implica que alguien decide y el resto acata. Involucra más bien el uso de técnicas de cohabitación para así articular unas no siempre sencillas relaciones interordinamentales. La necesaria convergencia de interpretaciones en un escenario de varios intérpretes que se reclaman como finales va a llevar a la generación de consensos mínimos que encuentran en el principio pro homine su límite de actuación³⁸.

³⁷ Ver al respecto, PIZZOLO, Calógero ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales?” En: La Ley, Buenos Aires, febrero 2017. Año LXXXI N° 39, tomo La Ley 2017-A.

³⁸ En este mismo sentido, PIZZOLO - Op.Cit.

Estos consensos mínimos, como bien se ha explicado³⁹, son “soluciones de síntesis”, centradas en evitar interferir sobre la eficacia de la norma interconectada. Alcanzar estos consensos mínimos implica articular entre la comunidad de intérpretes finales una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, los presente. La obtención de una respuesta común consensuada, añadido ya a nivel personal, sin desconocer con ello, añadido también lo ya previsto en el parámetro convencional.

Bien podría cuestionarse la relativa pérdida de certeza a la cual puede llevar la construcción de este tipo de respuestas. Esto, por lo demás, no es en rigor ni nuevo ni cierto. Es lo que ya ocurre en la práctica en muchos países donde ya a nivel jurisdiccional coexisten varios intérpretes finales (o por lo menos, que reclaman esa condición), para así evitar un “choque de trenes”, o, dicho con otras palabras, inconvenientes y harto perjudiciales conflictos interinstitucionales.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que la certeza de un pronunciamiento vinculante (entre los cuales destacan nítidamente las resoluciones emitidas por órganos con competencias jurisdiccionales) no solamente está marcada por la pulcritud de su redacción y motivación. Aquello, que sin duda es indispensable, debe darse en un contexto en que asegure el cumplimiento de lo planteado. Eso es precisamente lo que busca conseguirse generando consensos mínimos entre la pluralidad de intérpretes vinculados.

VI. ALGUNAS PUNTUALES ESPECIFICACIONES SOBRE LO RESUELTO POR LA CORTE SUPREMA FRENTE A LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO “FONTEVECCHIA Y D’AMICO C. ARGENTINA”

Hace algunos años, cuando Carlos Menem era presidente de la Argentina, corrió el rumor que tenía un hijo al cual no reconocía públicamente. La revista “Noticias” investigó el hecho, y no solamente hizo una serie de notas al respecto, sino que dedico alguna

³⁹ Sobre el particular, PIZZOLO - Op.Cit., Loc. Cit.

tapa de esa publicación a este tema. El entonces presidente argentino demandó a la revista “Noticias”, planteando que dicha revista habría violado su derecho a la intimidad.

Luego de haberse rechaza la demanda en primer grado, tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina más bien proceden a condenar a la editorial que emite “Noticias” como a los ciudadanos Jorge Fontevicchia y Hector D’Amico a pagar una indemnización. Este caso es llevado a la Corte Interamericana, la cual el año 2011, considera, para plantearlo aquí muy puntualmente, que en este caso la revelación hecha por “Noticias” estaba justificada, al ser Menem una figura pública; y que la condena aplicada en Argentina constituía una violación a la libertad de expresión. Por ello, condena al Estado argentino en este proceso en particular.

Cabe destacar que la condena al Estado argentino, en la lógica de reparación integral que aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluía tomar las siguientes acciones:

Dejar sin efecto la condena impuesta a Fontevicchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias.

Publicar completa la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, así como un resumen oficial de lo resuelto por la Corte Interamericano (elaborado por la Corte Suprema) en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación.

Devolver a Fontevicchia y a D’Amico lo que habían pagado por la condena, y además, los gastos que tuvieron que hacerse durante el proceso ante la judicatura argentina.

El Estado argentino ya había cumplido con las publicaciones mencionadas en el punto dos, y estaba ya tramitando las devoluciones incluidas en el punto tres. Es en ese contexto que el Ministerio de Relaciones Exteriores le pide a la Corte Suprema de su país que cumpla con el punto uno al cual acabo de hacer mención.

Ante ese requerimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, con fecha 14 de febrero de 2017, en mayoría, señala lo siguiente:

Si bien se reconoce que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana es en principio obligatorio, esa obligatoriedad puede discutirse si la Corte Interamericana no cumple con ciertas condiciones, y entre ellas, ceñirse a sus propias competencias.

La Corte Suprema argentina se autohabilita la competencia de determinar si la Corte Interamericana, al momento de emitir “Fontevicchia y D’Amico c. Argentina”, está en el ejercicio de sus atribuciones o se encuentra actuando al margen de ella. En este caso en particular, considera que la Corte Interamericana ha ido más allá de sus propias competencias.

Se alega que la protección internacional de los derechos tiene un carácter subsidiario (entendido aquí como que son los organismos nacionales los que deben cesar y reparar internamente las violaciones a dichos derechos, correspondiendo al plano internacional solamente participar cuando no se había conseguido la protección interna), y, por ende, no constituye una cuarta instancia o grado destinada a revisar o anular decisiones jurisdiccionales tomadas, en este caso, por la judicatura ordinaria argentina.

Se invoca una aplicación de la teoría del margen de apreciación estatal.

Finalmente, la Corte Suprema argentina hace una invocación del artículo 27 de la Constitución de su país (por cierto, no comprendida sistemáticamente con lo prescrito en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución). En base a ello, señala la existencia de unos principios de Derecho público provenientes de la Constitución (y, a tal caso, de los tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional), los cuales están por encima de lo dispuesto en los diferentes tratados, a los que se les reconoce un rango supralegal pero infraconstitucional. La invocación de esos principios, junto a las otras consideraciones ya aquí invocadas en este texto, le permite a la Corte Suprema argentina, a la vez, preservar su sentencia y no materializar lo planteado en su momento por la Corte Interamericana.

Mucho es lo que se podría señalar al respecto, tema que abordaré con detalle en otros trabajos. Sin duda, como ya se ha invo-

cado en algún texto reciente, siempre es necesario conversar sobre cuáles debieran ser los alcances y efectos de una sentencia de la Corte Interamericana. Además, añadido, conviene siempre construir respuestas que sean producto de un diálogo interinstitucional multinivel. Sin embargo, ello no puede hacerse de cualquier manera.

Explico los alcances de esta última afirmación. Sin duda alguna siempre puede discutirse si un órgano jurisdiccional pasa, si de tutela de derechos se trata, de, lo que bien señalaba Augusto Morello, de un necesario activismo a un riesgoso hiperactivismo en la comprensión de sus competencias. Sin embargo, no puede desconocerse que, en aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz, es a la Corte Interamericana a quien le corresponde determinar cuál es su margen de competencias. El resultado debe consensuarse, pero en base a un parámetro ya establecido (el convencional) y con respeto a las competencias reconocidas a los diferentes intérpretes involucrados.

Además de lo expuesto, debe mencionarse que la invocación al principio de subsidiariedad es muy respetable, pero errónea, pues en rigor no guarda relación con las medidas de reparación que puede fijar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, escenario en el cual precisamente se desenvuelve esta controversia. Como bien conviene tener presente, este principio de subsidiariedad busca asegurar que la alegada violación de algunos derechos tenga una respuesta adecuada a nivel interno antes de eventualmente ir al escenario de la protección internacional de derechos. Una medida de reparación decidida por la Corte Interamericana es la consecuencia de un momento posterior: ya lo debatido escapó del conocimiento a nivel nacional. Ya tiene un pronunciamiento supranacional, acompañado de una serie de medidas destinadas a asegurar el cabal cumplimiento de dicho pronunciamiento.

También, con todo respeto, es equivocada la comprensión de la Corte Interamericana como una cuarta instancia o grado. La Corte Interamericana no hace evaluaciones en función al cumplimiento de respetables ordenamientos jurídicos nacionales. La Corte Interamericana evalúa si lo que se ha cumplido son los parámetros convencio-

nales, previstos en la Convención Interamericana o en la interpretación contenciosa o consultiva que la misma Corte haya hecho de la misma Convención. No es pues un organismo de revisión de un ordenamiento jurídico estatal en base a las pautas de ese mismo ordenamiento jurídico estatal.

Sin embargo, las apreciaciones más preocupantes son aquellas vinculadas a la invocación del margen de apreciación estatal y a los principios de Derecho público incluidos en el artículo 27 de la Constitución argentina. Con cargo, repito, a volver a este tema en posteriores trabajos, la lógica del margen de apreciación estatal - por cierto, muy cuestionada en el escenario europeo donde habitualmente se ha aplicado- va en un sentido muy distinto de la configuración del control de convencionalidad que se ha venido siguiendo en los países inscritos en el sistema interamericano de protección de derechos.

Y es que una cosa es tomar en cuenta las especiales características de lo que ocurre en un país para un mejor resolver, y otra condicionar la respuesta o su ejecución a la voluntad de organismos pertenecientes al Estado sancionado (o posible de sanción por violación de parámetros convencionales). Lo segundo, con todo respeto, conspira contra el sentido último de la convencionalización del Derecho, el de la construcción de un Derecho común. Un Derecho común no es pues el producto de lo que se quiera aceptar o se admita ejecutar. Debe ser más bien, como ya se ha adelantado en otro apartado de este mismo texto, el producto de consensos interpretativos mínimos

Es precisamente en mérito a esto último que la invocación hecha a los principios de Derecho Público en la sentencia en comentario no solamente es incompleta, sino también preocupante. Incompleta, en primer lugar, pues, como bien anotan algunos autores⁴⁰, el artículo 27 de la Constitución debe leerse de acuerdo con lo señalado en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución, y, sobre todo, con el segundo párrafo de ese inciso, en el

⁴⁰ En este sentido destaca nítidamente lo trabajado por GIL DOMINGUEZ, Andrés. La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de Derechos Humanos. En: <http://underconstitucional.blogspot.pe/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.htm>

cual se consagra la vigencia de un Estado constitucional y Convencional. La consagración de un Estado Convencional queda despojada de sentido y contenido si el plano convencional es desconocido o entendido como un elemento subordinado.

Y es que el diálogo no implica que alguien tenga la razón per se, o que resuelva en función a cómo no solamente entiende sus propias competencias, sino también aquellas que son propias de los demás intérpretes involucrados. Menos aún que, en función de ese respetable razonamiento unilateral, se irrogue tener la última palabra en lo referido a la tutela de diversos derechos. Aquello, sensiblemente, no es generación de un Derecho común con una lógica tuitiva de los derechos ciudadanos, que es precisamente a lo que todo juez(a) constitucional (sin importar si es parte de la judicatura ordinaria o de un Tribunal Constitucional) debería apuntar, máxime si tomamos en cuenta el actual contexto mundial en general, y latinoamericano en particular, salvo mejor parecer.

BREVES APUNTES A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de la desconfianza (en América Latina tradicional, cuando no endémica) en la labor de jueces y juezas constitucionales (sobre todo cuando quienes están dentro de la judicatura ordinaria), precisamente en mérito a un contexto difícil a nivel mundial y latinoamericano al respecto, las ventajas de la convencionalización del Derecho son a todas luces ostensibles. Ahora bien, esta convencionalización tiene (y seguramente tendría) que hacer frente a una serie de retos. El recientemente pronunciamiento de la Corte Suprema argentina a propósito de “Fontevicchia y D’Amico” nos demuestra cuáles son algunos de estos retos, presentando algunos de ellos bajo nuevas justificaciones.

Bienvenido entonces el análisis crítico e incluso la discrepancia, materia que analizaré con más detalle en otros trabajos. Ahora bien,

creo que este caso corresponde respetuosamente apartarse de lo señalado con la mayor parte de los jueces supremos argentinos, e ir, en esa lógica de generación de consensos mínimos, procesando algunas eventuales imprecisiones (alcances de la convencionalización; configuración del escenario de diálogo; pautas de nombramiento, promoción y salida de los juzgadores(as) nacionales y supranacionales) vinculados. Lo ya obtenido gracias a la convencionalización del Derecho y la relevancia de los objetivos que apunta conseguir así lo reclamen, por lo menos en nuestro escenario latinoamericano.

Protección Multinivel de los Derechos Humanos positivizados a partir de la Constitución Boliviana de 2009

MARÍA MICAELA ALARCÓN GAMBARTE⁴¹ (BOLIVIA)

⁴¹ Abogada, obtuvo el máster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional con excelencia académica por la Universidad Mayor de San Andrés; postulante a Doctor en el Doctorado en Derecho Constitucional y Administrativo impartido por la Universidad Mayor de San Andrés; ex Secretaria General del Honorable Senado Nacional. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Contacto: 78774053.

I. INTRODUCCIÓN

Corresponde preguntarnos ¿puede hablarse de protección multinivel de los derechos humanos en el Estado Plurinacional de Bolivia? La respuesta es afirmativa, toda vez que existe protección al nivel nacional, otorgada por nuestra Constitución Nacional, y asimismo, existe un reconocimiento de protección internacional, otorgada por el Pacto de San José de Costa Rica y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, empero no existe todavía, una protección a nivel supranacional, como se ha demostrado y evidenciado a través de las experiencias del Mercosur y de la Comunidad Andina.

El planteamiento se centra en que la protección nacional e internacional de los derechos humanos, puede observarse desde dos perspectivas diferentes: **i)** Una perspectiva nacional, en la cual la interacción se observa desde el derecho interno de uno a varios de los Estados de la región y **ii)** Una perspectiva global, en la cual la interacción se observa desde fuera del derecho nacional de los Estados de la región, y se adopta al punto de vista de un observador ajeno a ellos, que podría denominarse la “comunidad internacional”, interesada esta última por lo tanto, no en el estado del derecho boliviano, sino en el estado del derecho internacional.

De lo dicho, el presente Artículo presenta la siguiente división metodológica, para su mejor estudio y comprensión: **i)** Protección Nacional de los Derechos Fundamentales, **ii)** Protección Internacional de los Derechos Humanos y **iii)** Protección del Orden Supranacional de los Derechos Humanos.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES

En relación a la evolución histórica de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales, es evidente que los tales no surgieron ni emergieron juntamente con el ser humano, ni con su desarrollo en cuanto al avance de las diferentes civilizaciones y edades, sino que los mismos tuvieron un surgimiento a partir de determinados momentos de relevancia histórica.

En lo referido a la parte del Occidente, nos encontramos con la *Carta Magna de 1215*, el *Habeas Corpus Act de 1679*, y el *Bill of Right de 1689*, aunque es claro que éstos aparecieron como limitantes al poder del Rey y, no en su carácter de reconocimiento de derechos respecto de las personas individuales.

A su vez, es importante recordar que el reconocimiento de los derechos de personas individuales, los cuales fueron concretados a través de Declaraciones, tuvieron como emergencia inmediata las dos revoluciones más importantes: **1) La Revolución Norteamericana**, que se dio como un reclamo a la independencia de las colonias inglesas y **2) La Revolución Francesa**.

En este orden de ideas, encontramos las Declaraciones de Derechos, que incluso precedieron a las Constituciones de las antiguas colonias inglesas, a saber la de *Massachusetts* y de *Virginia*. De forma posterior se produjeron las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, constituyendo el *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana.

Traemos a colación, lo establecido por la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 “*Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de la vida y la libertad, como los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.*”⁴²

En cuanto a las principales características de la Constitución norteamericana podemos sintetizar en los siguientes puntos: **1) Todos los hombres son libres e iguales**, **2) Tales hombres conforman un gobierno con objeto de alcanzar el bienestar individual y colectivo, con la vigencia y reconocimiento de sus derechos, que el gobierno debe proteger siempre**, **3) El gobierno surge del consentimiento del pueblo y la soberanía popular, puede rescatarse incluso acudiendo a la fuerza**, **4) La Constitución surge para regular un equilibrio entre los diferentes poderes del Estado, creándose una interrelación y control recíproco**.

Por su parte, podemos establecer que desde la perspectiva francesa, los derechos se consideraban como una formulación *iusnaturalista ra-*

⁴² Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776.

cionalista, que rompía con la monarquía y el establecimiento del régimen liberal. Así, tenemos finalmente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo Artículo 16 consagraba los principios básicos del constitucionalismo liberal “*Toda sociedad donde no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.*”⁴³

Esta primera generación de Declaraciones de Derechos, en cuanto a lo que se refiere derechos individuales y derechos políticos, se nutrieron bajo el modelo norteamericano las Constituciones liberales de Europa y América Latina hasta la Primera Guerra Mundial de 1914.

El reconocimiento de los *derechos civiles y políticos*, se constituyó en una especie de límite al ejercicio del poder estatal, así como de las competencias de los órganos públicos. Con lo cual, se demuestra que durante el siglo XIX, se inició la positivización de los derechos fundamentales, basados en las concepciones pactistas de reconocimiento de la soberanía.

Posteriormente, los denominados derechos de segunda generación, los *derechos económicos, sociales y culturales*, fueron aquéllos que transformaron el Estado de derecho liberal a un Estado social y democrático de derecho, durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, es decir desde 1946 en adelante. Dicho contenido se recogerá en las Constituciones Nacionales, y en las Declaraciones y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Así, como producto de críticas a la concepción liberal individualista, y al capitalismo, se introducen complementaciones al contenido de los Derechos Humanos; éstos últimos, los denominados derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, su pretensión fue la de buscar y materializar la vida digna de todos los seres humanos, y también el acceso de los bienes, por ello reconocen los valores de igualdad y solidaridad; permitiendo la transición del Estado liberal al Estado social de derecho.

⁴³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

III. DERECHOS HUMANOS – DERECHOS FUNDAMENTALES

En cuanto al concepto de los derechos humanos, podemos establecer que, en la actualidad, se reserva generalmente para denominar a los derechos de las personas, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional; derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario; inclusive el concepto se extiende hasta los derechos constitucionales.

En su caso los derechos fundamentales o derechos constitucionales, se relaciona generalmente con los derechos de las personas, que se encuentran reconocidos por un ordenamiento jurídico de un determinado Estado, es decir en su Carta Fundamental.

Peces-Barba, entiende que la expresión “derechos fundamentales” abarca tanto los presupuesto éticos como los componente jurídicos.⁴⁴

Para una mejor comprensión debe entenderse que los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los Estados; al respecto Luigi Ferrajoli nos ilustra “(...) *la dogmática constitucional o internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos Internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.*”⁴⁵

Nuestra Constitución Nacional, con relación al reconocimiento de los derechos fundamentales, dispone en el Artículo 13, párrafos I, II y III “*Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.*”

En este sentido los Derechos Humanos, constituyen el parámetro de

⁴⁴ Peces-Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, pág. 37.

⁴⁵ Revisar en general obras de Luigi Ferrajoli, como *Democracia y Garantismo*.

conformidad, de acuerdo con el cual debe interpretarse el conjunto de las normas del ordenamiento jurídico, desde las normas de carácter constitucional, hasta pronunciamientos de tipo administrativo. Por lo tanto, los Derechos Humanos, se constituyen en aquéllos garantizados por nuestra Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Plurinacional de Bolivia, conforme lo establece el Artículo 256, párrafo II de la Constitución “*Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.*”

Así, la protección de los derechos humanos se extiende hasta el espacio del derecho internacional. De otra parte, nuestra Constitución se mantiene en movimiento dentro de un contexto internacional y supranacional en lo referido a la protección de los Derechos Humanos, por lo que en este sentido tales derechos deben interpretarse en conformidad con los parámetros interpretativos dispuestos por el derecho internacional de derechos humanos; consecuentemente, también serán interpretados y ejecutados a través de sus órganos de aplicación, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, todas las normas sobre derechos humanos dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico vigente, deben interpretarse de forma armónica con las normas convencionales –que son internacionales- y a la vez por nuestro derecho estatal o derecho interno, máxime si consideramos que el reconocimiento y vigencia de los aludidos derechos fueron incorporados por mandato del constituyente en nuestro ordenamiento, constituyendo límites a la soberanía, es decir al poder constituyente constituido, así como a los órganos y autoridades estatales.

Se puede determinar una corriente generalizadora en la que se reconoce el rango constitucional a los derechos humanos dispuestos en los tratados internacionales que complementan los derechos enumerados en las propias Constituciones, enumeración no taxativa, admitiendo derechos implícitos.

Los derechos esenciales o fundamentales no constituyen sólo derechos que limitan el poder estatal, sino son derechos que influyen en la vida de cada uno de los ciudadanos, y por tanto conforman el elemento fundamental y básico de la concepción de Estado. La dignidad de la persona y los derechos fundamentales, constituyen los valores esenciales en los cuales se cimenta la sociedad, y por tanto legitiman al Estado, cons-

tituyendo las garantías básicas para el establecimiento y desarrollo del Estado de Derecho.

Podemos establecer que la única fuente de fundamentalidad de los derechos, es la dignidad humana, ya que constituye la expresión inmediata y positiva de la misma, y se establece como núcleo básico e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. El estatus jurídico-constitucional de la persona es un estatus jurídico material de contenido concreto, indisponible por la persona, poderes públicos, organismos internacionales y organismos supranacionales.

I. Protección Nacional de los Derechos Fundamentales

Entre los aspectos positivos que contiene nuestra nueva Constitución Nacional, es importante resaltar la positivización muy importante reconocida sobre los derechos humanos, a diferencia del catálogo incipiente que contenía la Constitución abrogada de 1967. En este marco, alcanza gran expectativa el reconocimiento y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos o de los pueblos, presupuesto sobre el cual, consecuentemente se amplía el catálogo de los derechos civiles y políticos.

La positivización de los Derechos Humanos, que prevé nuestra nueva Carta Fundamental, incorpora en dicho reconocimiento a los tres grupos de derechos humanos, es decir: **i)** derechos civiles y políticos, **ii)** derechos económicos, sociales y culturales y **iii)** derechos colectivos o de los pueblos. En consecuencia podemos establecer las características principales de que goza la referida positivización de Derechos Humanos en nuestra Carta Fundamental:

Se reconoce en nuestra Constitución, los derechos fundamentales, basados en los principios de inviolabilidad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Se determina constitucionalmente la responsabilidad que tiene el Estado de promoverlos, protegerlos y respetarlos, con la garantía del eficaz ejercicio de los derechos reconocidos en la Norma Fundamental, las leyes ordinarias y los Tratados Internacionales que versen sobre la materia de Derechos Humanos.

Se prohíbe toda forma de discriminación fundada en razón de sexo,

color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo u otras. Asimismo, se sanciona toda conducta, acto u omisión de discriminación.

Se reconoce la categoría supraconstitucional de los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos.

Se establece, la interpretación de las normas de la Constitución sobre derechos fundamentales, en conformidad con las normas de los Tratados, Convenciones o Pactos Internacionales que versen sobre derechos humanos, cuando estos sean más favorables.

Así, desde el Título II, Capítulo Primero con la consagración de los Derechos Fundamentales y Garantías, y a partir del Capítulo Segundo, titulado Derechos Fundamentales, nuestra Constitución reconoce y consagra los Derechos Humanos. En el Capítulo Tercero consagra los derechos civiles y políticos; en el Capítulo Cuarto los derechos de las naciones pueblos indígena originario campesinos; en el Capítulo Quinto los derechos sociales y económicos: como el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud y a la seguridad social, el derecho al trabajo y al empleo, el derecho a la propiedad, los derechos de la niñez, adolescencia y juventud, los derechos de las familias; los derechos de las personas adultas mayores, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de las personas privadas de libertad, los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores; en el Capítulo Sexto, los derechos a la educación, interculturalidad y derechos culturales: el derecho a la educación, el derecho a la educación superior, el derecho a las culturas, el derecho a la ciencia, tecnología e investigación, el derecho al deporte y recreación; y en el Capítulo Séptimo se consagra el derecho a la comunicación social.

Es importante determinar que con relación a la concreción material de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos colectivos o de los pueblos, no depende su realización únicamente de su reconocimiento normativo-constitucional, sino principalmente de la adopción de políticas legislativas, administrativas, jurisdiccionales para su efectiva materialización y en este sentido requerirán de un presupuesto designado por parte del Estado.

Por otro lado, nuestra Constitución incorpora el reconocimiento de las

garantías constitucionales como instrumentos de defensa de los derechos, cuando éstos se encuentren amenazados o efectivamente vulnerados. Así, nuestra Constitución regula garantías constitucionales no sólo para los derechos individuales, sino para el respeto de los derechos colectivos, como la acción popular.

Las garantías jurisdiccionales, se refieren al Principio de Igualdad, imprescriptibilidad de delitos graves, obligación de reparación, debido proceso y otros. Se reconocen las acciones de defensa como la Acción de Libertad, Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad, Acción de Inconstitucionalidad, Acción de Cumplimiento y Acción Popular.

II. Protección Internacional de los Derechos Humanos

Hans Kelsen construye la teoría monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho estatal.⁴⁶

La doctrina monista de Kelsen establece que el Derecho Internacional propone una concepción unitaria de todo el derecho, del que forman parte en determinado orden jerárquico los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados.

Según el Autor Verdross, la fórmula *pacta sunt servanda*, constituye la regla fundamental del Derecho Internacional, y ésta viene a constituirse en *lex superior* a la voluntad de los Estados, por lo que también son aquéllas normas que deriven de ellas, como el derecho de las gentes.

Verdross denomina su doctrina como monismo moderado, toda vez que la primacía del Derecho Internacional, desde esta concepción, no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, en tanto que ante el derecho internacional tienen la condición de meros hechos, los cuales pueden ser conformes o contrarios al derecho internacional, y en el supuesto caso de que sean contrarios a éste último, provocan una responsabilidad a nivel internacional del Estado que las provocó.⁴⁷

Entre tanto que para Kunz, la unidad entre el derecho internacional

⁴⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, 3 era. Ed., México, 1969, pág. 436.

⁴⁷ Verdross, "*Droit international public et droit interne*", 1952, pág. 219 y 230.

y el derecho interno no deja de determinar la eventual posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores; así lo establece “*En el derecho internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que éste en contradicción con una norma del derecho internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del derecho internacional general.*”⁴⁸

En todo caso la doctrina monista determina una incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno. Por su parte, existe una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado en admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno.

El Artículo 255, parágrafo I y II, de nuestra norma constitucional dispone “*I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: 1. Independencia e igualdad entre los estados, no intervención en asuntos internos y solución pacífica de los conflictos. 2. Rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo. 3. Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación. 4. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos. 5. Cooperación y solidaridad entre los estados y los pueblos. 6. Preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado. 7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva. 8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente. 9. Acceso de toda la población a los servicios básicos para su bienestar y desarrollo. 10. Preservación del derecho de la población al acceso a todos los medicamentos, principal-*

⁴⁸ Kunz, *Teoría del Derecho Internacional*, La Habana, Cuba, Academia de Derecho Comparado e Internacional, 1954, Vol. II, pág. 361.

mente los genéricos. 11. *Protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado.*”

En cuanto a su nivel de procedimiento, establece el Artículo 172, numeral 5 de la Constitución Política del Estado, “*Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de la que establece esta Constitución y la Ley: 5) Dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales*”, por su parte el Artículo 174, numeral 5 dispone “*Son atribuciones de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la Ley: 5) Participar conjuntamente con la Presidenta o el Presidente del Estado en la formulación de la política exterior (...)*”.

No solo constituye potestad del Presidente y Vicepresidente del Estado la suscripción de Tratados Internacionales, sino también incumbe a la sociedad boliviana, cuando el Artículo 259 de la Constitución, así lo regula: “*I. Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado. II. El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado.*”

En cuanto a los órganos constitucionales de ejercicio de la soberanía, se ejercen las potestades que la Constitución le otorga, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 7 de la Constitución “*La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible.*”

La Constitución establece el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado boliviano en el ámbito del derecho internacional, los procedimientos que deben seguirse para tal fin, y los controles destinados a asegurar el cumplimiento de tales previsiones, para ellos incluso existe el control preventivo de constitucionalidad de los tratados, por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional.

El Artículo 258 de la Constitución Política del Estado, regula “*Los*

procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por ley”.

Por lo expuesto, nuestra Constitución remite a una ley especial el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, que de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte la norma internacional válida en norma internamente aplicable, constituyendo no sólo norma internacional válidamente aplicable para el Estado Plurinacional de Bolivia, sino constituyendo norma integrante de todo nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto vinculante y obligatoria para todos los órganos y personas.

Nuestro ordenamiento jurídico boliviano, regulado en la cima por la Constitución Política del Estado, contiene visiblemente dos subsistemas normativos, y uno de ellos depende de la Carta Fundamental para la producción de normas válidas (subsistema nacional), entre tanto que, respecto al sistema internacional, nuestra Constitución dota a sus normas de la necesaria aplicabilidad.

La Constitución, entendida como *lex superior*, permite su remisión a normas que son indisponibles en su propia validez, en el caso concreto las normas internacionales; por lo que, el derecho internacional es el que determina su creación o validez, a las cuales nuestro Estado boliviano, únicamente les reconoce y les otorga aplicabilidad en el ámbito interno o estatal, si se verifican las condiciones determinadas constitucionalmente y procedimentalmente a través de la ley especial, con la cual se remite a un ordenamiento de derecho internacional público que lo considera como propio, aun cuando dichas normas son indisponibles al Estado en su existencia o validez.

Así, el Estado boliviano al ratificar la Convención de Viena, de buena fe, reconoció a través del Artículo 27 de dicha Convención la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, incluida la Constitución, comprometiéndose a no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho internacional. En este contexto, una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional, a través de su correspondiente ratificación, se atiende a los principios de *pacta sunt servanda* y *bonna fide*, establecidos en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, dichos principios en su carácter de normas generales de Derecho Internacional deben respetarse

por parte del Estado boliviano. Asimismo, dicha Convención establece que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, por lo que no puede ningún Estado invocar ninguna razón legítima para desconocer el cumplimiento de la buena fe de las obligaciones contraídas en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 26 de la referida Convención.

Por su parte, el Artículo 27, a su vez, establece que un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificación del incumplimiento de un tratado.⁴⁹

La Convención de Viena define en su Artículo 53, lo que para dicha Convención es una norma imperativa de Derecho Internacional general “*ius cogens*”, significa una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Este tipo de normas *ius cogens*, son reguladas por la Convención de Viena, al establecer en su Artículo 53 “*es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General*” y el Artículo 64 “*si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convierte en nulo y termina.*”

Entre tanto, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha sostenido de forma reiterada que “*Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones.*”

Asimismo, de conformidad a las normas del Artículo 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, estos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre derechos de los tratados en su Artículo 46, establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva; es decir, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, cuyo consentimiento se encontraría viciado.

⁴⁹ Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

II.1. Control Previo de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales

No existe un control de constitucionalidad represivo a través de una acción de inconstitucionalidad, toda vez que el tratado no es entendido como precepto legal, puesto que solo involucra la producción de normas jurídicas por parte de los órganos constituyentes o colegisladores de un Estado parte. El Tratado Internacional incluye la actuación de la voluntad de dos o más Estados y no la voluntad unilateral de un Estado. La perspectiva reseñada, se encuentra reforzada por la misma Ley de Celebración de Tratados, que distingue el control preventivo de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, siendo éste el control previo de constitucionalidad, único que se realiza, antes que nuestro Estado se vincule por un determinado Tratado Internacional.

A propósito del Control Previo de Constitucionalidad, éste debe realizarse por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en conformidad a lo dispuesto por el Artículo 202, numeral 9 de la Constitución boliviana “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: 9) El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales*” con el propósito de determinar posibles incompatibilidades existentes entre la norma internacional y las normas constitucionales, puesto que ningún Tratado Internacional deberá ingresar en el derecho interno en contravención a los preceptos constitucionales.

Éste constituye el mecanismo de filtro más importante que tiene nuestra Carta Fundamental, para la detección de las normas contrarias a la Constitución que pretendan ingresar en el Derecho interno. Por lo mismo, las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior, en mérito a lo señalado en el Artículo 203 de la Constitución “*Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno*”, consecuentemente las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales resultan incuestionables y de cumplimiento vinculante.

Es importante resaltar que nuestra Norma Fundamental establece

que se procederá a la realización del control previo de constitucionalidad, cuando sobre los Tratados Internacionales se suscite duda fundada sobre su constitucionalidad, en este caso, el Código Procesal Constitucional establece que el Presidente del Estado es el encargado de remitir el aludido Tratado Internacional a conocimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional conforme lo prevé el Artículo 107, parágrafo I y II del Código Procesal Constitucional boliviano *“La Presidenta o Presidente del Estado, en caso de tener duda fundada sobre la constitucionalidad del Proyecto de Tratado o alguna de sus partes, lo remitirá ante el Tribunal Constitucional Plurinacional. II. Remitido el texto del Tratado Internacional negociado por el Órgano Ejecutivo al Órgano Legislativo para su eventual aprobación y posterior ratificación, corresponderá a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional enviar, de forma obligatoria y dentro del plazo de veinte días de su recepción, al Tribunal Constitucional Plurinacional, antes que dichos instrumentos internacionales sean ratificados. A tiempo de remitirse en consulta el Tratado Internacional, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional podrá manifestar la duda fundada que tenga, sobre la inconstitucionalidad del Proyecto de Tratado o algunas de sus estipulaciones”*.

Una vez recibida la consulta el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá expresar su opinión fundada dentro de los 15 días de su notificación debiendo emitir la Declaración de Constitucionalidad o Inconstitucionalidad en el plazo de los cuarenta y cinco días siguientes, según lo dispuesto en el Artículo 108, parágrafo I y II del Código Procesal Constitucional boliviano *“Una vez admitida la consulta, la Comisión de Admisión dispondrá que ésta sea de conocimiento del Órgano Ejecutivo, cuando corresponda, para que en el plazo de quince días desde su notificación emita su opinión fundada sobre la consulta. II. Transcurrido este plazo, con o sin la remisión de la opinión, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá Declaración Constitucional en el plazo de los cuarenta y cinco días, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad total o parcial del Proyecto del Tratado Internacional en consulta.”*

Observamos, no obstante ser obligatorio el control previo de constitucionalidad, la existencia de supuestos en los que se expresa nuevamente esta obligatoriedad. Este aspecto se explica porque en la primera estipulación que se conoce en la Constitución Política del Estado, se es-

tablece que el control de constitucionalidad deberá realizarse a través de una duda fundada, siendo éste el mecanismo que inicie el procedimiento de control. Sin embargo, a través del Código Procesal Constitucional, se argumenta este vacío ante la estipulación de que deben ser todos los Proyectos de Tratados Internacionales negociados por el Órgano Ejecutivo los que deben someterse obligatoriamente al control de constitucionalidad.

Por lo que, en el caso que un Tratado Internacional deba someterse a Referendo, deberá inexcusablemente ser objeto de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional. En caso de emitirse su declaración de inconstitucionalidad, no podrá ser sometido a Referendo, en atención al Artículo 110, párrafos I, II y III del Código Procesal Constitucional que dispone “*Cualquier Tratado Internacional que requiera la aprobación mediante referendo de acuerdo con la Constitución Política del Estado, o cuando lo soliciten los ciudadanos o los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, será revisado por el Tribunal Constitucional Plurinacional dentro del plazo de treinta días desde el momento en que se conozca la propuesta de referendo planteada por el Órgano Ejecutivo, o se haya notificado por el Órgano Electoral la obtención de las firmas de al menos el cinco por ciento del electorado, o se haya notificado por la Asamblea Legislativa Plurinacional la obtención de por lo menos treinta y cinco por ciento del total de sus miembros para la iniciativa. El Tribunal Constitucional Plurinacional decidirá sobre si el contenido del Proyecto de Tratado Internacional está conforme con la Constitución Política del Estado. En caso que el Tratado Internacional contenga propuestas que sean contrarias a la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la inconstitucionalidad total o parcial del texto del Tratado Internacional considerado, y no podrá ser objeto de referendo aquello que se haya declarado inconstitucional.*”

Deben someterse obligatoriamente a este procedimiento los Tratados Internacionales que impliquen cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de los procesos de integración en cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 257, párrafo II de la Constitución Nacional “*Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados inter-*

nacionales que impliquen: 1) Cuestiones limítrofes, 2) Integración Monetaria, 3) Integración económica estructural y 4) Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración” o cualquier Tratado Internacional requerido, por los mecanismos de participación ciudadana, la efectiva realización de un Referendo, en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 259, párrafo I de la norma constitucional “Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado”.

En el caso, de que el Tribunal Constitucional Plurinacional, declare a través del control previo de constitucionalidad, que el Tratado Internacional es contrario a la Constitución Nacional, éste no podrá ser ratificado en cumplimiento al Artículo 109, párrafo I y II del Código Procesal Constitucional.

Así, todo tratado internacional, que fuera ratificado por el Estado boliviano, con pleno consentimiento y voluntad por parte de éste, se constituye en un límite externo en el ejercicio de la potestad estatal, que es asumida de forma voluntaria y consciente, y que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones reguladas en el tratado, en este sentido las normas del tratado tienen una fuerza de tipo pasiva que actúan como limitantes al ejercicio del poder estatal. El poder estatal no podrá aplicar en el ordenamiento jurídico, normas contradictorias a las dispuestas en determinado Tratado Internacional; este último hecho, salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, en conformidad a las normas del Derecho Internacional.⁵⁰

⁵⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la materia, respecto de las normas sobre derechos y sus garantías, que contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas opiniones consultivas. Véase OC3/1983, que prohíbe extender la consagración, por los Estados parte de la pena de muerte más allá de las hipótesis previstas por la Convención. OC4/1984, que exige compatibilizar el derecho interno, incluida la Constitución, a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual prohíbe la discriminación, en hipótesis de naturalización de la mujer.

II.II *Tratados Internacionales ratificados por el Estado boliviano, en materia de Derechos Humanos*

Considerando que la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico boliviano, en la medida que ordena la prelación y la aplicabilidad del resto de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno, y de aquéllas derivadas del derecho internacional incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, sin perder su calidad de derecho internacional.

Recordamos lo establecido por nuestra Constitución, con relación a los derechos reconocidos a través de los tratados internacionales, constituyendo estos un límite a la soberanía, es decir un límite al poder constituyente y a los poderes constituidos, en mérito a lo dispuesto en el Artículo 13, parágrafo IV de la norma constitucional *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.”*

Es importante establecer que en cuanto a las normas internacionales de los tratados, no se aplican los principios dispuestos en el derecho interno: **1)** la norma posterior deroga a la anterior, **2)** la norma especial deroga la norma general, **3)** la norma superior deroga a la inferior, toda vez que dichos principios operan únicamente cuando existe contradicción entre normas que pueden ser resueltas a través de criterios de validez. Esto último no sucederá en el caso que exista un conflicto de una norma que tiene su validez en el derecho interno, y otra que tiene su fuente de validez en el derecho internacional.

Cuando exista conflicto entre dos normas: una proveniente del derecho interno, y otra proveniente del derecho internacional, primará esta última sobre la interna, porque así lo prevé el derecho internacional, bajo el respeto y aplicación de los principios *pacta sunt servanda* y *bonne fide*, dichos principios exigen cumplimentar de buena fe las obligaciones contraídas por parte del Estado con el derecho internacional.

Los Estados a través de su libre voluntad se sujetan a un Derecho Internacional de derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales, el cual no constituye una estructura tradicional de intereses entre partes, sino que

este tipo de Tratados pretenden garantizar los derechos esenciales reconocidos a la persona humana, referidos a la dignidad de la persona y los derechos humanos, con lo cual los Estados tienen la obligación de cumplir con las normas dispuestas en dicho Tratado Internacional, sin importar que otro Estado pueda eventualmente vulnerarlos, considerando que existe un bien jurídico superior: la protección y la garantía de los derechos humanos de las personas y por tanto de su dignidad, es decir “*los Estados se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones.*”⁵¹

Por su parte, la limitación de la soberanía estatal, en mérito a un reconocimiento cada vez más fuerte de la dignidad de las personas y sus derechos humanos, permite una importante consagración constitucional positiva, en su reconocimiento y vigencia en las Constituciones latinoamericanas, como la nuestra.

La Constitución boliviana establece en cuanto al reconocimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a través de sus Artículos 256, parágrafo I y 410, parágrafo II la siguiente regulación: “*I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. (...) II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados*

⁵¹ Como señaló la Corte Internacional de Justicia en los tratados sobre derechos humanos, “los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores, que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia en una Convención de este tipo, no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención, es en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones. Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, Reuecil, 1995, pág. 23.

y *Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes*”.

Según Verdross, desde la vigencia de la Carta de las Naciones Unidas “*se ha roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional.*”⁵²

Al respecto, nuestro país es signatario de la Carta de las Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como sus respectivos Pactos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, constituyendo ambas declaraciones fuentes de derecho materialmente constitucionales.

Los derechos reconocidos a las personas en dichos instrumentos, son tales porque emanan de su propia naturaleza, es decir pertenecen al hombre por el solo hecho de ser hombre, y por tanto se caracterizan los referidos derechos por ser: **1) universales, 2) absolutos, 3) inalienables y 4) imprescriptibles.**

Asimismo, este tipo de derechos que emanan de la propia naturaleza humana, no pueden ser enumerados de forma taxativa, o a través de un número clausus, por cuanto el ser humano en el desarrollo de su persona y convivencia humana, podrá ir desarrollando otros.

De acuerdo al Artículo 410, la propia norma constitucional y el tratado internacional; éste último permite incorporar a la Constitución material los derechos humanos, que no se encuentran expresamente contenidos dentro del texto constitucional, o en su caso no se incorporaron formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

II.III Bloque de constitucionalidad de los derechos humanos o esenciales

⁵² Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1967, pág. 492.

Existen normas que estando fuera de la Constitución, se erigen por decisión del constituyente a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, reconociendo su misma jerarquía o una superior, este planteamiento nos lleva a considerar la doctrina del *bloque de constitucionalidad*, en el entendido de que a través de esta doctrina se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma o superior jerarquía que de la Constitución; así lo reconoce el constitucionalista Bidart Campos “*que por imperio de la propia Constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido.*”⁵³ Por lo que, el bloque de constitucionalidad, se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros.⁵⁴ Dicho bloque de constitucionalidad actúa en forma de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma.

El bloque de constitucionalidad supera la concepción formal de la Constitución y por lo cual ésta se flexibiliza, otorgando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución.

Al bloque de constitucionalidad se le confiere jerarquía supraconstitucional o constitucional (Brasil, Chile, Argentina, Colombia, Nicaragua, Guatemala y Bolivia) presenta una utilidad como instrumento para interpretar, aplicar o desaplicar desde la Carta Fundamental las normas de carácter infraconstitucional; el bloque de constitucionalidad constituye un elemento básico y central para realizar un juicio de constitucionalidad, porque el bloque de constitucionalidad irradia un criterio interpretativo aplicativo que todo operador jurídico debe considerar y consecuentemente actuar en conformidad con él.

Cuando nuestro Estado aprueba y ratifica un Tratado o Convención Internacional en materia de Derechos Humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, nuestro Estado tiene el deber de

⁵³ Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, pág. 263.

⁵⁴ Favoreu, Louis, “El Bloque de Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1990, Número 5,

dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo al Artículo 1 de la referida Convención “1. *Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción*”, asimismo de acuerdo con el Artículo 2 de esta Convención, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de “otro carácter”, se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no sólo de respetarlos sino también de promover los derechos esenciales.

Existe un Principio de carácter implícito en los ordenamientos jurídicos que ha aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, referido a que el bloque de derechos esenciales asegurados deberán interpretarse en conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; principio explicitado constitucionalmente por ejemplo en las Constituciones del Reino de España de 1978, y la Constitución colombiana de 1991.

II.IV Origen y surgimiento del Bloque de Constitucionalidad en Bolivia

Es importante recalcar que la Constitución de 1967, la misma que fue reformada en los años 1994 y 2004, contenía un catálogo reducido de derechos fundamentales, toda vez que en su Artículo 7, y a través de sus once incisos, solamente consagraba algunos derechos civiles y políticos, algunos derechos económicos, sociales y culturales, empero ningún derecho colectivo o de los pueblos.

La Constitución boliviana de 1967 no constitucionalizó todos los derechos humanos. Ante esa realidad, tomando como premisa esencial que los derechos humanos deben ser resguardados y protegidos por el Estado, el extinto Tribunal Constitucional llevó a cabo una labor de interpretación de los derechos humanos, para cuyo fin aplicó los principios: de la dignidad humana, de la buena fe, *pro homine*, de la fuerza expansiva de los derechos humanos, de la universalidad de los derechos humanos, entre otros. Asimismo, interpretó los derechos fundamentales consagrados en el catálogo de la Constitución, de conformidad con las normas previstas por

las declaraciones, tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, así como con la jurisprudencia de los organismos supraestatales de protección de los derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Con la aplicación del principio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, mediante la interpretación integradora, el extinto Tribunal Constitucional logró una integración al bloque de constitucionalidad de las declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los que se adhirió, suscribió y ratificó el Estado boliviano, a través de la vía del desarrollo jurisprudencial. Por otro lado, el constituyente incorporó en la nueva Constitución, normas expresas que integran dichos instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad, conforme podemos evidenciar en el Artículo 410, párrafo II de la actual Constitución “*El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes*”. Asimismo, se definió los parámetros de interpretación de la Constitución y la legislación interna, conforme lo dispone el Artículo 13, párrafo III del texto constitucional “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*”; así como, para los casos en los que las normas de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos sean más favorables que las normas previstas por la Constitución, aquéllas tendrán primacía frente a éstas de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 256, párrafo I “*Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados, o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera*

preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”

III.V Autoejecutividad de las normas de los Tratados sobre Derechos Humanos

La autoejecutividad significa que las normas de un tratado internacional tienen la posibilidad de aplicarse de forma directa en el derecho interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, en materia constitucional se denominan normas operativas de la Constitución, o aquéllas normas que deben considerarse de forma directa por el juez para resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción.

Las normas se denominan autoejecutables, cuando establecen y regulan un derecho a favor de una persona que posee un interés legítimo en la aplicación del referido precepto, por parte de la decisión jurisdiccional del juez de la causa, quién podrá elegir, en su determinación jurisdiccional o en su caso con motivo de resoluciones administrativas.

Un ejemplo de ello, podemos nombrar el caso Foster y Neilson, en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional, sostuvo la presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un Tratado Internacional, cuando la pretensión de las partes fue garantizar un derecho exigible a las personas que requieran a los organismos del Estado, la aplicación de esa determinada norma a su favor.

De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su preámbulo explicita como fines del referido Tratado “*establecer un régimen de protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos*” concordante con el Artículo 1 de la Convención que establece “*1. Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste 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; 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*”

En este contexto, los preceptos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos son autoejecutables directamente, exceptuando que se regule una estipulación expresa en la referida norma convencional, condicionando el cumplimiento de la norma, a un desarrollo legislativo posterior.

La autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos, fue ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Opinión consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986, sobre el Derecho de Rectificación o Respuesta, con relación a los Artículos 1.1 y 1.2 de la Convención, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en ella la Corte rechazó el argumento de no ejecutabilidad del Artículo 14.1, en mérito a que “*el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los estados para hacerlo*”, concluyendo que el derecho de rectificación o respuesta se constituye en internacionalmente exigible.

Jiménez de Arechaga, expresa, con el criterio confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*solamente carecen de autoejecutividad los artículos 13 (4) sobre propaganda a favor de la guerra y apología del odio; 17 (4) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derechos del niño a medida de protección; 21 (3) sobre prohibición de la usura y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales*”.⁵⁵

Respetar los Tratados por parte del Estado boliviano, es una obligación de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionalmente a todos los órganos estatales. Promover los derechos implica que el Estado, por medio de sus órganos debe adoptar todas las medidas legales, jurisdiccionales, y administrativas que aseguren la garantización de los derechos esenciales de las personas, resguardando su vulneración de públicos o privados, que eventualmente restrinjan su goce.

Dicha obligación, no sólo se deriva de la vigencia de las normas constitucionales bolivianas, sino del mismo contenido de los Tratados Internacionales; por ejemplo el Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, establece el deber de los Estados partes de respetar y cumplimentar el derecho internacional humanitario; a su vez, fue judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de la Haya

⁵⁵ Jiménez de Arechaga, Eduardo, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Revista IIDH*, Costa Rica, enero-junio, de 1988, pág. 35.

en el caso de Nicaragua - Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de Estados Unidos, de respetar dichos Convenios bajo toda circunstancia, los cuales no son sólo derivativos de los Convenios Internacionales, sino incluso de los Principios Generales del Derecho Humanitario, a los cuales los Convenios los concretizan.

En otro caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Velázquez – Rodríguez, en sentencia de 29 de julio de 1988⁵⁶ y el Caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989⁵⁷, estableció que el Artículo 1, párrafo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece para los Estados Partes la obligación de “respetar y garantizar” el pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, significa que los Estados Partes se encuentran obligados a “*organizar todo el aparato gubernamental (...) asegurando jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, procurando además el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los años producidos por la violación de los derechos humanos*”⁵⁸. Asimismo, la Corte agregó, que también podría darse la violación de los derechos humanos, por parte de un particular, caso en el cual también el Estado tendría responsabilidad internacional, por falta de prevención contra la violación, de acuerdo a lo establecido en la Convención.⁵⁹ Así, lo establece el constitucionalista Germán Bidart Campos “*en que el principio es el de presunción de operatividad de la cláusulas del Pacto, y sólo cuando de la redacción de la norma surge en forma clara que es programática, ella lo será*”⁶⁰ en caso que la cláusula sea programática, el legislador se ve obligado a desarrollar lo que determina, si no lo hace, al margen de incumplir una obligación internacional proveniente de un Tratado Internacional, incurriría en una especie de Inconstitucionalidad por Omisión.

El Artículo 2 de la Convención Americana de Derecho Humanos, establece la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas legislativas

⁵⁶ Sentencia Caso Velázquez Rodríguez, Serie C, Número 4.

⁵⁷ Sentencia Caso Godínez Cruz, Serie C, Número 5.

⁵⁸ ídem

⁵⁹ ídem

⁶⁰ Bidart Campos, Germán, *La Interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 185.

o de otro carácter, que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, lo que compete a los Tribunales de Justicia a través de sus sentencias, hacer efectivas dichas medidas. Lo que permite la aplicación garantizadora y eficaz de todo el sistema de derechos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, con el reconocimiento bipartito de fuentes de derechos, a saber: 1) los derechos reconocidos vía normativa interna y 2) los derechos reconocidos e incorporados al ordenamiento jurídico nacional, provenientes de la vía normativa internacional (principio de jus cogens, derecho consuetudinario y derecho convencional internacional) otorgando plenitud al sistema de protección de derechos humanos en el sistema jurídico – constitucional y permitiendo una armonización de las fuentes del derecho.⁶¹

III. Protección del Orden Supranacional de los Derechos Humanos

En efecto, a pesar de que desde 1992 se planteó la necesidad de una Carta de Derechos Humanos del Mercosur con la Declaración de Las Leñas, la misma no ha llegado a concretarse. Existen numerosos instrumentos de cooperación intergubernamental para la promoción de derechos humanos, así como instrumentos que protegen derechos específicos. En especial, la firmó la Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) N° 40/04 creó la Reunión de Alta Autoridades en el área de Derechos Humanos (RAADDHH), un órgano subsidiario del CMC, que actúa en coordinación con el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), que ha servido como foro para interesantes desarrollos relacionados con derechos humanos en el marco del Mercosur.

En el seno de la RAADDHH se han desarrollado, por ejemplo, los denominados grupos técnicos, así como la “cláusula de derechos humanos”, consagrada en el Protocolo sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, que busca crear mecanismos intergubernamentales de reacción ante violaciones graves de derechos humanos en alguno de los Estados miembro (con una estructura similar a la “cláusula democrática”, contenida en los Protocolos de Ushuaia –1998- y Montevideo -o Ushuaia II, 2011). Con todo, todos estos instrumentos son esencialmente intergubernamentales, y no establecen un verdadero régimen

⁶¹ Piza, Rodolfo y Trejos Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Costa Rica, 1989, pág. 110, 117 y 125.

comunitario de derechos humanos al interior del Mercosur, con efecto directo y supremacía sobre el orden jurídico nacional, tendiente a vincular tanto a la organización internacional como a los Estados miembros.

Igualmente sucede con la Comunidad Andina. De una parte, la jurisprudencia andina no ha contribuido a la protección de los derechos humanos a nivel comunitario. Existe hasta el momento un único caso en el que el Tribunal Andino ha sido llamado a proteger los derechos humanos de abusos de la Comunidad como organización; en este caso, una empleada del Parlamento Andino demandó a tal órgano por una disputa laboral, e invocó la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como algunas Convenciones de la OIT. El Tribunal Andino hizo caso omiso a sus argumentos, y dejó pasar la oportunidad de ampliar la protección de los derechos humanos por vía comunitaria: se declaró incompetente con base en el Estatuto General del Parlamento Andino, cuyo Artículo 154 dispone que los conflictos laborales se decidirán en el derecho del Estado Sede (en este, caso Colombia). Así, el conflicto debía ser resuelto por la jurisdicción interna colombiana.

En Mercosur, en la Comunidad sí existe una Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aprobada en el año 2002; sin embargo, la misma es en realidad un acuerdo de los Estados miembro, emitido a través del Consejo Presidencial Andino, que no constituye fuente de derecho comunitario en virtud del Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Adicionalmente, la misma Carta reconoce su carácter no-vinculante en su Artículo 96, según el cual su *“carácter vinculante [...] será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno.”*

La Carta Andina constituye un instrumento de *soft law* de promoción de los derechos humanos, que no está diseñado para vincular a la Comunidad en la protección de los derechos humanos, ni a crear un régimen supranacional. De hecho, la Carta contenía originalmente lenguaje tendiente a crear mecanismos especiales de protección de carácter comunitario y debía ser concertada no sólo con los Estados miembro, sino también con la Comunidad como organización. No obstante, tal aproximación fue posteriormente excluida en la última ronda de negociaciones. Tal decisión obedeció, de una parte, al escepticismo de la sociedad civil (representada por

varias ONGs de derechos humanos) para quienes la creación de un sistema supra-nacional de derechos humanos era contraproducente, pues terminaría minando el trabajo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por su parte, los Estados miembro tenían también sus reservas respecto a la creación de una nueva institución de derechos humanos, mientras que el Tribunal Andino mostró escepticismo respecto a su propia capacidad de ejercer las funciones que le resultarían otorgadas. Frente a tales dudas, no es sorprendente que la propuesta de un verdadero régimen supra-nacional de protección de derechos humanos en la Carta Andina haya fracasado.

Narrativas de progreso de este tipo son altamente ideológicas pues, a pesar de su aparente objetividad, en realidad perpetúan el *status quo* al hacer que aquellos aún en la “infancia” dirijan sus energías a “crecer” en el camino apropiado, y no en desarrollar un modelo propio.⁶² La discusión de la doctrina de fuentes de derecho internacional es especialmente susceptible a ser capturada por ficciones de “progreso”⁶³: en la retórica de “decaimiento del Estado-Nación”, que es repetida sin cesar, las fuentes jurídicas internacionales y supra-nacionales son vistas en ocasiones como más avanzadas y progresistas, por el sólo hecho de tener su origen más allá de las fronteras del Estado-Nación. Sin embargo, como décadas de estudios críticos internacionales nos han mostrado, no hay en realidad nada inherentemente progresista (o “avanzado”) en el nivel supra-nacional o internacional, en sí mismos considerados: el orden internacional puede hacer tanto bien como daño; y puede contribuir a la justicia, como también puede convertirse en una herramienta de legitimación del abuso de los más débiles⁶⁴.

En este contexto, no es está predeterminado que el nivel de protección supra-nacional de los derechos humanos surja en América Latina —y no hay nada inherente lamentable en ese hecho.

⁶² El concepto de ideología como el uso de significado para la perpetuación del *status quo* es tomado de Susan Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology* (Oxford, Oxford University Press, 2000), pp. 5-25.

⁶³ Por ejemplo, en el debate alrededor del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en los años 30, permitió la reconstrucción del derecho internacional mediante un interesante juego entre positivismo y naturalismo en el cual la idea de “progreso” fue central. Véase Thomas Skouteris, *The Notion of Progress in International Law Discourse* (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010), pp. 93-155.

⁶⁴ Chimni, “Towards a Radical Third World Approach to Contemporary International Law”, *icpl* 5, n.º 2 (2002), 14-26.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La construcción de la protección multinivel de los derechos humanos, con relación a nuestro Estado Plurinacional de Bolivia, se encuentra en pleno proceso, a través del reconocimiento de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y el propio bloque de constitucionalidad, reconocido por nuestra Carta Fundamental.

En cuanto a nuestro nivel nacional, la protección de los derechos fundamentales, constituye un avance por la misma ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, y el consecuente reconocimiento de las garantías constitucionales.

La tarea ardua, que corresponde a nuestro Estado, está todavía por construirse a nivel supranacional, por ejemplo la Comunidad Andina, o Mercosur, en los cuales todavía observamos una inexistencia de Carta o Proclama sobre Derechos Humanos; es un propósito que sin duda, involucra no sólo a los demás Estados, sino también a nuestro Estado como miembro y protagonista del efectivo reconocimiento de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- Bidart Campos, Germán, *La Interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994.
- Chimni, “*Towards a Radical Third World Approach to Contemporary International Law*”, *icpl* 5, n.º 2 (2002).
- Favoreu, Louis, *El Bloque de Constitucionalidad*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, Número 5.
- Jiménez de Arechaga, Eduardo, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno*, Revista IIDH, Costa Rica, enero-junio, de 1988.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, 3 era. Ed., México, 1969.

- Kunz, *Teoría del Derecho Internacional*, La Habana, Cuba, Academia de Derecho Comparado e Internacional, 1954, Vol. II.
- Marks, Susan, “*The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology* Oxford”, Oxford University Press, 2000.
- Peces-Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, 2009.
- Piza, Rodolfo y Trejos Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Costa Rica, 1989.
- Skouteris, Thomas, “*The Notion of Progress in International Law Discourse*”, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010.
- Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta, 1967.

A justiça transicional como instrumento de paz Ampliação aos novos contextos

YULIANA HERRERA MIRADA DE SOUTO⁶⁵(COLÔMBIA)

RICARDO APARECIDO DE SOUTO⁶⁶ (BRASIL)

⁶⁵ Advogada pela Universidade Cooperativa da Colômbia, Mestranda em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Membro estrangeira da Associação Argentina de Justiça Constitucional, Membro do Grupo de pesquisa: A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana, coordenado pelo Professor Renato Bernardi – UENP. E-mail: yherrera-mir89@hotmail.com

⁶⁶ Advogado, Graduado em Direito pelo Instituto Catuaí de Ensino Superior. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Concluiu com êxito o Crédito de Retórica e Direito Internacional no Mestrado de Direito Internacional da Universidade de São Paulo (USP)- Largo de São Francisco; Especializando em Filosofia Jurídica e Política pelo Universidade Estadual de Londrina. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Coordenador da Comissão da Pessoa com Deficiência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Londrina; Membro efetivo do Núcleo Jovem (OAB) Londrina. Atuante sindical em defesa dos direitos dos servidores públicos do Estado do Paraná; Atuou na defesa de práticas da Justiça Restaurativa.

ricardo.soutoadvocacia@gmail.com; rua Domingos Carmelino, 110. Residencial Elizabeth. Londrina/Paraná. Brasil. CEP: 86077342. Fone: 0055-43-99951-7148.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende determinar a importância da justiça transicional como meio para alcançar a paz, e restabelecer as relações sociais, tendo em conta que a finalidade do direito e da justiça é a convivência pacífica dos indivíduos de uma determinada sociedade; o papel fundamental que cumpre a justiça e a finalidade da pena deve ser diferenciada, quando se trata de processos de transição numa situação de conflito a uma de superação do conflito, como no caso da Colômbia, com a justiça transicional que busca transformar de forma geral o contexto político, social e cultural atual da Colômbia, que depois de, mais de 50 anos de conflito armado interno, o governo e um grupo revolucionário ilegal denominado "Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia-FARC" assinam acordos de paz, estabelecendo portanto no sistema jurídico colombiano um marco legal para superar a guerra interna e alcançar a paz. O marco legal para a paz na Colômbia, busca a reconciliação e fortalecimento do Estado e sociedade, a reparação das vítimas da guerra, a reintegração dos grupos armados, que deixando suas armas buscam participar ativamente da vida social e política do país; o que indica que as penas aplicadas com a justiça transicional para superar o conflito armado interno, tem a finalidade de cumprir uma função social, que permita restabelecer as relações de justiça, a convivência pacífica, e a não violação de direitos humanos. A Corte Constitucional Colombiana mediante sentença de constitucionalidade C-579 de 2013, de forma muito detalhada esboça concernente a justiça transicional como instrumento para alcançar a paz, indicando os elementos desta, a responsabilidades do Estado, a ponderação entre justiça e paz, a ineficácia da justiça penal ordinária no processo de transição da guerra à paz, a função da pena da justiça transicional, é apontar a não impunidade, renúncia perseguição penal ou substituição de pena, quando trate-se de delitos de lesa humanidade, genocídio, e crimes de guerra sistemática. Como afirma a Corte Constitucional colombiana, a justiça de transição atinge aquelas situações que pretende ser modificadas, como passar de um estado de

guerra ou conflito à paz, ou de um regime ditatorial ao democrático, e em consonância com a finalidade que a justiça trouxe nesses casos, a qual é justiça, paz e convivência social; ainda que não sendo o caso de Brasil semelhante ao colombiano, surge o seguinte questionamento:

Será que pode ser aplicado um modelo de justiça de transição em outros tipos de situações que busquem estabilizar de forma urgente as relações sociais e superar crises de direitos humanos, enquanto se passa de uma situação à outra, como a do sistema penal judicial quase obsoleto, a um sistema judicial reformado?

É de se observar que o caso da Colômbia encaixa perfeitamente com a aplicação e implementação da justiça de transição, mais no anterior questionamento pretende contemplar se existem possibilidades de aplicação da justiça de transição no sistema Judicial brasileiro, que na atualidade atravessa uma crise de superlotação dos presídios, o que indica uma problemática social causada pelo atual sistema penal em sua tentativa de manter o controle social e apresentar soluções ao problema da criminalidade.

A crise do sistema penitenciário no Brasil exige uma reforma judicial no sistema penal; reforma que deve ser debatida, discutida social, política e judicialmente, pois, na atualidade há uma grande crise de violação de direitos humanos dos reclusos no Brasil, que exige, uma nova visão de justiça, das leis penais, uma reestruturação das instituições encarregada do sistema penal.

Nesse sentido o presente trabalho além de ressaltar a aplicação da justiça de transição na Colômbia, as finalidades que atinge a justiça de transição, se busca apresentar questionamentos que ajudem à interpelar por a aplicação de um novo modelo de justiça penal no Brasil, uma justiça de transição que apresente soluções imediatas á graves problemáticas de vulneração de direitos humanos, como as que gera as catastróficas situações em que desde a epidemias até vidas são vilipendiadas nos atuais centros penitenciários do Brasil, por isso a finalidade da justiça de transição é salvaguardar o mínimo existencial, com dignidade e humanidade ao encarcerado.

O DIREITO E A SUA FINALIDADE

O direito definido de forma geral como o conjunto de normas que visa regular de forma coercitiva a conduta humana na sociedade, além do mero ato de regulação do agir humano o direito tem como finalidade o alcance e manutenção da convivência e paz social, sob o intuito de dar proteção a cada individuo e garantir sua dignidade integralmente.

Como ciência o direito sistematiza as normas, esta dividido em objetivo (*jus norma agendi*) e subjetivo (*jus facultas agendi*); o direito objetivo é definido por Miguel Reale como “vinculação bilateral imperativo-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência”, o direito subjetivo como “a autorização da norma jurídica para o exercício de uma pretensão”. (GUIMARÃES. 2011, p. 259).

A antecedida definição de direito, em ambos os casos a finalidade essencial centra-se na convivência social, o *jus facultas agendi* determina um padrão de condutas que permitam ao individuo interagir em uma determinada sociedade, ou interagir entre sociedades, e ou, *jus norma agendi* pretende restabelecer e manter normas de convivência, pois quando a norma jurídica faculta aos individuos para o exercício de ações legais ou instrumentalidades processuais para pretender ou reclamar um direito do Estado ou de terceiros, o alvo deste é, que o individuo não atue por seus próprios meios na solução de seus conflitos a reclamação de seus interesses; pois o direito substitui neste sentido a vingança pela denomina justiça.

Mas que é justiça? Qual é sua finalidade? Poderia considerar-se a justiça como a finalidade do direito? Cumpre a justiça uma função social? Os Estados Democráticos de Direitos são característicos pela faculdade que tem de assegurar a justiça como um valor supremo de uma sociedade fraterna, que se fundamenta na harmonia, que consagra como um de seus princípios a solução pacífica dos conflitos, sendo obrigação do Estado administrar a Justiça.

A justiça, portanto conforme ao direito e aos preceitos legais é o equilíbrio perfeito que estabelece a moral e a razão entre o direito e o dever. (GUIMARÃES. 20p 381). Sendo assim, o filósofo John Rawls, em sua obra “*Uma Teoria da Justiça*” defende que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é dos sistemas de pensamento, e que tem como objeto primário a estrutura básica da sociedade, é dizer, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.(RAWLS. 1997 p. 3, 7,8).

Sendo a finalidade geral da justiça, resolver as disputas que surgem na sociedade, e concretizar o direito; a essência dessa finalidade não é outra que a de manter a ordem social, assegurar a convivência pacífica dos cidadãos, onde impere uma ordem justa, equitativa, imparcial, garantindo direitos e deveres; não obstante, a busca da justiça é a verdadeira finalidade do direito, ou seja, o direito é o instrumento na concretização da justiça.

Hans Kelsen em seus escritos pregava que o direito é, em essência, uma ordem para promover a paz, que tinha como objeto possibilitar a convivência entre um grupo de indivíduos de tal forma que os conflitos que surjam entre eles possam ser solucionados de maneira pacífica, é dizer, sem recorrer à força e de conformidade com uma ordem de validez geral. Essa ordem é o direito. (KELSEN. 1986 p 23). (tradução nossa).

Sendo assim o direito como um instrumento de paz, é a justiça a que permite que a paz possa ser materializada; em ambos os casos direito e justiça deve existir uma mutabilidade, com a finalidade de adaptar-se aos novos contextos sociais, culturais, econômicos e políticos; especialmente naqueles contextos onde se busca alcançar consideráveis mudanças que permitam restabelecer a harmonia social, direitos vulnerados pelo Estado ou por conflitos atentatórios aos direitos humanos; é nessa busca de câmbios que se abre um período de transição, é dizer, de passar de uma situação que atentava contra a paz e harmonia social, a uma situação que busca restabelecer e efetivar a paz e harmonia social; é ali onde a justiça tem o dever de fazer uma mutação, abrindo novas formas

de implementar o direito, pautando novos mecanismos, estratégias que atingem essa finalidade de restabelecimento da paz e ordem justa, ou seja, uma justiça humanitária.

OS FINS DA SOCIEDADE SÃO AS RELAÇÕES DE JUSTIÇA

O direito concebe dentro de sua finalidade a justiça, no mesmo sentido os homens também tem uma finalidade, sejam para fazer ou cumprir, portanto são essas finalidades que permitem que as relações sociais sejam sujeitas a padrões de conduta morais e normativos, pois dessa forma se possibilita a coexistência entre indivíduos, sendo necessária a existência de um sistema coercitivo que ajude a satisfazer as necessidades individuais dos sujeitos e ao mesmo tempo as necessidades de uma coletividade nas relações de convivência.

Como explica o jurista colombiano Abel Naranjo Villegas, a realização dos fins por parte da sociedade e por parte da pessoa como sujeito individual é a que vem a estabelecer as relações de justiça, pois, para realizar esses fins se deve dispor de determinados meios, sendo assim, a sociedade tem a necessidade de ter meios concretos e determinados, que muitas das vezes estão nos membros que a integram, por sua parte o indivíduo como pessoa tem a necessidade de meios para o cumprimento de seus fins, e esses meios estão em outras pessoas da mesma sociedade. (NARANJO, 1992. p 197). (tradução nossa).

Essas relações de justiça que tem como objetivo o cumprimento de fins a qual precisa de meios determinados, sejam estes, de tipo judicial, administrativos, políticos, independentemente destes, os meios devem estar em conformidade com as realidades sociais, pois a lógica é, que quando se tem fins os meios devem ser os mais adequados, idôneos e adaptáveis que conduzam ao resultado atingindo a finalidade, que é a concretização desses fins.

Neste cerne a sociedade precisa cumprir certos fins, seu direito legítimo é ter os meios para desenvolvê-los, e os meios são, por exemplo, os atos que fazem ou omitem os membros da sociedade,

razão pela qual nasce a necessidade do Estado de revestir-se com normas de caráter de mandato e de proibição. (NARANJO, 1992. p. 189). (tradução nossa).

Os meios que o Estado expõe na sociedade para alcançar seus fins são através de normas coercitiva, e sem dúvida o mecanismo e instrumento que cada individuo deve exercer como um direito e cumprir como dever, dentro dos Estados Democráticos de Direito, pois ajuda na pacificação de conflitos, e a convivência harmônica; como expressava o grande filósofo Montesquieu: “*As leis são as relações que se encontram entre essa razão e os diversos seres, e as relações desses diversos seres entre si*”. (MONTESQUIEU, 1689-1755, p. 21).

Uma sociedade sem meios se constituiria em um Estado despótico, sem lei e sem regras, em que todos pensam por si mesmo, em si mesmo como um todo, e os outros como uma nada, onde não se reconheceria aos outros indivíduos os mesmos direitos e deveres, e os mais fortes e poderosos agirem contra os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e fundamentais dos mais vulneráveis; a convivência volta-se impossível e as disputas incessantes chegam ao ponto de cair no caos e a vida não ter mais valor; a finalidade social de coexistência traduz em um simples tratar de existir, de sobreviver; como no caso da sociedade Síria, por exemplo, onde as finalidades do Estado estão tão afastadas das finalidades da sociedade, que as relações de justiça dessa sociedade não encontram espaço de desenvolvimento.

É possível sair do despotismo para conformar os Estados Democráticos de Direitos que atingem a paz e convivência pacífica; a justiça, portanto vem fazendo um papel importante na forma de como deve ser abordada essa transição, de uma situação caótica a outra que busca garantir direitos humanos e fundamentais, mantendo as relações de justiça.

A JUSTIÇA TRANSICIONAL

A justiça transicional é uns dos temas atuais mais documentados, escrito e comentados por diversos juristas colombianos, em razão

ao processo de paz firmado entre o Governo da Colômbia e o grupo armado denominado “Forças Armadas Revolucionarias da Colômbia- FARC”, atravessando, assim, esse país um processo de transição de um estado de guerra interna, onde o Estado como as FARC, atentaram e vulneraram direitos humanos de muitos colombianos, a um estado de paz e reconciliação. Sendo a população civil as maiores vítimas desse conflito, o almejado é indubitavelmente chegar a esse estado de paz sem deixar de reconhecer a justiça que as vítimas reclamam e com legitimidade verossímil, portanto o que se pretende é adaptar a justiça a esse período de transição de uma situação social e política, a outra que atinge a proteção dos direitos humanos, sem precarizar o sentido de justiça. Mas que é a justiça transicional? Qual é sua finalidade? É a justiça transicional uma classe de justiça?

A justiça transicional é definida como aquela que responde a uma concepção da justiça vinculada aos momentos de transição política de uma situação de ditadura para a democracia, ou de uma situação de conflito armado ou de guerra civil para a paz, que busca tratar com um passado de graves violações de direitos humanos e/ou do direito internacional humanitário, enfrentando os crimes cometidos sob regimes repressores ou durante o conflito armado ou guerra civil. (RINCON. 2010 p. 26). (tradução nossa).

Nesse sentido a justiça transicional é aquela adaptada a momentos de mudanças que busca restabelecer direitos humanos, sem deixar de fazer justiça para as vítimas e seus familiares e sancionar aos infratores com normas e penas especiais, distintas as já contempladas na justiça penal comum, pois a justiça transicional centra sua finalidade em estabelecer um conjunto de medidas judiciais e políticas que atinjam a reparação das violações de direitos humanos das vítimas, que a uma penalidade “midiática” ao infrator, é dizer, a finalidade da justiça transicional está mais enfocada nas vítimas, na proteção e restabelecimento de seus direitos, que em castigar de forma severa ao infrator dos direitos, é por isso que no marco dos processos de paz tentados na Colômbia, a justiça transicional tem implementado sob quatro diretrizes objetivas: como primeira, a paz, segunda, a justiça, e por terceiro a reparação

integral das vítimas, _ assim seja simbólica⁶⁷, e o quarto a garantia da não repetição, pois neste caso se busca que a pena cumpra verdadeiramente com sua finalidade como é reparar o dano causado, restabelecer a ordem pública, exemplificativa, retribuir as vítimas seus direitos e ressocializadora (preparar e reintegrar o autor do delito em sociedade como cidadão do bem); finalidades que com a justiça penal comum não seria possível em um estado de transição.

A justiça em períodos de transição contempla mecanismos que buscam os elementos da verdade, justiça penal, de reparação e de câmbios institucionais; o que tende a significar que a justiça transicional não só tem que ver com a garantia da justiça retributiva penal com respeito dos crimes acontecidos no passado, senão, que pretende dar conta de uma noção mais ampla de justiça, onde o conhecimento do que passou, a reparação dos danos causados as vítima pelos crimes ou violações cometidas e o desenho de instituições que garantem que os horrores do passado não voltará a repetir-se, neste sentido a justiça transicional atingem tanto ao passado como para o futuro. (RINCON. 2010, p 26).(tradução nossa).

Pode-se determinar que a justiça transicional cumpre plenamente com as finalidades da pena, além disso, cria mecanismos, procedimentos e instituições especiais que garantem que a paz e harmonia social como finalidade que a justiça sejam efetivas e duradoras, sem repetições de mesmos erros, o qual resulta mais garantidora da ordem jurídica justa, que a mesma justiça penal ordinária.

⁶⁷ As reparações simbólicas são medidas específicas de caráter não pecuniário, tampouco indenizatório que busca subverter as lógicas do esquecido e individualidade que geralmente ficam as sociedades onde se apresentarão violações a direitos humanos, ampliando até a comunidade ou dor das vítimas, através de um olhar crítico do passado que transcende ao futuro. (tradução nossa) (YEPES. Álvaro Alfonso Patiño. Las Reparaciones Simbolicas en Escenarios de Justicia Transicional. Revista Latino Americana de derechos Humanos. Vol. 21, 2010. p 54. disponível em:

<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27292.pdf>>acesso 28 de novembro de 2016).

JUSTIÇA TRANSICIONAL COMO RESPOSTA A TENSÃO ENTRE JUSTIÇA E PAZ.

A justiça transicional é um meio de alcançar a finalidade da sociedade e do Estado que não é outra que a convivência pacífica, onde seja possível ter uma paz estável e permanente em países como Colômbia que tem vivido por décadas submergidas num conflito armado interno entre o governo e grupos revolucionários armados, conflito que a seu longo passo tem deixado milhões de vítimas, e violações de direitos humanos.

A sentença de constitucionalidade C-579 de 2013, emitida pela Corte Constitucional da Colômbia, é muito enriquecida no estudo da justiça transicional, de seus elementos jurídicos e do marco jurídico para a paz.

Comumente a justiça é ligada com o castigo, a complexidade dos processos de justiça transicional e sua necessidade de responder a violações massivas faz que os mesmos não possam centrar-se exclusivamente em medidas penais; portanto a justiça penal é tão só um mecanismo da justiça transicional que deve aplicar-se conjuntamente com medidas de verdade, reparação e não repetição, para satisfazer os direitos das vítimas. (PALACIO, 2013). (tradução nossa)

Colômbia ao pretender passar de um Estado em guerra a um Estado garantista do direito à paz precisa de ferramentas especiais, de uma ponte que lhe permita dar esse passo; mais nesse passo transitório o Estado Colombiano, os grupos revolucionários colombianos e a sociedade buscam a forma de reestruturar as relações e a convivência pacífica, existindo vontade por ambas as partes, especialmente pelos grupos armados de fazer acordos, nesse caso a justiça penal ordinária não poderia ser aplicada, pois ela pune os sujeitos por pertencer a grupos armados revolucionários, estabelecem penas e procedimentos penais longos, que se enfocam mais em punir que em reparar as vítimas, e por ser um passo transitório a um definitivo a agilidade e praticidade dos procedimentos e mecanismos judiciais, e institucionais que tem a justiça transicional.

Fazem o possível alcançar a finalidade de paz e reconciliação em menor tempo, mas não existe uma reconciliação justa e estável sem que seja concedida uma resposta efetiva aos desejos de justiça; o perdão, ato privado, supõe que no fator de reconciliação que a vítima deve conhecer ao autor das violações cometidas contra ela e opressor esteja em condições de manifestar seu arrependimento, é dizer, para que o perdão seja concebido deve ser solicitado, pois o grande reto da justiça transicional é assegurar ao mesmo tempo a justiça e a paz, estabelecer um equilíbrio entre ambas, o que leva a inúmeras reflexões sobre como enfrentar a tensão entre justiça e a paz, e como resolver a contraposição entre direito à justiça e a necessidade de prescindir da persecução penal, ou de garantir reduções consideráveis de pena; sendo uma dessas reflexões é o que como condição indispensável para a convivência social e a subsistência de um Estado de direito é que cada circunstância de cada caso concreto e as relações de poder que existem em uma sociedade, em um momento histórico, poderão determinar se deve renunciar a justiça, a quanto de justiça e sob que condições para conservar a paz. (PALACIO, 2013). (tradução nossa).

A justiça transicional busca resolver essa tensão entre justiça e paz, através de mecanismos, elementos princípios, e pautas, que permitam ponderar quando deve ser aplicada a justiça, a forma como deve ser aplicada, os critérios que permitam que a justiça aplicada cumpra realmente uma função social e satisfaça a reparação das vítimas, porém, ao mesmo tempo cumpra também sua finalidade frente aos sujeitos sancionados como corrigir seus erros, pedir perdão, adaptá-lo e reintegrá-lo á sociedade; por isso a justiça transicional vai além do ato de sancionar e reparar vítimas, pois ela também se preocupa com o fato de conceder ajuda através de programas e instituições para aquele sujeito que foi opressor, para que retribuía a sociedade com ações favoráveis e construtoras de paz, e possa coexistir e agir dentro da sociedade sem necessidade de ser afastado dela, como comumente seria feito com a justiça penal.

Por exemplo, o código penal da Colômbia LEY 599 de 2000, estabelece em seu artigo 343, a punição ao terrorismo, indicando

que quem provoque ou mantenha em estado de angústia ou terror a população ou a um setor dela, mediante atos que ponham em perigo a vida, a integridade física, ou a liberdade das pessoas, ou edificações, meios de comunicação, transporte, procedimento ou condução de fluidos ou forças condutoras, valendo-se de meios capazes de causar estragos, sem prejuízo da pena que lhe corresponda pelos demais delitos que se ocasionem com essa conduta, sendo a pena principal de 2 a 5 anos, e em circunstâncias de agravação punitiva será de 12 a 20 anos.

O anterior artigo surgiu para punir aos grupos armados revolucionários que operavam na Colômbia, e que passaram de ser penalmente denominados de rebelião, a ser denominados de terrorista, depois do atentado de 11 de setembro de 2001, na cidade de New York; desde então os pertencentes as FARC passaram a ser punidos pelo delito de terrorismo; mais na atualidade esse grupo terrorista decidiu firmar acordos de paz com o governo colombiano, o que significa que estas pessoas que estão saindo de cometer atos punidos explicitamente pelo código penal, para aderir-se a vida social e política do país com o ânimo de estabelecer a paz e harmonia social, não poderão ser julgados penalmente por delito anteriormente descrito, é dizer, a prática de terrorismo; mais o conflito e terrorismo causado no passado que deixou vítimas e inumeráveis violações de direitos humanos, não podem ser esquecidos e que merecem portanto uma justiça, uma verdade e uma reparação; neste sentido a justiça penal não cumpre com esses objetivos, sendo necessário adaptar a justiça, mecanismos e instituições para alcançar esses objetivos num processo de mudanças políticas e sociais; não sendo a justiça comum a adequada para alcançar a materialização dos acordos de paz, surge a justiça transicional como esse conjunto de medidas judiciais e políticas que vão permitir que seja reparados integralmente as massivas violações de direitos humanos, e seja garantido a não repetição desses atos, e que as pessoas que exerciam o terrorismo possam reintegrar-se com a sociedade como um verdadeiro ato de paz, que inclui o perdão das vítimas, meio praticado pelas práticas de justiça restaurativa no Brasil.

A FUNÇÃO DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Estado social e democrático de direito como o Colombiano, seus fins centra-se no fortalecimento da unidade nacional, a convivência e a paz, sendo assim seria o Estado o responsável de assegurar a convivência pacífica e a vigência de uma ordem justa; mais a constituição da Colômbia de 1991 consagra a paz como um direito fundamental e como um dever de obrigatório cumprimento⁶⁸, o qual indica que todos os membros da sociedade e Estado devem cumprir com a obrigação de manter a paz, e o governo de garantir as ações, mecanismos, formas e procedimentos para sua concretização, o que compreende-se que num processo de paz como o que se adianta na Colômbia, o dever de alcançar a paz corresponde ao Estado, a sociedade, as vítimas de conflito armado e aos membros de grupos armados, sejam força pública legitimada pelo Estado ou grupos subversivos ilegais, e essa paz é possível alcançar com mecanismos e procedimentos adequados.

Nesse sentido, como já mencionado, a justiça transicional busca solucionar as fortes tensões que se possam apresentar entre a justiça e a paz, entre imperativos jurídicos de satisfação dos direitos das vítimas e as necessidades de alcançar o cessar de hostilidades, para o qual se busca cumprir com três critérios respaldados constitucionalmente, como é a reconciliação, o reconhecimento do direito das vítimas, o fortalecimento do Estado social de direito e da democracia; o que significa, que longe de substituir o pilar fundamental das garantias dos direitos humanos, a justiça transicional é um desenvolvimento do mesmo em situações de violações massivas aos direitos humanos, na qual a utilização de mecanismos ordinários pode obstaculizar a salvaguarda destas. (PALACIO, 2013). (tradução nossa).

A função essencial da justiça transicional não é outra senão a solução de conflitos entre fazer a paz e aplicar justiça sem impunidade, mas não é a justiça ordinária que poderia em um processo de transição de conflitos sociais e políticos a um de convivência

⁶⁸ Artigo 22 Constitución de Colombia de 1991.

pacífica, alcançada mediante acordos, obter de forma rápida e efetiva o Estado de paz proclamado constitucionalmente; pois as normas devem ser adaptadas às novas situações e circunstâncias social e políticas, com a finalidade de orientar e encaminhar aos sujeitos sociais o mesmo Estado, é por isso que a justiça transicional não é uma classe de justiça especial, mas sim uma forma de abordar a justiça em tempos de transição do conflito à paz.

A FALSA IMPUNIDADE

Muito se escuta falar da impunidade, esta ocasionada pela justiça transicional, um exemplo da tese da impunidade é a advogada pelo ex-presidente e atual senador da Colômbia Álvaro Uribe Vélez opositor dos acordos de paz entre o governo e FARC, pois ele assegura que com o marco legal criado pelo governo colombiano de justiça transicional para alcançar a paz, a impunidade é latente ao não investigar delitos, ao cessar a ação penal e não impor pena privativa da liberdade aos atores das atrocidades delitivas, o que permite que o crime causado pelo terrorismo deixe desprotegida a comunidade, não se repare as vítimas e possibilite o risco de novas vítimas, que a reparação as vítimas não é um castigo, mas sim uma obrigação, entretanto a justiça transicional não deve ser desculpa do cárcere a autores de lesa humanidade e atrocidades, indicando ademais que não se pode sacrificar a justiça para alcançar a paz, senão que se trata é de alcançar a paz com um máximo de justiça. (ESPECTADOR, 2013). Essa tese na atualidade é mantida pelo mencionado senador e dirigente político.

Frente à tese de impunidade proposta pelo senador Colombiano Álvaro Uribe, e de forma contrária a essa, se encontra a tese proposta pela Corte Constitucional Colombiana, em sentença de constitucionalidade C- 579 de 2013, que esclarece os pontos estabelecidos pela tese da impunidade do marco de processo de paz da justiça transicional, e enfatiza a importância da criação do marco legal para a paz de justiça transicional como meio adequado, e a ponderação que deve ser feita entre justiça e paz, da

qual se falava anteriormente, a importância de conceder justiça às vítimas, e sobretudo a não impunidade que trouxe consigo a justiça transicional.

Em virtude do mandato constitucional o Estado não pode deixar de cumprir os compromissos próprios dos Estados democráticos de direito, ainda que se trate de normas especiais para atender situações especiais como a de um processo de paz; nesse sentido a Corte Constitucional da Colômbia expressa que em virtude do mandato constitucional existe a obrigação de prevenir a vulneração de direitos, tutelar de forma efetiva os direitos, garantir a reparação e a verdade, e investigar, julgar e sancionar as graves violações de direitos humanos e ao direito internacional humanitário, atendendo essa obrigação, a justiça transicional dispõe de uma criação de critérios de seleção que permitam centrar os esforços na investigação penal dos máximos responsáveis dos delitos de lesa humanidade, genocídio, ou crimes de guerra cometidos de maneira sistemática, renunciar também de forma condicionada a persecução penal comum, e suspender de forma condicional a execução da pena, aplicar penas alternativas, de sanções extrajudiciais e de modalidades especiais de cumprimento. (PALACIO, 2013). (tradução nossa).

O Estado deve renunciar a persecução penal de forma condicionada ou impor penas alternativas e novas modalidades de cumpri-las, não significa que existe impunidade, pois neste caso por ser um processo de transição, o que se pretende é adaptar a justiça às novas situações sem deixar de aplicá-las; portanto ao analisar a tese de que a justiça transicional é sinônima de impunidade, o que se observa é que existe relativamente um racionamento crítico esboçado com componentes da teoria pura do direito, da qual fala Hans Kelsen.

A teoria do direito propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, pois esta, busca fornecer uma teoria da interpretação, que permite estabelecer o que é e como funciona o direito, mas não buscar ou estabelecer como deve ser o direito, assim, não pretende estudar os fenômenos jurídicos, enquanto a

sua gestão, desenvolvimento, fins, já que tal teoria se enfoca em esclarecer tão só a essência formal do jurídico, suas estruturas possíveis e as conexões necessárias entre estas. O que permite discernir que a teoria jurídica pura não pode ocupar-se dos conteúdos sociais, vicissitudes históricas, tampouco da forma de elaboração de normas condizentes a fins determinados, pois como se descrevia se estuda tão só as formas jurídicas. (KELSEN. 1986, p. 12).

No sentido anterior, que é oposta a justiça transicional, pois a finalidade do direito é a justiça, tanto a justiça deve ser adaptada aos novos contextos, conteúdos sociais, vicissitudes históricas, que permitam alcançar a finalidade da justiça a qual é a paz e harmonia social, o que indica que as penas estabelecidas nas lei penal em períodos de transição não cumprem sua função, e portanto não atingem a reconciliação.

Na justiça transicional, não é certo que o Estado renuncie a suas obrigações, pois este concentra a responsabilidade nos máximos responsáveis, sem deixar de investigar os delitos de lesa humanidade, genocídio, e crimes de guerra de forma sistemática, o que significa, que só serão imputados aos que cumpriram um rol essencial na comissão desses delitos, o que indica que o Estado não se exclui de sua responsabilidade, pois o direito à justiça confere ao Estado uma serie de obrigações como investigar as violações de direitos, perseguir a seus autores, e sem sua culpabilidade é estabelecida a assegurar sua sanção. (PALACIO, 2013). (tradução nossa).

A justiça transicional não concede impunidade aos delitos graves, pois ela é ajustada aos lineamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual faz ênfases no dever do Estado de castigar aqueles casos de graves violações dos direitos humanos e de direito internacional humanitário, como os delitos de lesa humanidade, genocídio, e crimes de guerra, casos na qual o Estado não pode renunciar a persecução penal, e tampouco substituir as penas; sendo que a justiça de transição apresenta soluções que a justiça tradicional não consegue resolver, atingindo a real finalidade da justiça a qual é a paz e convivência social, se faz necessário a contemplação de novos contexto de aplicação da justiça de transição como no caso a ser desenvolvido no próximo capítulo.

A NECESSIDADE DE UMA NOVA CONSTRUÇÃO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA PROTEGER DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O Brasil na atualidade apresenta uma crise presidiária; como refletem as estatísticas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e divulgados pela Agência de Notícias de CNJ:

A nova população carcerária brasileira é de 711.463 presos. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros, nesta quarta-feira (4/6), levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Para realizar o levantamento inédito, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal. De acordo com os dados anteriores do CNJ, que não contabilizavam prisões domiciliares, em maio deste ano a população carcerária era de 563.526.

“Até hoje, a questão carcerária era discutida em referenciais estatísticos que precisavam ser revistos. Temos de considerar o número de pessoas em prisão domiciliar no cálculo da população carcerária”, afirmou o supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socio educativas (DMF/CNJ), conselheiro Guilherme Calmon. (MONTENEGRO, 2014).

O elevado número de pessoas com medida de pressão trouxe como consequência o colapso do sistema penitenciário pela superlotação dos estabelecimentos penitenciários, e com isso a violação de direitos humanos, direitos fundamentais entre eles a dignidade da pessoa humana; ao respeito das estatísticas apresentadas pelo CNJ :

Com as novas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos.

O novo número também muda o déficit atual de vagas no sistema, que é de 206 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. “Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 354

mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão – 373.991 –, a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas”, afirmou o conselheiro Guilherme Calmon. (MON-TENEGRO, 2014).

Políticos, estudiosos do direito, sociólogos e doutrinadores escrevem e debatem sobre as possíveis soluções que devem ser apresentadas frente a essa precária situação, e na maioria todos coincide em que o sistema penal brasileiro precisa uma reforma judicial, que o problema não reside na falta de centros penitenciários, mas sim na cultura do encarceramento, como única medida de coerção social; como o indicou em uns de seus artigos o criminalista Leonardo Isaac Yarochevsky, mencionando que dentro das soluções a essa problemática está a descriminalização de condutas que não afetem bens jurídicos fundamentais, que não extrapolem o âmbito do próprio autor, que se situam tão somente na esfera do perigo, que se situam no âmbito da moral, devem ser condutas que recebam um tratamento mais adequado em outro ramo do direito.⁶⁹

Nesse sentido surgem questionamentos como O que fazer ante a problemática atual no sistema penal brasileiro que precisa de uma reforma Judicial? O que fazer enquanto a dita reforma é estudada, debatida por anos para sua discussão e aprovação? Seria viável enquanto percorrer os estudos para essa reforma, e com a finalidade de garantir a justiça convivência e paz social ao mesmo tempo proteger os direitos dos reclusos, e superar a crise atual, pensar-se na implementação de um modelo próprio de justiça de transição como resposta paulatina a atual situação de crise que a gerado o sistema judicial, ante em marcha uma aperfeiçoada reforma judicial?

⁶⁹ Justificando. Leonardo Isaac Yarochevsky. Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise. Artigo publicado o 17 de janeiro de 2017, disponível em:

< <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise/> > Acesso 20 de fevereiro de 2017

Como se observava anteriormente a finalidade do direito centra-se na convivência social e a paz, nesse sentido as relações sociais tem como finalidade relações de justiça, que permitam uma convivência pacífica, sendo as normas coercitivas os meios que o Estado impõe para chegar a essas finalidades das relações sociais; os atuais meios coercitivos como a perda da liberdade, impostos pelo sistema penal brasileiro não garantem a proteção dos direitos humanos, gerando novas problemáticas.

Tendo em conta a concepção da justiça de transição em sua definição geral, em princípio se poderia indicar a simples vista que não encaixa como solução para resolver a crise atual do sistema penitenciário brasileiro, pois não trata-se de estado de guerra a paz, como da Colômbia, ou de ditadura à democracia; mas se analisarmos de forma mais ampla a aplicação da justiça de transição seria uma grande ferramenta para frear as graves violações de direitos humanos causado pelo colapso do sistema penitenciário como consequência da precariedade do atual código penal brasileiro que não atinge à funcionalidade da pena, seguindo baixo a concepção de que as infrações penais todas devem ser castigadas majoritariamente com a perda de liberdade, mais bem verdade que esta é a intenção e a prática dos tribunais, até mesmo na dúvida, em vez da aplicação do *in dubio pro reo*, se utiliza o *in dubio pro societate* que se quer é princípio.

Se analisarmos a justiça de transição, busca ser a solução nestes momentos ao sistema penal do Brasil que precisa de mudança, pois a finalidade da justiça de transição poderia ser aplicada para proteger e restabelecer direitos dos reclusos, acabar com a crise humanitária e violação de direitos humanos nos centros penitenciários e proteger de futuras violações de direitos humanos aos brasileiros e estrangeiros que chegarão a encontrar-se em mãos do sistema penitenciário; nesse sentido a justiça de transição aspiraria a proteger os direitos humanos dos presidiários, restabelecer seus direitos sem deixar de fazer justiça, castigar aos infratores com penas especiais distintas das já contempladas na justiça penal, estabelecendo como medidas judiciais e políticas, a urgente reforma do atual código penal e processual penal, e portanto o sistema penal e suas instituições em geral.

CONCLUSÃO

O direito não é imutável e, portanto a forma de aplicar e administrar a justiça tampouco; o que implica que o Estado com a finalidade de garantir direitos humanos e fundamentais pode adaptar a novas situações sócias, políticas, econômicas e culturais, os mecanismos, procedimentos, e formas de criar instituições que contribuam no manejo de aplicação de justiça nos novos contextos, sobre tudo quando que atingem a câmbios positivos.

A justiça transicional no contexto político e social colombiano se há convertido em um instrumento indispensável para passar de um Estado de guerra histórica, a um novo estado de convivência pacífica, de reconciliação e paz; a adaptação da justiça nesse processo de reconciliação do Estado e a sociedade, dos grupos terroristas com a sociedade e o Estado, permite que seja possível reparar vítimas, reintegrar a vida social as pessoas que deixam suas armas para participar da vida política e social, cultural e econômica, e ao Estado garantir os direitos fundamentais e os direitos humanos, concretizar o direito a paz sem deixar de cumprir com suas obrigações como a de administrar justiça; pois, a justiça transicional não significa sacrificar a justiça para salvar a paz.

Indicar que a justiça transicional é um instrumento de impunidade, porque não castiga conforme a procedimentos ordinários da lei penal, é uma teoria que não aceita as adaptações judiciais em situações especiais de transição, onde se busca superar uma situação conflitiva que vulnera direitos humanos a um contexto de superação do conflito, que implica que para chegar além, deve-se primeiro reparar as vítimas, reintegrar a vida social e política aos que eram opressores; função que a pena no contexto da lei penal não seria possível cumprir, com a simples perda da liberdade. É considerar que aplicação da justiça transicional em contexto de guerra interna está sujeita a diretrizes estabelecidas pela Corte Internacional de Direitos Humanos, que estabelece que os Estados não possam renunciar a persecução penal, tampouco substituir penas naqueles casos onde existem graves violações de direitos humanos, como os delitos de lesa humanidade, genocídio

e crimes de guerra sistematicamente, portanto não é certo que a justiça transicional seja um patamar de impunidade.

A justiça transicional por ser uma justiça adaptada ao contexto atual, como meio, permite de forma efetiva ao Estado e sociedade, estabelecer de forma satisfatória as relações de justiça, própria dos Estados Democráticos de Direito, pois ajuda a pacificação de conflitos, e a convivência harmônica, o que permite determiná-lo como um verdadeiro e efetivo instrumento jurídico, que baseado em elementos de verdade, justiça, reparação de vítimas, e garantia de não repetição, configurar-se como instrumento que atinge a verdadeira finalidade do direito no qual é a paz e a proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, haveria que estudar-se a fundo se é possível no Brasil implementar um modelo, uma nova justiça de transição que seja adaptável a sua problemática, saindo dos contextos clássicos da justiça de transição e ampliando-se e adaptando-se a os novos contextos sociais, pois os institutos clássicos do sistema penal não dão reais soluções as problemáticas atuais, gerando violações de direitos humanos e colapso do sistema penitenciário e judicial.

A concepção de justiça de transição precisa sair dos contextos clássicos e ser ampliado aos novos contextos que a justiça tradicional não da solução, é dizer, ir além da justiça restaurativa, talvez seja o momento de ampliar e inovar as praticas de justiças alternativas, seja a justiça transicional e justiça restaurativa, e ou até mesmo utilizar métodos efetivos das duas justiças com inovações que sejam efetivas, ou seja, que reafirmam os direitos das vítimas e que recupere e ressocialize os antes delituosos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991*, trigésima cuarta edición 2015, editorial: 2015 Legis Editores S.A.
- ESPECTADOR, Marco legal para la paz, Uribe de nuevo arremetió contra Santos por la “impunidad”. Política 25 Ju 2013 - 11:39 AM. Disponível em:

<http://www.elespectador.com/noticias/politica/uribe-de-nuevo-arremetio-contra-santos-impunidad-articulo-435958>> Acesso 5 de dezembro de 2016.

- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico* / Organização Deocleciano Torrieri Guimarães- 10 ed. – São Paulo: Ridel.
- KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las Relaciones internacionales*. fondo de cultura Económica de Mexico.
- KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito* / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).
- MONTESQUIEU, Charles de Secondar, Baron de, 1689-1755. *Do Espirito das Leis*/ Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- NARANJO, Abel Villegas. *Filosofia del Derecho*. Editorial Temis, S.A., 1992. Santa Fe de Bogotá.
-
- PALACIO, Jorge Ivan Palacio, presidente Corte Constitucional de Colombia Sentencia de Constitucionalidad C-579 de 2013. *Demanda De Inconstitucionalidad Contra La Expresion “Cometidos De Manera Sistemática” Contendida En Acto Legislativo 01 De 2012*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>> acesso 28 de novembro de 2016.
- PULIDO, Carlos Bernal, CASTILLO, Gerardo Barbosa, GOMEZ, Andrés Rolando. *Justicia transicional: el caso de Colombia* Vol.II. U. Externado de Colombia, 25 de jul de 2016
- Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=sH66DAAAQBAJ&pg=PA8&dq=justicia+transicional&hl=pt>
- -BR&sa=X&ved=0ahUKewijuua-1-7QAhXIkpAKHVZDC-MYQ6AEIRjAG#v=onepage&q=justicia%20transicional&f=false >acesso 6 de dezembro de 2016.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça* / John Rawls: tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. - São Paulo: Martins Fontes, 1997. – (Ensino Superior).

- RINCON, Tatiana. *Verdad, Justicia y Reparación: La Justicia de la Justicia Transicional*/ Tatiana Rincón, _Facultad de Jurisprudencia y Escuela de Ciencias Humanas. Bogota. Editorial Universidad del Rosario. 2010.
- VIDAL. Miguel Pinedo. El Presidente del honorable Senado de la República de Colombia. *LEY 599 DE 2000, Por la cual se expide el Código Penal* Disponible em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>>acesso 2 de dezembro de 2016.
- YEPES. Álvaro Alfonso Patiño. *Las Reparaciones Simbólicas en Escenarios de Justicia Transicional*. Revista Latino Americana de Derechos Humanos. Vol. 21, 2010. p 54. Disponible em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27292.pdf>> acceso 28 de noviembre de 2016.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise*. Artigo publicado o 17 de janeiro de 2017 em JUSTIFICANDO. disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise/> > Acesso 20 de fevereiro de 2017.
- MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. Conselho Nacional de Justiça. publicado 05/06/2014. disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso 16 de fevereiro de 2017.

Supremacía Constitucional y control de Convencionalidad en el Uruguay⁷⁰

RUBEN CORREA FREITAS⁷¹ (URUGUAY)

⁷⁰ Ponencia para el Segundo Congreso Argentino de Justicia Constitucional, a celebrarse en Villa de la Angostura, los días 31 de agosto y 1º de setiembre de 2017.

⁷¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magíster en Educación. Profesor Titular, Grado 5, de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UDELAR); Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas (UDE). Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo (UDE); Profesor de Derecho de la Función Pública en la Maestría de Derecho Administrativo Económico (Universidad de Montevideo); Profesor de Derecho Constitucional Comparado en la Maestría de Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración (UDE). Ex Profesor de Derecho Constitucional de la Escuela Nacional de Policía. Ex director de la Oficina Nacional del Servicio Civil (1985-1990 y 1995-2000); ex Senador de la República por el Partido Colorado (2000-2005).

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como las relaciones entre éste y el Derecho Constitucional, ha provocado un severo cuestionamiento al dogma de la soberanía del Estado y la supremacía constitucional, que constituyeron la base fundamental del Derecho Constitucional clásico. Asimismo, la soberanía estatal y la supremacía de la Constitución de cada uno de los Estados, modernamente han ido cediendo terreno ante el fenómeno de la integración regional y la supranacionalidad. Como con acierto afirma RISSO FERRAND: *“Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada del Estado en su rol de constituyente.”*⁷²

Por supuesto que la experiencia es diferente en Europa, donde se desarrolló ampliamente el Derecho Comunitario a partir de la década de los cincuenta con la Comunidad Económica Europea, y luego a partir del Tratado de Maastrich de 1993, con la Unión Europea. En cambio, en América Latina los diferentes procesos de integración regional, entre ellos el Pacto Andino que nació del Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969⁷³; y el Mercosur, creado por el Tratado de Asunción de 1991⁷⁴, no generaron una supranacionalidad, sino un Derecho de la Integración o Derecho mercosuriano.⁷⁵

⁷² RISSO FERRAND, Martín, *“Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”*, en *“Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, N° 16, pág. 319.

⁷³ El Pacto Andino, que ahora se denomina Comunidad Andina de Naciones, se integra actualmente por Bolivia, Ecuador, Colombia, Ecuador y Perú.

⁷⁴ Los países que crearon el Mercado Común del Sur, MERCOSUR, en 1991, fueron Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁷⁵ Sobre el Derecho de la Integración o Derecho mercosuriano véase CORRÊA FREITAS, Ruben, *“Derecho Constitucional Contemporáneo”*,

Sin embargo, en América Latina por obra de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, se ha generado una supranacionalidad en materia de Derechos Humanos, a partir de la creación pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” de 26 de setiembre de 2006, del control de convencionalidad de la legislación interna de los Estados, por parte de los jueces y tribunales de cada uno de los Estados parte de la Convención. Dicho control de convencionalidad no sólo lo debe hacer la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también los jueces y tribunales del Poder Judicial de cada uno de los Estados, debiendo tomar en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación de que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, que se considera la intérprete última de la Convención Americana. Esta jurisprudencia fue ratificada en el caso “*La Cantuta vs. Perú*” en Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006.

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana avanzó aún más en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, en Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, al afirmar que “*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.*”

Pero la Corte dio un paso más en su jurisprudencia en el caso “*Radilla Pacheco vs. México*”, dado que en la Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana sostuvo que “*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 otros términos, se afirma que la interpretación y aplicación del derecho interno por parte de cada uno de los Estados, se debe realizar conforme a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte.

F.C.U., Mdeo., 2013, N° 25, págs. 62-65.

En el Uruguay particularmente, esta jurisprudencia de la Corte Interamericana ha tenido una repercusión muy especial, con los casos “*Gelman vs. Uruguay*” (en adelante caso “*Gelman I*”) de 24 de febrero de 2011 y “*Gelman vs. Uruguay*” (en adelante caso “*Gelman II*”) de 20 de marzo de 2013. En efecto, la Corte Interamericana entiende que todos los jueces y tribunales del Poder Judicial están obligados a controlar “*ex officio*” la convencionalidad entre la legislación interna de nuestro país y la Convención Interamericana. Agrega la Corte Interamericana que el control de convencionalidad “*es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*”, con lo cual obliga a hacer el control de convencionalidad también al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo (caso “*Gelman I*”).

Posteriormente, en el caso “*Gelman II*” de 2013, la Corte ha expresado que los Estados deben respetar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que tiene carácter vinculante para todos los Estados, no sólo cuando son partes del proceso. El control de convencionalidad es una obligación de los Estados de respetar el compromiso de cumplir con sus obligaciones internacionales.

El Pacto de San José de Costa Rica de 1969, no le confiere en forma expresa las competencias que ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, con el alcance y los efectos que ésta le ha dado. Pero es necesario recordar que tampoco la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, le asigna a la Suprema Corte de Justicia la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, que sin embargo consagró ese instituto en la famosa Sentencia del Juez Marshall, en el caso “*Marbury vs. Madison*” del año 1803. Como señala Ronald DWORKIN “*El presidente del tribunal supremo John Marshall dijo que el poder y el deber de la Corte de hacer cumplir la Constitución provenía de la propia declaración de dicho documento de que constituye la ley suprema de esa tierra.*”⁷⁶

⁷⁶ DWORKIN, Ronald, “*El imperio de la justicia*”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012, pág. 251.

Quiere decir, pues, que el “*leading case*” que es la Sentencia de la Corte Interamericana del año 2006, en el caso “*Almonacid y otros vs. Chile*”, que creó el control de convencionalidad, es una Sentencia que es similar en cuanto a su importancia y trascendencia jurídica a la Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de los EEUU en el caso “*Marbuy vs. Madison*” en 1803.

Estimo que debemos analizar en forma crítica esta nueva realidad que se nos plantea desde el punto de vista jurídico, como es la supranacionalidad en materia de Derechos Humanos, creador por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, para ver la compatibilidad de la misma con el sistema constitucional uruguayo, expresando desde ya que la Constitución de la República de 1967, con las reformas parciales de 1989, 1994, 1997 y 2004, vigente en nuestro país, se ajusta en todos sus términos a los derechos, libertades y garantías consagradas por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución uruguaya de 1967, es una Constitución “rígida” en cuanto al procedimiento de reforma, previéndose cinco procedimientos de reforma de la Constitución, que culminan todos con la ratificación plebiscitaria por parte de la ciudadanía (Constitución, art. 331). Además, la Constitución de la República es “rígida propiamente dicha”⁷⁷, siguiendo a la doctrina italiana, porque prevé un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, a cargo de la Suprema Corte de Justicia, a quien se le confiere “el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia” (Constitución, art. 256 a 261). Las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales, pueden ser declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia

⁷⁷ Por oposición, son Constituciones “semi-rígidas” aquellas Constituciones que no tienen un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, como fueron las Constituciones uruguayas de 1830 y de 1918.

por razones de forma o de contenido (Constitución, art. 256). Tienen legitimación para promover la declaración de inconstitucionalidad, todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo (Constitución, art. 258), con lo que se excluye la acción popular. El fallo de la Suprema Corte de Justicia tiene efectos sólo en el caso concreto (Constitución, art. 259).⁷⁸

Quiere decir, que el sistema uruguayo es un sistema judicialista, como es el norteamericano, porque se le atribuye la competencia de declarar la inconstitucionalidad al Poder Judicial. Es un sistema concentrado, en forma similar al sistema europeo de los Tribunales o Cortes Constitucionales, porque en el Uruguay la declaración de inconstitucionalidad sólo puede formularla la Suprema Corte de Justicia. Y, al igual que el sistema norteamericano, los efectos del fallo de la Suprema Corte de Justicia sólo se aplican en el caso concreto.

Por otra parte, la Constitución de la República confiere al Poder Legislativo la competencia para interpretar la Constitución, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (Constitución, art. 85 num. 20). Quiere decir, que la interpretación legislativa de la Constitución uruguaya, tiene un valor generalmente obligatorio, porque esa interpretación que haga el Poder Legislativo puede ser declarada inconstitucional, por razones de forma o de contenido, por parte de la Suprema Corte de Justicia. Como enseña en nuestra doctrina nacional JIMENEZ DE ARECHAGA, *“Una interpretación de un texto constitucional hecha por una ley ordinaria, no es una interpretación auténtica de la Constitución. Sin embargo, tendrá un carácter generalmente obligatorio.”*⁷⁹

⁷⁸ Sobre la inconstitucionalidad de los actos legislativos en la Constitución uruguaya, puede verse CORREA FREITAS, Rubén, *“Derecho Constitucional Contemporáneo”*, Tomo I, págs. 203-227; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *“Derecho Público”*, F.C.U., Mdeo., 2009, págs. 354-366; KORSENIK, José, *“Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional”*, F.C.U., Mdeo., 2006, págs. 143-152; RISSO FERRAND, Martín, *“Derecho Constitucional”*, F.C.U., Mdeo., 2005, pág. 143-190.

⁷⁹ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *“La Constitución Nacional”*, Ed. Cámara de Senadores, Mdeo., 1991, Tomo I, págs. 141-142.

En la doctrina nacional, RISSO FERRAND sostiene que *“La supremacía de la Constitución frente a otros actos jurídicos del derecho interno, en el ordenamiento jurídico uruguayo no aparece como una mera construcción teórica, sino que la propia Carta da signos inequívocos de la misma. El artículo 331 previendo procedimientos para la reforma diversos a los establecidos para la ley ordinaria no deja duda alguna en cuanto a que se trata de una Constitución rígida.”*⁸⁰

Por su parte, CAJARVILLE PELUFFO enseña que *“Nuestro régimen jurídico configura un ordenamiento sistemático, en que todas las normas están estructuradas jerárquicamente de manera tal que las superiores determinan tanto el procedimiento de perfeccionamiento como, en cierta medida y con márgenes variables, el contenido de las inferiores. En ese ordenamiento, la Constitución, por ser rígida, prevalece sobre todas las demás normas; su prevalencia resulta de lo dispuesto por los arts. 4, 82 y 331.”*⁸¹

El destacado jurista argentino Carlos Santiago NINO, hace notar especialmente que pese a la supremacía constitucional y al control de constitucionalidad, sin embargo, hay determinadas circunstancias en que la ley, aun siendo violatoria de la Constitución en cuanto a la forma o al contenido, sin embargo, continúan siendo válidas. En primer lugar, porque como señala NINO en el sistema argentino, y en el sistema uruguayo agrego yo, la declaración de inconstitucionalidad no es “erga omnes”, sino que sólo se aplica en el caso concreto; en segundo lugar, porque puede suceder que a pesar de que una ley sea inconstitucional, nunca se plantee la cuestión de inconstitucionalidad ante la justicia, (en el Uruguay ante la Suprema Corte de Justicia); en tercer lugar, afirma NINO que *“es también evidente que los tribunales pueden equivocarse y declarar constitucional una ley que objetivamente no lo es (como fue la suspensión del derecho de salir del país para los detenidos por estado de sitio), en cuyo caso también la norma conservará su fuerza vinculante”*; en cuarto lugar, una ley inconstitucional puede mantener su fuerza obligatoria, porque los tribunales, (la Suprema Corte de Justicia en el Uruguay) se niegan a declarar la inconsti-

⁸⁰ RISSO FERRAND, Martín, *“Derecho Constitucional”*, pág. 87.

⁸¹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *“Sobre Derecho Administrativo”*, F.C.U., Mdeo., 2007, Tomo I, pág. 275.

tucionalidad por razones procesales, como es el caso de la falta de legitimación activa en nuestro país.⁸²

Corresponde aclarar que, en el Uruguay el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es un órgano independiente del Poder Judicial, tiene la competencia para la anulación de los actos administrativos, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder (Constitución, art. 309), por lo que puede anular un acto administrativo, sea un reglamento o una resolución, por ser violatorio de la Constitución.

A mi juicio, la Suprema Corte de Justicia es en los hechos, el último intérprete de la Constitución, en la medida que tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos contrarios a la Constitución. La supremacía constitucional está dada, pues, por el sometimiento de todo el orden jurídico uruguayo a la Constitución. Como enseña BIDART CAMPOS en la doctrina argentina, *“el principio de supremacía se vincula con la teoría del poder constituyente, y con la tipología de la Constitución escrita y rígida. En efecto, la Constitución es establecida por un poder constituyente; el poder constituido o poder del Estado no puede ni debe sublevarse contra la Constitución que deriva de un poder constituyente, formalmente distinto y separado del poder constituido. Además de ello, si ese poder constituyente ha creado una Constitución escrita y rígida, fijando para la reforma de la misma un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias, ha sustraído a la Constitución de las competencias y formas propias de los órganos del poder constituido.”*⁸³

Ahora bien, la Constitución uruguayo tiene un artículo de fundamental importancia, que es el art. 72, que prescribe: **“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”** Esta disposición, que tiene su origen en la Constitución de 1918 y que fue tomada de la IX Enmienda de la Constitución Federal de los

⁸² NINO, Carlos Santiago, *“Fundamentos de Derecho Constitucional”*, Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2013, pág. 675.

⁸³ BIDART CAMPOS, Germán, *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, EDIAR, Argentina, 1995, Tomo I, pág. 137.

EEUU de 1787 y del art. 33 de la Constitución argentina de 1853, aunque con una fórmula más amplia, consagra la filosofía “jusnaturalista” en nuestro derecho, reconociendo expresamente que hay derechos, deberes y garantías, como por ejemplo el derecho a la dignidad o la irretroactividad de la ley penal, que son anteriores y superiores al Estado, que pertenecen al individuo en forma natural.⁸⁴ Una disposición similar tiene el Pacto de San José de Costa Rica (art. 29 lit. c).

Por vía del art. 72 de la Constitución uruguaya, ingresan a nuestro orden jurídico los derechos, deberes y garantías consagrados en Tratados, Pactos y Convenciones en materia de Derechos Humanos, como es el ejemplo del Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que es derecho positivo vigente en el Uruguay, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 15.737 de fecha 8 de marzo de 1985. Ello conforma lo que se ha denominado por el profesor francés Louis FAVOREU como el “*bloque de constitucionalidad*”, a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en la sentencia del 16 de julio de 1971, por la cual se le confirió valor constitucional al Preámbulo de la Constitución francesa de 1958⁸⁵. En tal sentido, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365 de fecha 19 de octubre de 2009, redactada por el ministro Jorge CHEDIAC, expresa: “*La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.*” (Considerando III.8).

Debe tenerse en cuenta que no es posible minimizar el control de convencionalidad, con el pretexto de reducirlo al bloque de constitucionalidad, dado que una parte de la doctrina latinoamericana ha afirmado que no es necesario el control de convencionalidad, en la medida en que con el bloque de constitucionalidad

⁸⁴ CORREA FREITAS, Rubén, “Derecho Constitucional Contemporáneo”, Tomo I, N° 115, págs. 237-238; “Los Derechos Humanos en la Constitución uruguaya”, Ed. Amalio Fernández, Mdeo., 2005, págs. 27-33.

⁸⁵ FAVOREU, Louis, “*Droit Constitutionnel*”, Dalloz, París, 2014, N° 166, págs.131-139.

ya se ha incorporado al derecho interno el derecho internacional de los derechos humanos.⁸⁶

En síntesis, pues, el “*bloque de constitucionalidad*” en el Uruguay se integra con: a) la Constitución de la República; b) con los derechos que surgen de las Declaraciones, Tratados, Pactos y Convenciones en materia de Derechos Humanos, ratificados por nuestro país. En consecuencia, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, integra el “*bloque de constitucionalidad*” de nuestro país.

III. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS, PACTOS Y CONVENCIONES

El tema de la jerarquía de los tratados, pactos y convenciones tiene una diferente solución en los países de América Latina, sobre todo aquellos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. El problema se ha planteado también en la doctrina vernácula, a partir del análisis del artº 6º de la Constitución uruguaya que se refiere a la integración regional.

En tal sentido, puede afirmarse que, en el constitucionalismo de América Latina, hay cuatro categorías de Constituciones en cuanto al tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos:

a).- En primer lugar, las Constituciones que establecen la preeminencia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento interno, como es el ejemplo de la Constituciones de Guatemala de 1985, de Colombia de 1991 y de Bolivia de 2009.

b).- En segundo lugar, las Constituciones que consagran en forma expresa que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, como es el ejemplo de la Constitución argentina de 1994, la Constitución de Brasil de 1988 de acuerdo a la Enmienda de 2004, de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008, de República Dominicana de 2010.

⁸⁶ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando, “*El control de convencionalidad*”, Ed. Temis, Bogotá, 2014, pág. 139.

c).- En tercer lugar, las Constituciones que reconocen a los instrumentos internacionales de derechos humanos con una jerarquía superior a las leyes, pero inferior a la Constitución, como es el caso de las Constituciones de Costa Rica de 1949, Honduras de 1982, de Paraguay de 1992, de El Salvador de 2015.

d) En cuarto lugar, las Constituciones que no tienen una referencia expresa en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales, como es el caso de las Constituciones de Uruguay de 1967, de Perú de 1993, de Panamá de 2004, de Chile de 2005 y de Nicaragua de 2014.⁸⁷

Así, por ejemplo, la Constitución de Costa Rica de 1949, establece en el art. 7 que los tratados y convenios internacionales, tienen jerarquía superior a las leyes.

Por su parte, el art. 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, reza: *“Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”*

La Constitución argentina de 1994, en el art. 75 numeral 22, sobre las competencias del Congreso de la Nación, establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, agregando que tienen jerarquía constitucional diez instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, como por ejemplo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Concretamente, la Constitución argentina expresa lo siguiente:

“Art. 75.-Corresponde al Congreso:

“22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

⁸⁷ Sobre este tema, puede consultarse ACOSTA ALVARADO, Paola Andrés, *“Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, págs. 61-65.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguna de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Como se desprende de la interpretación de esta norma constitucional, en la Argentina los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la ley. Determinados instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tienen jerarquía constitucional, pero no integran la Constitución argentina. Por último, los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, para tener jerarquía constitucional, se requieren que haya sido aprobados por el Congreso por una mayoría especial de dos tercios del total de miembros de cada Cámara.

La Constitución brasileña de 1988, reza en el art. 5º, LXXVIII, 3º, de acuerdo a la Enmienda Constitucional Nº 45 de 8 de diciembre de 2004, lo siguiente: “*Los tratados y convenciones sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Cámara del Congreso Na-*

cional, en dos turnos, por tres quintos de votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a enmiendas constitucionales.”

Se ha planteado en la doctrina brasileña, la cuestión relacionada con los tratados internacionales de derechos humanos aceptados por el Brasil, en cuanto a si se produce una colisión o una concurrencia normativa, partiendo del principio de la “prevalencia de los derechos humanos”, consagrado por el art. 4º, II de la Constitución brasileña de 1988.⁸⁸

La Constitución de Colombia de 1991, en el art. 93 prescribe:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

La Constitución paraguaya de 1992, establece que los tratados, convenios y acuerdos internacionales, tienen jerarquía inferior a la Constitución, pero superior a las leyes (art. 141). Sin embargo, el art. 145 prescribe:

“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”

⁸⁸ MARTINS, Leonardo y OLIVEIRA MOREIRA, Thiago, “Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2011, pág. 479.

La Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999, expresa en el art. 23 que *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.”*

Sobre este tema la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezuela, en Sentencia de fecha 17 de octubre de 2011, cuestionó la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1º de setiembre de 2011, en el caso *“Leopoldo López vs. Venezuela”*, afirmando entre otros conceptos que *“la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenciones se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y que es la Sala Constitucional, y así se declara.”*⁸⁹

La Constitución de Ecuador de 2008, establece en el art. 417 lo siguiente:

“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

A su vez, la Constitución de Bolivia de 2009, en el art. 13, IV, expresa: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la*

⁸⁹ BREWERS-CARIAS, Allan R., *“El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011”*, en *“Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”*, Madrid, 2012, N° 16, pág. 370.

Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados por esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.”

Finalmente, debe destacarse la Constitución mexicana de 1917, en cuyo art. 1º, en la redacción dada por la reforma de 2011, establece lo siguiente:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Sobre esta reforma constitucional al art. 1º de la Constitución de México, enseña FIX ZAMUDIO en cuanto al tema de la incorporación de los derechos internacionales al ordenamiento mexicano, que: *“En la reforma que se examina, se produce una modificación definitiva, pues dichos derechos internos se elevan a nivel constitucional, y por ello, a partir de la misma deben considerarse como derechos constitucionalmente internos de fuente internacional.”*⁹⁰

⁹⁰ FIX ZAMUDIO, Héctor, “Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre derechos humanos del 10 de junio de 2011”, en SERNA DE LA GARZA, José Ma.,

En la Constitución uruguaya de 1967, no se establece ninguna solución a texto expreso, pese a lo cual la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ha sostenido que los tratados tienen una jerarquía similar a la de la ley ordinaria.⁹¹ Desde hace más de veinte años, vengo sosteniendo la tesis de que los tratados internacionales no pueden ser derogados por una ley posterior, porque a mi juicio haciendo una interpretación lógico-sistemática de la Constitución, puede concluirse que los mismos tienen primacía sobre la ley ordinaria.⁹² ¿Por qué? Porque los tratados, pactos y convenciones en la Constitución uruguaya, tienen un procedimiento de aprobación diferente al de la sanción de las leyes ordinarias. En efecto, mientras que el procedimiento de sanción de las leyes está integrado por las etapas de iniciativa, discusión, sanción y promulgación (Constitución, arts. 133 a 146); los tratados, pactos y convenciones tienen un procedimiento diferente que se integra por la conclusión, suscripción, aprobación y ratificación (Constitución, arts. 85 ordinal 7º y 168 numeral 20). Los tratados, pactos y convenciones no entran en vigencia en la misma forma que las leyes, es decir diez días después de su publicación en el Diario Oficial, sino que entran en vigencia a partir de su ratificación de acuerdo a las normas del Derecho Internacional. En consecuencia, en mi concepto, no es posible que una ley ordinaria posterior derogue a un tratado, pacto o convención, porque para ello el Uruguay debe cumplir estrictamente con las formas y procedimientos previstos en el Derecho Internacional por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (arts. 42 a 72). Además, y esta es una razón fundamental, debe tenerse presente el art. 27 de la Convención de Viena, que establece que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*”

“*Contribuciones al Derecho Constitucional*”, Unam, México, 2015, págs. 26-27.

⁹¹ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, “*La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*”, F.C.U., Mdeo., 1981, pág. 31: Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 25 de fecha 20 de junio de 1990.

⁹² CORREA FREITAS, Rubén, “*Derecho Constitucional Contemporáneo*”, Tomo I, N° 17, págs. 48-50.

Esta posición es compartida en nuestra doctrina por AGUIRRE RAMIREZ, quien afirma: “*Una ley contraria a un tratado anteriormente celebrado por el país es un acto contrario a la Constitución, ilegítimo, pues la Constitución ha autorizado al Poder Ejecutivo a suscribir y ratificar tratados, con autorización del Parlamento, sabiendo que éstos son normas de Derecho Internacional que obligan al gobierno nacional, que se rigen por dicho Derecho y que solo se extinguen en los casos y por los procedimientos previstos por el Derecho Internacional*”⁹³.

Ahora bien, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, debe tenerse especialmente en cuenta que de acuerdo con el art. 62, la Corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención, siempre que los Estados Partes hayan reconocido o reconozcan esa competencia. Asimismo, el art. 68 dispone que “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*”

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos de la Corte Interamericana para la creación pretoriana del control de convencionalidad a cargo de los jueces y tribunales de los Estados? Afirma el profesor argentino Néstor Pedro SAGÜES que son tres los argumentos básicos: a) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, “*quienes se han obligado a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las sentencias de la Corte*”; b) el principio del efecto útil de los convenios, “*cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados*”; c) el principio de Derecho Internacional, previsto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, “*que impide alegar el derecho interno para eximirse de aquellos deberes*”⁹⁴.

⁹³ AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo, “*Derecho Legislativo*”, F.C.U., Mdeo., 1997, Tomo I, pág. 182.

⁹⁴ SAGÜES, Néstor Pedro, “*El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.*” UNAM, www.juridicas.unam.mx, págs. 383-384.

Debe tenerse en cuenta los caracteres principales que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En primer lugar, es un Derecho heterogéneo, de naturaleza convencional, y relativo en el sentido de lo dispuesto por los arts. 26 y 34 del Convenio Internacional sobre Derecho de los Tratados de 1969. En segundo lugar, los Estados que aprueban y ratifican los tratados de Derechos Humanos, se comprometen a respetar sus obligaciones y a hacer compatible su Derecho interno con sus compromisos internacionales.⁹⁵

En consecuencia, a mi juicio, la Constitución uruguaya habilita a que nuestro país se haya obligado a cumplir y ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana en materia de derechos humanos, no sólo cuando es parte de un caso específico, sino ejerciendo además el control de convencionalidad interno por parte de sus autoridades sobre la legislación interna, en especial por parte de la Suprema Corte de Justicia, como veremos más adelante. Sólo se podrá apartar de esta obligación, si denuncia la Convención, como lo hizo Venezuela, que ya no es más Parte del Pacto de San José de Costa Rica desde el año 2012.

IV. EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

El sistema interamericano en materia de Derechos Humanos, tiene sus fundamentos en tres documentos fundamentales: a) la Carta de la Organización de los Estados Americanos, creada por la Carta de Bogotá el 30 de abril de 1948; b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de fecha 2 de mayo de 1948; c) la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. La Convención ha sido completada por dos Protocolos Adicionales, que son: a) el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado “Protocolo de San Salvador”, de fecha 17 de no-

⁹⁵ BOU FRANCH, Valentín y CASTILLO DAUDÍ, Mireya, “*Derecho Internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 19.

viembre de 1988; b) el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de fecha 8 de junio de 1990.⁹⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que son parte actualmente 22 países de América⁹⁷, tiene tres partes fundamentales:

a) el Preámbulo;

b) la parte dogmática, integrada por la Enumeración de Deberes de los Estados (arts. 1 y 2); los Derechos Civiles y Políticos (arts. 3 a 25); los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 26); Suspensión de garantías, Interpretación y Aplicación (arts. 27 a 31); Deberes de las Personas (art. 32).

c) la parte orgánica, integrada por las disposiciones relativas a los órganos competentes para la protección de los derechos humanos, que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 34 a 51); y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 52 a 73).

Es necesario destacar que el art. 1 de la Convención, establece:

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

“2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

⁹⁶ Véase sobre el tema BLENGIO VALDÉS, Mariana, “El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos de la OEA y Uruguay”, UDE, Mdeo., 2013, “Cuadernos de Derecho”, N° 1, págs. 13-24.

⁹⁷ Tres países se han retirado de la Convención: Trinidad y Tobago en 1999, Venezuela en 2012 y República Dominicana en 2014.

De acuerdo a la interpretación que la ha dado la Corte Interamericana a este art. 1 de la Convención, “*contiene un deber positivo para los Estados... garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.*”⁹⁸

Los órganos competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 33).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene como competencia recibir las peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado Parte. La petición puede ser formulada por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización (art. 44). La Comisión puede solicitar informaciones al Gobierno del Estado responsable de la violación de los derechos humanos, hacer investigaciones, realizar informes, hacer recomendaciones y someter el asunto a decisión de la Corte Interamericana (arts. 48 a 51).

La Corte Interamericana, que se integra con siete jueces, nacionales de los Estados Miembros de la Organización (art. 52), tiene como competencia resolver los casos sometidos por los Estados Partes o por la Comisión Interamericana (art. 61). Se exige que antes de someter un caso a la Corte, previamente deben ser agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50 ante la Comisión Interamericana.

La Corte Interamericana tiene competencia contenciosa y competencia consultiva. “*La competencia contenciosa de la Corte está regulada por los artículos 61 a 63 del Pacto de San José y se manifiesta en su potestad de decidir respecto de la “interpretación o aplicación de la Convención.”*”⁹⁹

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC -11/90 de 10 de agosto de 1990.

⁹⁹ GROS ESPIELL, Héctor, “*Derechos Humanos*”, Cultural Cuzco S.A., Lima, Perú, 1991, pág. 426.

En el art. 62.1 se establece que: “*Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.*”

A su vez, el art. 62.3 prescribe: “*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*”

El art. 67 de la Convención establece que “*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable.*” Y el art. 68.1 reza: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*” La Corte Interamericana posee competencias consultivas en forma amplia (art. 64). Sobre esta competencia consultiva enseña GROS ESPIELL: “*Esta competencia de la Corte interamericana tiene en la Convención una importancia excepcional. Puede decirse que la competencia consultiva se ha atribuido a la Corte por la Convención Americana en los términos más amplios que conoce el derecho internacional, y que van mucho más allá de todo lo que existe en el caso de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos.*”¹⁰⁰

Se ha afirmado que “*el Uruguay fue uno de los artífices del Pacto de San José*”, habiendo presentado el primer proyecto en 1959 y un segundo proyecto en la Conferencia de Río de Janeiro en 1965. Además, nuestro país colaboró activamente en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de dos miembros de nacionalidad uruguaya, como fueron el Dr. Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, entre 1968 y 1976, y el Dr. Daniel Hugo MARTINS entre 1964 y 1968, que actuaron en la preparación del texto final.¹⁰¹

¹⁰⁰ GROS ESPIELL, Héctor, “*La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos Análisis comparativo*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pág. 171.

¹⁰¹ GROS ESPIELL, Héctor, “*Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*”, F.C.U., Mdeo., 1988, págs. 20-21.

Es importante destacar la opinión de la Corte Interamericana sobre la naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos. En tal sentido, en la Opinión Consultiva OC- 1/82 de 24 de setiembre de 1982, expresó que “...*están orientados más que a establecer un equilibrio entre los Estados a garantizar el goce de derechos y libertades al ser humano.*” Luego, en la OC – 2/82 de 24 de setiembre de 1982, afirmó: “*Al aprobar estos tratados ... los Estados se someten a una orden legal dentro del cual ellos asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.*”¹⁰²

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad fue utilizado por primera vez por el Consejo Constitucional de Francia, en la sentencia N° 75-54 DC de fecha 15 de enero de 1975, cuando afirmó que tiene la competencia para el control de constitucionalidad de las leyes, de conformidad con el art. 61 de la Constitución francesa de 1958, pero que no está habilitado para ejercer un control de convencionalidad, es decir verificar la conformidad de los tratados internacionales con el orden jurídico interno.¹⁰³

Desde el punto de vista conceptual, corresponde precisar que el control de convencionalidad, es el control que ejercen los órganos supranacionales, como es el ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y los órganos internacionales sobre protección de los Derechos Humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la compatibilidad del orden jurídico interno de los Estados Partes con las normas del Tratado o Convención Internacional. Este es el denominado “*control de convencionalidad internacional*”.

En otros términos, así como la Suprema Corte de Justicia en el Uruguay tiene la competencia originaria y exclusiva, para controlar la constitucionalidad de los actos legislativos, es decir de las

¹⁰² ALBANESE, Susana, “*El control de convencionalidad*”, Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 17.

¹⁰³ FAVOREU, Louis, “*Droit Constitutionnel*”, pág. 353.

leyes sancionadas por el Poder Legislativo y de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (Constitución, arts. 256, 257 y 260); la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional, tiene la competencia para controlar la convencionalidad de la Constitución, de las leyes y reglamentos, esto es tiene que decidir si las normas jurídicas vigentes en el Estado uruguayo, son compatibles o no con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, la Corte Interamericana puede declarar la inconvencionalidad de una norma constitucional o de una ley, de cualquiera de los Estados Partes.

Ese tipo de control de convencionalidad, que podemos denominar internacional, porque es el que realiza la Corte Interamericana, ha sido ejercido exigiendo por ejemplo la reforma de la Constitución de Chile, en el famoso caso “*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*”, en la Sentencia de 5 de febrero de 2001, relacionado con la película “*La última tentación de Cristo*”, cuya exhibición en Chile era objeto de censura. Asimismo, la Corte ha declarado la inconvencionalidad de leyes, como es el ejemplo del caso “*Barrios Altos vs. Perú*”, en Sentencia de 14 de marzo de 2001, por la que se declaró la nulidad de las leyes de amnistía e indulto aprobadas por el gobierno de Alberto Fujimori. Por otra parte, la Corte Interamericana también ha solicitado la modificación de leyes, como en el caso “*Radilla Pacheco vs. México*” en Sentencia de 23 de noviembre de 2009, en la que se exigió la reforma del Código Penal Militar y el Código Penal.

En el caso de Chile de 2001, la Corte Interamericana sentenció que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*” (punto 4). Según afirma Víctor BAZAN, en este caso la Corte “*concluyó que aquel había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el artículo 19, número 12 de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párrafo 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH (párrafo 73).*”¹⁰⁴

¹⁰⁴ BAZAN, Víctor “*El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y*

El control de convencionalidad fue mencionado por el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio GARCIA RAMIREZ en los casos “*Myrna Mack vs. Guatemala*” de 24 de noviembre de 2003 y “*Tibi vs. Ecuador*” de 7 de setiembre de 2004.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió por primera vez al control de convencionalidad, con el alcance conceptual que tiene en la actualidad, en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” de fecha 26 de setiembre de 2006, en cuya Sentencia expresó:

“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.” (párrafo 124).

Este control de convencionalidad que nace del caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” de 2006, es el llamado “*control de convencionalidad interno*”, porque es el control que deben ejercer los jueces y tribunales de cada Estado Parte. También es denominado “*control de convencionalidad difuso*”, porque está a cargo de todos los jueces del Poder Judicial, a diferencia del “*control de convenc-*

perspectivas”, en “*Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad*”, Konrad AdenauerStiftung, Colombia, 2012, pág. 33.

cionalidad concentrado” que es el que ejerce la Corte Interamericana.

De allí que se sostiene que la jurisdicción interamericana tiene una naturaleza *complementaria* o *coadyuvante*, de la jurisdicción de los Estados Partes. Por ello es que la Convención exige el agotamiento de los recursos internos, con lo que se le da al Estado la posibilidad de resolver el conflicto, sin tener la necesidad de verse sometido a un proceso jurisdiccional internacional.

En la doctrina, se ha definido al “*control de convencionalidad difuso*” de la siguiente forma: “*la tarea de supervisión y adecuación que todos los jueces nacionales deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos.*”¹⁰⁵

Pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mismo año 2006, dio un paso más en el control de convencionalidad, al exigir que los jueces del Poder Judicial de cada Estado Parte realicen un control “*ex officio*” entre las normas internas y la Convención Americana. Fue así que en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, en Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, expresó lo siguiente:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” (párrafo 128).

¹⁰⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “*Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*”, pág. 76.

En la doctrina se sostiene que la CIDH definió detalladamente los contornos del “control de convencionalidad” en el párrafo 63 del caso “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*” de 24 de noviembre de 2006; y en el párrafo 128 del caso “*Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala*” de 9 de mayo de 2008. En dichos casos la Corte fijó los tres elementos fundamentales del control de convencionalidad: “1) el “efecto útil” de las sentencias de la Corte IDH sobre las disposiciones internas contrastantes; 2) el paralelismo y la analogía entre “control de convencionalidad” y control de constitucionalidad; 3) el control ex officio -o sea que prescinde de la petición o de la demanda de acción de propuesta- de conflicto entre las interpretaciones de la Corte IDH y el derecho interno.”¹⁰⁶

El tercer paso que dio la Corte Interamericana en materia de control de convencionalidad, fue en el año 2009, en el caso “*Radi-lla Pacheco vs. México*” en Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, al concederle un efecto armonizante, positivo o constructivo, al afirmar que los jueces de los Estados Partes deben interpretar el derecho interno de acuerdo con la Convención Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Concretamente afirmó la Corte Interamericana lo siguiente:

“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” (párrafo 339).

En la doctrina colombiana, HERNANDEZ CASTAÑO define al control de convencionalidad de la siguiente forma, que estimo que aclara y precisa en buena medida el alcance del mismo: “*El control de convencionalidad consiste en un juicio de comparación entre el*

¹⁰⁶ CARDUCCI, Michele y DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio, “*Teoría tridimensional das integraçoessupranacionais*”, Ed. Forense, Río de Janeiro, 2014, pág. 81.

*SIDH o bloque de convencionalidad y una norma interna (constitución, ley, acto administrativo, etc.) de los Estados parte, en orden a establecer su compatibilidad, lo cual se traduce en que estas tengan como fin inmediato o mediato la observancia, garantía y efectividad de los derechos y libertades contenidos en ese **corpus juris** interamericano que comprende no solamente la Convención y otros tratados internacionales, sino también las sentencias, opiniones consultivas y resoluciones de la Corte IDH que dan contenido y desarrollo a los primeros.”¹⁰⁷*

Debe tenerse en cuenta que en el Uruguay la Ley N° 18.515 de fecha 26 de junio de 2009, sobre “Medios de Comunicación”, en el art. 3°, propicia un control constructivo de convencionalidad, al disponer que se agrega el siguiente inciso al artículo 1° de la Ley N° 16.099 de fecha 26 de noviembre de 1989, el siguiente texto:

“Constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional.”

Asimismo, corresponde destacar que en el año 2009, la Suprema Corte de Justicia de nuestro país declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 3° y 4° de la Ley N° 15.848 de fecha 22 de diciembre de 1986, que es la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del

¹⁰⁷ HERNANDEZ CASTAÑO, Diana Patricia, “Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014, págs. 44-45.

Estado, sobre los delitos cometidos por militares y policías durante la dictadura militar entre 1973 y 1985, habiendo expresado en Sentencia N° 365 de fecha 19 de octubre de 2009, redactada por el Ministro Jorge CHEDIAK¹⁰⁸, en el Considerando III.8:

*“La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.”*¹⁰⁹

En relación a quiénes tienen la competencia para realizar el control de convencionalidad en los Estados Partes, debe afirmarse que la CIDH en el caso *“Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”*, en Sentencia de 24 de noviembre de 2006, precisó que ese control lo deben hacer los órganos del Poder Judicial **“evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”** (párrafo 128). Esto ha llevado a SAGÜÉS a realizar un análisis jurídico más profundo, afirmando que *“Estas frases puede entenderse, en una primera aproximación, como que reserva el aludido test de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes. Si así fuera, el juez no autorizado para invalidar a normas inconstitucionales (como ocurre con el juez ordinario en Uruguay, Panamá, Costa Rica, Chile, y en buena medida en México, v. gr.) tendría que remitir el expediente donde apareciera una cuestión de convencionalidad, al órgano jurisdiccional habilitado para concretar lo primero. Lo que resultaría*

¹⁰⁸ La Suprema Corte de Justicia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad en 2009, estaba integrada por los ministros Dr. Jorge LARRIEUX, presidente; Leslie VAN ROMPAEY; Jorge RUIBAL PINO; Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ; y Daniel GUITIERREZ PROTO.

¹⁰⁹ El texto completo de la Sentencia N° 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia, puede verse en “Revista de Derecho Público”, F.C.U., Mdeo., 2010, N° 37, págs. 147-166. CHEDIAK, Jorge y NICASTRO, Gustavo, *“Normatividad y supremacía jurídica de la Constitución en Iberoamérica”*, UDE, “Cuadernos de Derecho”, Mdeo., 2015, págs. 47 y 49.

*jurídicamente absurdo, eso sí, es que nadie practicase, en el ámbito nacional, dicha faceta del control de convencionalidad.”*¹¹⁰

En forma concordante, el ex Presidente y ex Juez de la CIDH, Sergio GARCIA RAMIREZ y Julieta GARCIA MORALES expresan estos conceptos concordantes con la tesis del profesor argentino SAGÜÉS: “*Aun cuando el Tribunal interamericano se ha referido al control difuso de convencionalidad, no ha determinado, en modo alguno, que este régimen sea el único aplicable a la materia; es posible, por lo tanto, adoptar alguna modalidad de control concentrado si así lo estima pertinente -por motivos prácticos- el Estado que regula esta cuestión en el espacio de sus propias atribuciones, que no se hallan inhibidas o condicionadas por la jurisprudencia interamericana y que debe ponderar el propio Estado.*”¹¹¹

A mi juicio, en el Uruguay el control de convencionalidad de las leyes y de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, puede ser hecho por cualquier Juez o Tribunal. Pero la declaración de inconvencionalidad, esto es la desaplicación de la ley por ser contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos o a otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, debe ser hecha por la Suprema Corte de Justicia, que es quien tiene la competencia originaria y exclusiva no sólo para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (Constitución, arts. 256 y 257), sino en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados (Constitución, art. 239 ord. 1º).

En consecuencia, si un Juez o Tribunal considera que un acto legislativo es inconvencional, debe plantear la cuestión de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, para que esta resuelva, en definitiva. En el caso de los actos administrativos, reglamentos y re-

¹¹⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “*El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, www.juridicas.unam.mx, pág. 387.

¹¹¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio y MORALES SANCHEZ, Julieta, “*Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ((2009-2012)*”, en “*Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, N° 17, pág. 461.

soluciones, la competencia para controlar la convencionalidad la tiene el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el contencioso anulatorio (Constitución, art. 309); y también la tienen todos los jueces y tribunales del Poder Judicial, dentro de sus competencias.¹¹²

El ministro de la Suprema Corte de Justicia Dr. Jorge LARRIEUX ha expresado sobre este tema lo siguiente: “*Para el caso de Uruguay, no puede pretenderse un control difuso desde que la Constitución no lo admite. Si el problema se plantea en relación a una ley, el órgano jurisdiccional que entienda debe plantear de oficio la cuestión ante la Suprema Corte de Justicia que tiene competencia original y exclusiva (art. 257 de la Carta), con lo que corresponde el mismo procedimiento que para el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, y si el problema se plantea en relación a un acto administrativo, cualquier Juez puede y debe efectuar el control de convencionalidad pero, al entenderlo incompatible, sólo puede desaplicarlo, no anularlo, lo que corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309 de la Carta).*”¹¹³

VI. LOS CASOS “GELMAN I” Y “GELMAN II”

El caso “*Gelman I*” se inicia con la detención el 24 de agosto de 1976, en Buenos Aires, de María Claudia García Iruretagoyena-Casinelli y su esposo Marcelo Ariel GelmanSchubaroff, por parte de comandos militares argentinos y uruguayos. Cuando fue detenida, María Claudia García de Gelman tenía 19 años de edad y estaba embarazada. Luego de permanecer detenidos en Buenos

¹¹² Véase en la doctrina uruguaya ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., “*El control de convencionalidad. Situación en Uruguay*”, en “*Revista de Derecho Público*”, F.C.U., Mdeo., 2012, N° 42, págs. 61-62, quien ha planteado la cuestión, aunque sin resolverla, analizando las dos hipótesis de control difuso a cargo de todo Juez o Tribunal del Estado y control concentrado en la Suprema Corte de Justicia en base a lo dispuesto por el art. 239 ord. 1° de la Constitución.

¹¹³ LARRIEUX, Jorge T., “*Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano*”, *Revista Jurídica “La Justicia Uruguaya”*, Mdeo., 2015, Año LXXVI, Tomo 151, pág. 140.

Aires en un centro clandestino, los esposos fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado y ejecutado en 1976 y sus restos fueron descubiertos en 1989. Por su parte, María Claudia García de Gelman fue trasladada clandestinamente a Montevideo, donde dio a luz una niña, que le fue sustraída a finales de diciembre de 1976. Como se sabe, hasta el momento no se ha podido encontrar los restos de María Claudia García de Gelman. El 14 de enero de 1977, la niña fue dejada en la casa de la puerta de una familia de un policía, que la registró como hija propia. En el año 2000, se pudo descubrir que María Macarena Tauriño, era la hija de María Claudia García de Gelman, y por lo tanto nieta del poeta argentino Juan Gelman.

El 8 de mayo de 2006, María Macarena Gelman y Juan Gelman, presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El 18 de julio de 2008, la Comisión consideró que el Uruguay no había dado cumplimiento satisfactorio a las recomendaciones. El 21 de enero de 2010, la Comisión presentó ante la Corte Interamericana, una demanda contra el Uruguay, como responsable de la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, el derecho a la vida, a la libertad personal, la integridad personal, la personalidad jurídica y la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva, el derecho a medidas especiales de protección a los niños, el derecho al nombre, a la protección de la honra y la dignidad y a la nacionalidad.¹¹⁴

En el caso “*Gelman vs. Uruguay*”, la Corte Interamericana en Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, expresó que el control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

En tal sentido, dijo la CIDH en la referida Sentencia:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respecto del Derecho Internacional, inclu-

¹¹⁴ Un análisis exhaustivo del caso puede verse en BLENGIO VALDES, Mariana, “*Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay*”, *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Mdeo., 2011, N° 39, págs. 139-148.

yendo el 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 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 Curuchet, 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.” (párrafo 239).

Se produjo así, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una nítida ampliación de la obligación de controlar la convencionalidad por parte de los órganos internos de los Estados Partes, que pasó del control de convencionalidad que deben hacer todos los jueces del Poder Judicial, en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” de 2006, al control de convencionalidad que tienen que hacer todos los órganos del Estado, en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” de 2011.

El caso “*Gelman II*” se produjo como consecuencia de la Sentencia N° 20 de fecha 22 de febrero de 2013, dictada por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, por la que se declaró la

inconstitucionalidad de los arts. 2º y 3º de la Ley N° 18.831 de fecha 17 de octubre de 2011. En tal sentido, la mencionada Ley N° 18.831 dispuso en el art. 1º: “*Se reestablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el art. 1º de la Ley 15.848 de 22 de diciembre de 1986.*” Esta disposición supone la derogación tácita de la llamada Ley de Caducidad o de amnistía para los militares y policías, acusados de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar entre 1973 y 1985.

El art. 2º de la Ley N° 18.831, declara que, para los delitos referidos, no se computará plazo procesal alguno de prescripción o de caducidad, entre el 22 de diciembre de 1986 y la fecha de vigencia de esta ley. El art. 3º, a su vez, declara que los delitos referidos en los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad, de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 20 de 22 de febrero de 2013, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 3º de la Ley N° 18.831, “*haciendo un control de convencionalidad y constitucionalidad que se entendió ajustado al Pacto de San José, en tanto lo sustentado en el fallo internacional –Gelman vs. Uruguay- al no constituir precedente vinculante, no alteraba los parámetros preceptivos (arts. 256 a 259 de la Carta) sobre los cuales correspondía resolver la cuestión de inconstitucionalidad.*

“*Se entendió ajustado al Pacto (convencional) tal decisión, sin perjuicio que en todo caso es posible apartarse del precedente -sentencia internacional- justificando racionalmente las razones, demostrando, como se hizo, que la finalidad perseguida en el fallo de la CIDH, la no impunidad de las violaciones de derechos humanos, no justificaba apartarse de principios del derecho penal liberal, como de legalidad e irretroactividad, consagrados en el propio texto de la Convención Americana.*”¹¹⁵

¹¹⁵ LARRIEUX, Jorge, “*Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano*”, Revista Jurídica “La Justicia Uruguaya”, Tomo 151, Sección Doctrina, pág. 141.

En la doctrina comparada los profesores italiano Michele CARDUCCI y brasileño DE OLIVEIRA MAZZUOLI, afirman que la Suprema Corte de Justicia uruguaya se rebeló contra la interferencia supranacional de la Corte Interamericana en la Sentencia N° 20 de 22 de febrero de 2013, en base a dos puntos fundamentales:

“1) si no hay dudas de que la Corte IDH es la intérprete última de la CADH, es igualmente indudable que el intérprete último de la Constitución de la República Oriental del Uruguay no puede ser sino la Suprema Corte de Justicia.”

“2) el juez constitucional interno no reivindica para sí un “contralímite”, sino simplemente constata la ausencia de cualquier disposición constitucional que obligue a las autoridades domésticas a someterse a los dictámenes de una corte supranacional.”¹¹⁶

De inmediato, la CIDH en el caso “*Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*”, por Resolución de fecha 20 de marzo de 2013, expresó:

“En este sentido, más allá de declararse un “restablecimiento de la pretensión punitiva del Estado” mediante dicha Ley, determinadas consideraciones contenidas en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, por la forma en que están expuestas, pueden implicar un serio grave obstáculo para las investigaciones de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas, a la luz de lo dispuesto por la Corte.” (párrafo 54).

Más adelante expresó la Corte Interamericana:

“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

¹¹⁶ CARDUCCI, Michele y DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio, “*Teoría tridimensional das Integrações Supranacionais*”, págs. 127-128.

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 a 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.” (párrafo 68).

VII. CONCLUSIONES

Las nuevas tendencias del constitucionalismo moderno, a partir del reconocimiento, protección y garantía de los Derechos Humanos, así como la “internacionalización” del Derecho Constitucional, como consecuencia de la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre las Constituciones de los Estados, han generado cambios profundos en los conceptos tradicionales del Derecho Público.¹¹⁷

¹¹⁷ CORREA FREITAS, Rubén, “Derecho Constitucional Contemporáneo”, Tomo I, N° 9, págs. 33-34.

En efecto, el concepto de soberanía absoluta de los Estados, ha cedido terreno ante el desarrollo de los instrumentos internacionales sobre protección y garantía de los derechos humanos, dado que no se concibe modernamente que el tema de los derechos humanos sea un problema de cada Estado en particular, sino que es un problema de la comunidad internacional.

Asimismo, la supremacía constitucional, por la cual todo el orden jurídico interno está sujeto a la Constitución de la República, mediante el “*control de constitucionalidad*” a cargo de las Cortes Supremas de los Estados o de los Tribunales Constitucionales, se está enfrentando a un nuevo concepto como es el “*control de convencionalidad*”, a cargo de los órganos supranacionales, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos, en Europa; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en América Latina, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” de 2006, sobre el “*control de convencionalidad*” a cargo de los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados Partes, puede considerarse de tanta importancia como el caso “*Marbury vs. Madison*” de la Suprema Corte Suprema de los EEUU de 1803, dado que consagra una especie de “*supranacionalidad en materia de derechos humanos*”, aún sin norma expresa que así lo habilite. En otros términos, el “*control de convencionalidad difuso*” es una creación pretoriana de la Corte Interamericana, que muchos Estados la han aceptado en forma expresa, como es el caso de la Argentina, pero otros Estados han formulado diversas objeciones.¹¹⁸

En efecto, no solamente los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, están obligados a controlar la convencionalidad de la legislación interna con la Convención y otros instrumentos in-

¹¹⁸ SAGÜES, Néstor Pedro, “*El control de convencionalidad en el sistema interamericano*”, afirma que se registran cinco actitudes principales en América Latina: aceptación expresa, aceptación tácita calificada, aceptación tácita parcial, silencio, negación tácita, pág. 391.

ternacionales, así como también la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino que también lo deben hacer “*ex officio*” de acuerdo al caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*” de 2006. Además, el control de convencionalidad debe realizarse mediante una interpretación de la legislación interna de cada Estado Parte en forma constructiva, positiva y armonizante con la Convención y la interpretación de la misma realizada por la jurisprudencia de la Corte, según lo afirmó en el caso “*Radilla Pacheco vs. México*” de 2009.

Más aún, en el caso “*Gelman I vs. Uruguay*” de 2011, la Corte Interamericana afirmó que el control de convencionalidad lo deben realizar todos los órganos del Estado y no sólo el Poder Judicial, con lo que comprende también al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo.

En el Uruguay, el “*control de convencionalidad*” de una ley o de un decreto de un gobierno departamental con fuerza de ley en su jurisdicción con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, puede ser hecho por cualquier Juez, Tribunal de Apelaciones o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Pero si se constata la inconventionalidad, debe plantearse de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, conforme a lo previsto por el art. 239 ord. 1º de la Constitución, porque es el órgano competente para desaplicar los actos legislativos contrarios a la Convención Americana y otros Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Tratándose de actos administrativos, sean reglamentos o resoluciones (art. 120 del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991) el control de convencionalidad y su desaplicación puede hacerse por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; y por cualquier Juez, Tribunal de Apelaciones o la Suprema Corte de Justicia que sea competente en el caso concreto.

Considero que la interpretación de la Constitución en el “*control de constitucionalidad*” y su armonización con la Convención Americana de Derechos Humanos en el “*control de convencionalidad*”, debe hacerse tomando en cuenta el criterio interpretativo expuesto por Ronald DWORKIN, de la integridad en el derecho, en el sentido de que “*Según el derecho como integridad, las pro-*

*puestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.”*¹¹⁹

Debe tenerse especialmente en cuenta, que las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, están en la Constitución de la República, por lo que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en buena medida tienen en el Uruguay un contenido similar, sin perjuicio de los aportes realizados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que permiten un mayor desarrollo en la protección y garantía de los derechos humanos.

Como he expresado oportunamente, la clave para entender al Estado de Derecho, es el respeto por los derechos humanos en su plenitud, comenzando por el derecho a la vida, al honor, a la dignidad y a la libertad del ser humano, independientemente de su origen, sexo, nacionalidad, raza, religión, partido político, sindicato gremial, así como cualquier otro hecho o circunstancia que pueda generar diferencias o discriminaciones entre los seres humanos.¹²⁰

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “*Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015.
- AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo, “*Derecho Legislativo*”, F.C.U., Mdeo., 1997.
- ALBANESE, Susana, “*El control de convencionalidad*”, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- BAZAN, Víctor, “*El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*”, en “*El control de convencionalidad*”, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2012.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. “*El imperio de la Justicia*”, pág. 164.

¹²⁰ CORREA FREITAS, Rubén, “*Estudios de Derecho Público*”, Ed. Magró, Mdeo., 2013, pág. 33.

- BIDART CAMPOS, Germán, “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BLENGIO VALDES, Mariana, “*Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Mdeo., 2011, N° 39.
- BLENGIO VALDES, Mariana, “*El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos de la OEA y Uruguay*”, UDE, Mdeo, 2013, “*Cuadernos de Derecho*” N° 1.
- BOU FRANCH, Valentín y CASTILLO DAUDI, Mireya, “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BREWER-CARÍAS, Allan R, “*El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011*”, en “*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2012, N° 16.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “*Sobre Derecho Administrativo*”, F.C.U., Mdeo., 2007.
- CARDUCCI, Michele y DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio, “*Teoría tridimensional das Integrações Supranacionais*”, Editorial Forense, Brasil, 2014.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “*Derecho Público*”, F.C.U., Mdeo., 2009.
- CHEDIAK, Jorge y NICASTRO, Gustavo, “*Normatividad y supremacía jurídica de la Constitución en Iberoamérica*”, UDE, Mdeo., 2015, “*Cuadernos de Derecho*” N° 5.
- CORREA FREITAS, Rubén, “*Derecho Constitucional Contemporáneo*”, F.C.U., Mdeo., 2013.
- CORREA FREITAS, Rubén, “*Estudios de Derecho Público*”, Ed. Magró, Mdeo., 2013.
- DWORKIN, Ronald, “*El imperio de la Justicia*”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., “*El control de convencionalidad. Situación en Uruguay*”, *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Mdeo., 2012, N° 42.

- FAVOREU, Louis, “*Droit Constitutionnel*”, Dalloz, Paris, 2014.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio y MORALES SANCHEZ, Julieta, “*Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009-2012)*”, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, 2013, N° 17.
- GROS ESPIELL, Héctor, “*La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos – Análisis comparativo*”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991.
- GROS ESPIELL, Héctor, “*Derechos Humanos*”, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1991.
- GROS ESPIELL, Héctor y JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, “*Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*”, F.C.U., Mdeo., 1988.
- HERNANDEZ CASTAÑO, Diana Patricia, “*Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, “*La Constitución Nacional*”, Ed. Cámara de Senadores, Mdeo., 1991.
- KORSENIK, José, “*Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional*”, F.C.U., Mdeo., 2006.
- LARRIEUX, Jorge T, “*Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano*”, Revista Jurídica “*La Justicia Uruguaya*”, Mdeo., 2015, Tomo 151, Sección Doctrina.
- MARTINS, Leonardo y OLIVEIRA MOREIRA, Thiago, “*Constitucionalidade e convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira*”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2011.
- NINO, Carlos Santiago, “*Fundamentos de Derecho Constitucional*”, Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2013.
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando, “*El control de convencionalidad*”, Editorial Temis, Bogotá, 2014.
- RISSO FERRAND, Martín, “*Derecho Constitucional*”, F.C.U., Mdeo., 2005.

- RISSO FERRAND, Martín, “*Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*”, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, 2012, N° 16.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*”, Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, www.juridicas.unam.mx

Los Derechos Humanos y Diversidad Cultural

MAGISTER, HENRY EYNER ISAZA¹²¹ (PANAMÁ)

¹²¹ Magister en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Magister en Administración de Instituciones de Justicia de la Universidad Santa María la Antigua, Panamá, Postgrado en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, Panamá, Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia, Diplomado en Derecho Administrativo y Probatorio de la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro de los Institutos Panamericanos e Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Director del Centro de Estudios e Investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiriquí-Panamá, Profesor Universitario y Autor de Libros Jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha manifestado en primer lugar, con el otorgamiento de un determinado rango normativo en el derecho interno a los instrumentos internacionales, es decir, con la precisión, en las Constituciones, del valor que debe tener tanto la norma internacional como la del derecho interno en relación con los Derechos Humanos, determinando cual es la que debe prevalecer en caso de conflicto entre las mismas.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del Derecho internacional de los Derechos Humanos, lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos o incorporar los tratados de derechos Humanos al Bloque de la Constitucionalidad, tendencia seguida por algunos países, entre ellos Panamá.

La Constitución Política de la República de Panamá, establece en sus artículos 4 y 17, lo siguiente:

Artículo 4: La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Artículo 17: Las autoridades de la República de Panamá están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los Derechos Fundamentales y la dignidad de la persona.

El artículo 4 de la Constitución Política de Panamá, establece que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”, razón por la cual, nuestro país está obligado a acatar, respetar y cumplir los Tratados del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos de los que Panamá es Estado parte. Se incorpora con las reformas constitucionales del 2004, al artículo

17 de la Constitución Política de Panamá, la doble dimensión de los derechos fundamentales, reconociéndoles, por un lado, en virtud del artículo 54, La dimensión subjetiva, esto es como derecho de protección y defensa frente a los poderes públicos del Estado; pero también, en virtud del artículo 17, la dimensión objetiva con contenido y alcance que superan y exceden a la tradicional concepción de derechos subjetivos, es decir como una norma vinculante para el deber de protección, ello implica la tutela de los derechos fundamentales no solo por violaciones de los poderes públicos, sino también, por violaciones de actos de particulares, reconocidos por la Constitución y la convención Americana de los Derechos Humanos.

En el Sistema Jurídico panameño existe la Doctrina del Bloque de constitucionalidad, al cual pueden referirse los juicios sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias, decretos u otros actos de inferior jerarquía, sujetos al control judicial de Constitucionalidad.

En Panamá la Doctrina del bloque de constitucional se introdujo con el Fallo de 30 de Julio de 1990 (R.J: Julio 1990, p. 131) en el que se resuelve la consulta de inconstitucionalidad promovida por el Juez décimo del primer circuito judicial de Panamá, Ramo Civil, Contra el Artículo 1768 del Código Judicial. Magistrado Ponente, Carlos Lucas López.

Los distintos elementos que integran el bloque de constitucionalidad en Panamá, son enunciados también en el fallo del 30 de Julio de 1990, mediante la reproducción literal de un Artículo publicado en el periódico Panamá América, escrito por Ex magistrado Arturo Hoyos, precursor de esta doctrina en nuestro país, donde se establece que “Existe un conjunto normativo que integra, con la Constitución Política de Panamá, un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o cualquier acto sujeto al control judicial de constitucionalidad”¹²².

Integran el bloque de constitucionalidad en nuestro país, los siguientes elementos:

¹²²Hoyos, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucional en Panamá. Órgano Judicial, Panamá, 1991.

La doctrina constitucional sentada en las sentencias de la Corte Suprema de justicia, siempre que sean compatibles con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello. El reglamento de la Asamblea legislativa, con respecto a las normas que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la asamblea.

La costumbre Constitucional, siempre que no contrarié el texto de la constitución.

Las normas de la constitución derogada de 1946, con respecto a actos expedidos y que surtieron sus efectos durante la vigencia de la dicha constitución.

El estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden Constitucional.

Algunos Convenios Internacionales ratificados por la República de Panamá.

Con respecto al último elemento que conforma la Doctrina del Bloque de Constitucionalidad en Panamá, Convenios Ratificados por la República de Panamá, En el Fallo de 28 de Septiembre de 1990, que resuelve una acción constitucional de Habeas Corpus la Corte Suprema de Justicia destaca el Valor de la Convención Americana de Derechos Humanos como forma de protección de los derechos de los Ciudadanos. Es interesante resaltar que las garantías que se prevén en el Artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos constituyen un mínimo de protección a la persona Humana.

Posteriormente, en Fallo de 8 de noviembre de 1990, que resuelve en apelación una Acción Constitucional de Amparo de Garantías Constitucionales promovido por Alex Askaazar Ahouri, la Corte expresamente establece que la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del Bloque de la Constitucionalidad. En esta sentencia fue ponente el Magistrado Arturo Hoyos.

Es conveniente resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que en Panamá existe un Bloque de Constitucionalidad. Este se integra por un conjunto de normas, la que, conjuntamente con la constitución formal, sirven a la corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad de Leyes y otros actos de servi-

dores públicos sujetos al control de la Constitucionalidad. En este sentido, el Pleno de la Corte Suprema entiende que el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del Bloque de Constitucionalidad de la República de Panamá, ya que puede integrarse al mismo en virtud de lo dispuesto en el Artículo 4 de Constitución Nacional.

Finalmente, el pleno de la Corte Suprema de Justicia considera que ciertos Derechos, como el Derecho a un proceso Justo, son elementos fundamentales del Estado de Derecho que se reconstruye en la República de Panamá y, de conformidad con lo expuesto anteriormente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se integra con el Artículo 32 de la Constitución Nacional para formar, entre ambos, el Bloque de las garantías constitucionales de un proceso justo en nuestro país.

En conclusión, luego del análisis de la jurisprudencia se expresado excepcionalmente, que ciertas normas de Derecho Internacional ratificadas por Panamá, pueden tener jerarquía constitucional si consagran Derechos Fundamentales que son esenciales para el Estado Constitucional de Derecho.

En ese mismo orden de ideas el autor Humberto Quiroga Lavié opina que “El bloque de Constitucionalidad se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo. Según este autor a este cuerpo normativo deben sumársele los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional en aquellas naciones que lo consagran expresamente”¹²³

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la “Internacionalización” del derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “Constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹²³ Quiroga Lavié, Humberto. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2001.

los Derechos Humanos vino a reconocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión “Constitucional”, no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno de cada Estado, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los Derechos Humanos.

La “Constitucionalización” de los tratados de derechos humanos, acompaña, así, con igual paso el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de Derechos Humanos. El Artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana de los Derechos Humanos, abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad” con miras a determinar si los Estados Partes del Sistema Interamericano, han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como el artículo 1, numeral 1.

Para el profesor Víctor Bazán “la creciente trascendencia de la intersección del Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras de afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de Derechos y Garantías. En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los Derechos Humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales o internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados. La Jurisdicción Interamericana ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquella de los ordenamientos Nacionales”.¹²⁴

¹²⁴ Bazán, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.

Para el especialista en Derechos Humanos, Ernesto Rey Cantor “El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratado–aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana”.¹²⁵

Así las cosas, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos; El control en sede Internacional implica que la Corte IDH tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, el control de convencionalidad aparece en sede Nacional cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado que forme parte del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial de proteger los Derechos de la persona humana.

La terminología “Control de Convencionalidad” que significa una comparación entre el Pacto San José de Costa Rica y otras convenciones a las que los países se han plegado y las disposiciones del derecho interno de los Estados adheridos, fue mencionada por primera vez, en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, en el año (2003), a través del voto razonado del Juez Sergio García Ra-

¹²⁵ Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.

mírez. Esto no quiere decir que sólo a partir del citado caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “El poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas 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, interprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos”¹²⁶.

En el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú (2006), la Corte Interamericana estableció que “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”¹²⁷.

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” fundamentado en los siguientes aspectos:

Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten; y

Debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están

¹²⁶ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Párrafo 124.

¹²⁷ CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Párrafo 128.

obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y;

Es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”¹²⁸.

La intencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” establece que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 americana de los Derechos Humanos, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En el caso *Gelman vs Uruguay* (2011), se amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las autoridades públicas, la Corte interamericana de los Derechos estableció lo siguiente “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

¹²⁸ CORTE IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Párrafo 225.

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”¹²⁹.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los Casos *López Mendoza vs Venezuela* (2011) y *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile* (2012), Estableció “adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos”¹³⁰.

En ese mismo sentido, en el caso *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala* (2012), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos determinó que “el Parámetro de Convencionalidad se extiende a otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano”¹³¹.

Finalmente, en el Caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname* (2014), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos estableció que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de Convencionalidad”¹³².

¹²⁹ CORTE IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*, Párrafo 239.

¹³⁰ CORTE IDH. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Párrafo 226 y 227 y CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Párrafo 284.

¹³¹ CORTE IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, Párrafo 330.

¹³² CORTE IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Párrafo 124.

III. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y DIFUSO

El control de la convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna.

CONTROL CONCENTRADO

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es en realidad un control “concentrado” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a la parte lesionada”, todo lo cual, cuando “decida hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana de los Derechos Humanos (art. 63), teniendo dicho fallo carácter “definitivo e inapelable” (art. 67) Convención Americana de los Derechos Humanos; por lo que los estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes (art. 68.1) de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la Convención Americana de los Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

La consecuencia que se deriva del control de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es que dispone que en el caso en concreto se violó la convención, tal

pronunciamiento es vinculante Artículos 62.3 y 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos y el Estado tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el Derecho Interno, incluyendo la propia constitución como ha ocurrido en algunos casos ventilados en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

CONTROL DIFUSO

Una de las manifestaciones de este proceso de “Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte Interamericana de los Derechos Humanos desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.

Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte Interamericana de los Derechos Humanos su calidad de “intérprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional

sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentra en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.

El Carácter “difuso” todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo. Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “Garantías” y “Órganos” internacionales de protección de los derechos humanos.

Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

El jurista Mexicano, Sergio García Ramírez aclara que “el “parámetro” de control de convencionalidad debería no limitarse a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino a todo el corpus juris convencional de los Derechos Humanos de los que es parte el Estado”¹³³.

En ese mismo orden de Ideas, el jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, agrega que “los jueces nacionales deben aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos in-

¹³³ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

ternacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona humana, por tal razón, los recursos efectivos de derecho interno, a los cuales se refiere expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección internacional de los derechos humanos”¹³⁴.

Dicho órgano interamericano ha dejado claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sobre Derechos Humanos sujetas a su competencia.

Dos razonamientos sobre el presente Tema:

1. El ejercicio del control de convencionalidad cabe, tanto a los jueces nacionales como a los internacionales.
2. La obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para su “constitucionalización”, o sea, la “constitucionalización” de una convención internacional.

Para el jurista y juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que interpreta dicha normatividad”.¹³⁵ Y si seguimos esta

¹³⁴ Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

¹³⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.

idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces panameños serán al mismo tiempo guardián de la Constitución Política y guardián de la Convención Americana de los Derechos Humanos, lo que implica una mejor protección y garantía de los Derechos Humanos.

IV. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR EL PODER JUDICIAL DE PANAMÁ

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del “control difuso de convencionalidad” aplican para el sistema jurisdiccional Panameño. Al haber firmado Panamá la carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1978 y al haber aceptado la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el año 1990, estas sentencias internacionales deben ser cumplidas y las mismas adquieren carácter “definitivo e inapelable”; sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito también por el Estado de Panamá.

De esta manera, el “Control Difuso de Convencionalidad” implica que todos los jueces panameños y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y sus opiniones consultivas, formándose un “Bloque de Convencionalidad”.

El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte. En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o Nacional, necesariamente deben ejercer el “Control Difuso de Convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el Corpus Juris Interamericano. En otras palabras, el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la Convención Americana de los Derechos Humanos, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sus sentencias y opiniones consultivas.

En ese orden de ideas, el profesor Néstor Pedro Sagües, plantea que ya no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. Por tal razón “Los papeles del Control de Convencionalidad, que guardan paralelismo con el Control de Constitucionalidad, son los siguientes”.¹³⁶

Rol exclutorio. En este ámbito, la Corte interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvenientes, es decir que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y normas internas (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina discute si esta tarea debe realizarla todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.

¹³⁶ Sagües, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.

Rol Constructivo o positivo

El control de Convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el Constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la Jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismo control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar el Derecho interno o Domestico ignorando la Convención Americana de los Derechos Humanos y la referida jurisprudencia de la Corte Interamericana.

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MARGEN DE APRECIACIÓN Y CONCORDANCIA PRÁCTICA Y SU APLICACIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL

La diversidad cultural es la Variedad de diferentes culturas, dentro de un grupo de personas o una Sociedad. El nuevo Código Procesal penal de Panamá el cual se implementó mediante Ley 63 del 28 de Agosto del 2008, regula la Diversidad Cultural en los Artículos 28 y 416, los cuales dicen textualmente lo siguiente.

Artículo 28: Las autoridades Judiciales y los tribunales llamados a pronunciarse en materia penal deben tomar en cuenta la Diversidad Cultural de los Intervinientes.

Artículo 416: En los casos de hechos punibles en que uno o más de los sujetos sea parte o provengan de una diversidad cultural, se debe ordenar una pericia para ambas partes para reconocer los valores que permitan valorar adecuadamente su responsabilidad penal.

Dentro de este Código Procesal Penal encontramos diseminados artículos que hacen referencia a la aplicación directa de los Tratados y Convenios de Derechos Humanos ratificados por Panamá al nuevo sistema Penal Acusatorio, entre los cuales tenemos.

Artículo 2: Legalidad procesal: nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la constitución política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la republica de panamá y de este código.

Artículo 14. Respeto a los Derechos Humanos: las partes en el proceso penal serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los derechos y garantías que consagra la constitución política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y este código, deben entenderse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana se ha pronunciado en el tema de la Diversidad Cultural aplicando el Control de Convencionalidad donde obliga al Estado condenado a adecuar su Derecho Interno a los principios, lineamientos y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre las Jurisprudencia que podemos citar son las siguientes:

Caso Aloeboetoe vs Surinam: sentencia del 2003

Caso Cayara vs Perú: sentencia del 2003

Caso comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua: sentencia 2000

Caso Bamaca Velásquez vs Guatemala: sentencia 2000

Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala: sentencia 2004

Caso Yatama vs Nicaragua: sentencia 2005

Caso de la comunidad Moiwana vs Surinam: sentencia 2006

Caso comunidad Indigena yakye axa vs Paraguay: sentencia 2006

Caso comunidad Indigena sawhoymaxa vs Paraguay: sentencia 2006

Caso Escue Zapata vs Colombia: sentencia 2007

Caso del pueblo Saramaka vs Surinam: sentencia 2007

Caso Tiu Tojin vs Guatemala: sentencia 2008

Caso Rosendo Cantu y otras vs México: sentencia 2010

Caso Chitay Nech y Otros vs Guatemala: sentencia 2010

Caso Fernández ortega vs México: sentencia 2011

Caso pueblo Indígena kichwa Sarayaku vs Ecuador: sentencia 2012

Caso masacre de Rio Negro vs Guatemala: sentencia 2012

Caso kuna de Madugandi y Embera de bayano y sus miembros vs Panamá: sentencia 2014

Caso comunidad Garifuna Punta Piedra y sus miembros vs Honduras: sentencia 2015

Caso Pueblo kaliña y Lokono vs Suriname: sentencia 2015

En la sentencia dictada contra Panamá, KUNA DE MADUGANDI Y EMBERA DE BAYANO y sus miembros: se condenó a al Estado por violación a los siguientes Derechos y se aplicó Control de Convencionalidad.

Al derecho a la propiedad

Los procedimientos para acceder a la propiedad del territorio indígena

Protección frente a terceros

Obligación de respetar los derechos sin discriminación por origen étnico

Brindar protección igualitaria ante la ley

El deber de adecuar el derecho interno (aplico control de convencionalidad): que ordenar al estado el establecimiento de un recurso adecuado y eficaz que tutele el derecho de los pueblos indígenas en panamá a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales, el respeto de los pueblos indígenas a aplicar sus normas consuetudinarias a través de sistemas de justicia.

MARGEN DE APRECIACIÓN

Esta Doctrina fue creada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el caso Handyside vs Gran Bretaña, el margen de

Apreciación es un instrumento de interpretación que le concede a los Tribunales de los Estados la posibilidad de aplicar los Derechos Consagrados a Nivel Internacional con una Interpretación Nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado los límites de esta Doctrina para Justificar tratos desiguales a Favor de los Pueblos o Comunidades Indígenas por su Diversidad Cultural. El margen de apreciación está limitado por la Protección y el empoderamiento de los Grupos Sociales desfavorecidos.

En el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, debía determinar si la condena por difamación que sufre un periodista constituye una violación a la libertad de expresión protegida por la Convención Americana de los Derechos Humanos. En el análisis de la Corte interamericana de los Derechos Humanos y tal como lo ha reiterado en varias oportunidades, la libertad de expresión cumple un rol fundamental para el Estado Democrático. Así, el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. Por ello, las expresiones referidas a autoridades públicas – personas que ejercen funciones públicas – deben contar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Tal “apertura” implica una reducción considerable sobre el margen de discrecionalidad estatal en la determinación de restricciones a la libertad de expresión.

La Concordancia Practica

Esta Doctrina fue creada por el Tribunal Constitucional Peruano, la cual se enfoca en toda aparente tensión, entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir sin sacrificar ninguno de los Valores, Derecho o Principios.

Esta doctrina se da cuando hay tensiones entre Derechos Fundamentales donde se debe aplicar el principio de Proporcionalidad y ponderación de Derechos, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Español, donde establece que no se trata de establecer jerarquías de Derechos ni prevalencias a Priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos Derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha utilizado la doctrina de la concordancia Práctica por ejemplo en el caso *Kimel vs Argentina*, la Corte señaló que la decisión de criminalizar la expresión de opiniones e informaciones “se debe analizar con especial cautela” por los Estados Partes, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

Quizás el ejemplo más claro de proporcionalidad se encuentra en la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México*. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos comprendía el contenido normativo de los derechos políticos asegurados por la Convención Americana de los Derechos Humanos. El Estado mexicano había negado el registro de la candidatura independiente de Castañeda-Gutman para la presidencia de la Nación. Las reglas electorales en México exigen que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, excluyendo a los independientes o las candidaturas ciudadanas.

VI. CONCLUSIONES

1. La Constitucionalización del Derecho internacional de los Derechos Humanos, lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos o incorporar los tratados de derechos Humanos al Bloque de la

Constitucionalidad o incorporar los Tratados y Convenios en Materia de Derechos Humanos a través de la Implementación del Sistema Penal Acusatorio.

2. El Control de Convencionalidad Obliga a los Estados que forman parte del Sistema Interamericano a Adecuar su derecho Interno a los principios, lineamientos y estándares fijados por la Corte Interamericana a través de su Jurisprudencia y Opiniones Consultivas.

3. El Control de Convencionalidad obliga a las Autoridades Públicas, es decir al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y especialmente al Poder Judicial a aplicar los Precedentes jurisprudenciales fijados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

4. La Diversidad Cultural como principio Rector del Nuevo Sistema Penal Acusatorio en Panamá, debe ser analizada desde el contexto de Los Derechos Humanos, aplicando las Doctrinas del llamado Control de Convencionalidad, Margen de Apreciación y Concordancia Practica.

5. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Control de Convencionalidad plantea tres interrogantes para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, sobre la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, sobre el estándar de protección y sobre el órgano llamado a ejercer el control.

6. El desafío del Control de Convencionalidad es que los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, en su derecho interno deben ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012
- HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucional en Panamá. Órgano Judicial, Panamá, 1991.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2001.
- REY CANTOR, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, pág. XLVII.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Párrafo 124.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Párrafo 128.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Párrafo 225.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, Párrafo 239.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Párrafo 226 y 227.

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Párrafo 284.
- Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.
- Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

CAPÍTULO II
DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PROVINCIAL

Razones para una reforma constitucional
A sesenta años de la sanción de la Constitución de la Provincia de Misiones

MGTER. VIVIANA TERESITA VALLARO (ARGENTINA)

MGTER. MARTÍN RUBÉN LÓPEZ (ARGENTINA)

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución es la ley fundamental de un Estado, la de más alto rango en el ordenamiento político y jurídico, y con la cual deben guardar coherencia el resto de las leyes.

Así, en el caso de la Constitución de Misiones, es la norma fundamental de la provincia y sienta las bases que regulan la convivencia social, establece la forma de gobierno, organiza los poderes públicos –ejecutivo, legislativo y judicial-, y reconoce los derechos y garantías de la ciudadanía, en consonancia con la Constitución Nacional.

Estos cuerpos de reglas y normativas que conforman una constitución expresan los valores, principios y voluntad de un pueblo en cada momento histórico e influyen en todos los aspectos de la vida de los ciudadanos.

Si bien la Constitución de la provincia de Misiones (1958) fue un texto de avanzada y de importancia para su época -hoy a sesenta años de su sanción- consideramos que es imprescindible adaptarla a nuestros tiempos, en virtud del cambio de paradigma constitucional que vigorizó los derechos y garantías incorporados a través de la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

II. RESEÑA HISTÓRICA

2. A. *Primera Constitución de Misiones*

El 25 de abril de 1954, cuando comenzaba la institucionalización de la provincia, se hizo la elección de los quince convencionales para integrar la Convención Constituyente, resultando elegidos solo del Partido Peronista. Su actividad se desarrolló entre los días 8 y 21 de noviembre. Durante ese lapso uno de los convencionales leyó el texto del proyecto de Constitución que venía del Ministerio del Interior de la Nación, que se había presentado por Secretaría, y que el cuerpo se limitó a aprobar, el cual llevaba la firma de todos

los convencionales, aconsejando su aprobación en la sesión del 13 de noviembre.

El miembro informante de la convención al fundar el pedido de aprobación, dejó constancia de que el contenido era conforme a la Constitución Nacional de 1949, a la que mencionó como “Constitución Peronista”; al proyecto en tratamiento también se le dio el mismo adjetivo. Su sanción tuvo lugar el 17 de noviembre de 1954.

Ya en vigencia la Carta provincial, se convocó a elecciones para integrar los órganos Ejecutivos y Legislativos, cuyo mandato comenzó el 4 de junio de 1955 y se interrumpió el 20 de septiembre del mismo año con el golpe de Estado. Consecuentemente, el 27 de abril de 1956 la Primera Constitución quedó sin efecto, junto con las de Chaco y La Pampa por la proclama dada por el gobierno de facto, que derogó la Constitución Nacional de 1949 restableciendo la de 1853 con sus reformas de 1860, 1866 y 1898. Producida la ruptura constitucional, Misiones volvió a 1953, o sea a ser una Provincia sin Constitución.

2. B. Segunda Constitución de Misiones

Restablecida la democracia, la Convención Constituyente para la provincia de Misiones fue convocada por Ley N° 4347. Dicha normativa ordenaba el llamado a elecciones de Convencionales Constituyentes Provinciales, lo que se concretó en el Decreto Provincial N° 759/57, en fecha 27 de abril de 1957. Donde se convocó al electorado para elegir veinticuatro convencionales constituyentes para sancionar una nueva constitución para la provincia “de acuerdo con los principios fundamentales de la Constitución Nacional de 1853 y sus reformas de 1860, 1866 y 1898, incluyendo las que sancionan la Convención Nacional convocada por el dec. N° 3838/1957”, pues en la misma contienda se elegían cinco convencionales para la Convención Constituyente Nacional.

La primera reunión de la Convención Constituyente se llevó a cabo el 30 de agosto de 1957, produciéndose la sanción de la nueva Constitución de la provincia de Misiones el día 21 de abril

del año 1958¹³⁷, junto con los ciento setenta y nueve (179) artículos, se sancionaron doce cláusulas transitorias marcando directivas para la inserción de la provincia en la constitucionalidad.

Cabe destacar que, en la redacción final se tomó como antecedentes la Constitución del Chaco y también algunas disposiciones de la Constitución de Entre Ríos de 1933. Como referencia histórica de la Constitución provincial, se incorporó en la parte final del texto constitucional el Reglamento Provisional dictado por el General Don Manuel Belgrano el día 30 de diciembre de 1810.

III. RAZONES PARA LA REFORMA. CAMBIO DE PARADIGMA

La Constitución de la Nación Argentina fue dictada por la burguesía liberal del siglo XIX, compuesta mayoritariamente por propietarios e intelectuales, siendo por ello lógico la preponderancia de los derechos-libertad, que surgen con el Estado liberal burgués, entre finales del siglo XVIII hasta principios del siglo XIX. El poder constituyente originario de 1853, fiel al espíritu de la época y a la influencia de Juan Bautista Alberdi, acentuó un marcado liberalismo que se caracterizó por la mínima intervención estatal, protección de la propiedad ya adquirida y la máxima libertad posible para los individuos.

Recordemos -como expresa Rodolfo Vigo¹³⁸- que el Estado de Derecho Legal fue generado en la revolución francesa¹³⁹, pero

¹³⁷ “La Honorable Convención Constituyente de Misiones informa al pueblo que, en el día de hoy, lunes 21/04/1958, ha dado cumplimiento al mandato por él conferido, a la Provincia su autonomía, estableciendo la orientación general del Estado, y la formación de sus poderes, en el régimen republicano, democrático y representativo de gobierno. De hoy en mas es y será el pueblo misionero el custodio de las instituciones en ellas establecidas. Firmaron: Mario Losada (presidente), Adonai Viera (secretario), Rodolfo Baccay, Luis Derna, Martín Esquivel, Antonio María Etcheto, Antonio García Rincón, Juan Carlos Guerra, Aquiles Iri-garay, Héctor José Presa, Rodolfo Raczkowsky, Juan Esteban Ramirez y Julio Silveira Marquez”

desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y a Latinoamérica. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución —especialmente en la práctica jurídica— después de los tribunales de Nuremberg. El impacto del totalitarismo nazi y su desenlace, fue decisivo en la historia institucional de Europa que marca una nueva etapa a partir de ese momento. La Ley Fundamental de Bonn (1949), rompe la decimonónica sinonimia entre derecho y ley y partir de allí se abre el panorama de un nuevo paradigma que se impregna de principios y valores dando lugar al Estado de Derecho Constitucional.

En los tiempos actuales predomina el paradigma del Estado de Derecho Constitucional y Convencional observándose una irrupción de valores, principios y derechos fundamentales que cargan al derecho de un contenido moral ineludible.

Las constituciones en el superado paradigma decimonónico funcionaban como meros programas políticos dirigidos al Poder Legislativo, que era el encargado de traducir los derechos por medio de normas jurídicas. Ejemplo de ello es la consagración de listados de derechos sujetos a la reglamentación de su ejercicio.

En el Estado de Derecho Constitucional y Convencional la constitución deja de ser un programa político para convertirse en fuente del derecho, tornándose operativa, eficaz y dinámica.

Desde el *leading case*, “*Marbury vs. Madison*” del año 1803, hasta nuestros días, el reconocimiento pleno de la supremacía constitucional resulta incontestable. Nada del derecho vigente queda al margen de la Constitución, especialmente de los valores

¹³⁸ Vigo, Rodolfo Luis "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional". Suplemento. Constitucional 2010, 11/02/2010, 1 - LA LEY 2010-A, p. 1165.

¹³⁹ En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en Francia en el año 1789, fue el hito promotor de las Constituciones dictadas en el siglo XVIII, que establecieron un largo catálogo de derechos.

y principios que de ella emanan. El derecho se impregna de principios y se constitucionaliza.

La reforma constitucional del año 1994, significó un gran avance en pos de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. Un catálogo detallado en el capítulo Segundo “Nuevos Derechos y Garantías” -comprensivo de los artículos 36 a 43- definió siete especies de derechos fundamentales: Libertad; Igualdad; Propiedad; Derechos Políticos; Sociales; de Incidencia Colectiva y Ambiental. Los que se suman al texto originario, Capítulo Primero “Declaraciones, Derechos y Garantías” que ha permanecido intangible, además de la incorporación en el artículo 75 inciso 22 de los tratados Internacionales de Derechos Humanos¹⁴⁰, que han enriquecido el plexo normativo.

Toda esta gama de derechos debe estar protegida o alentada por una garantía jurídica, siendo las garantías de los derechos fundamentales el mecanismo por excelencia para dotar de efectividad a los derechos y al normal desenvolvimiento de la vida constitucional.

En el ámbito de la Provincia de Misiones, la Constitución provincial sancionada en el año 1958, si bien fue adelantada para su tiempo, siendo el reflejo de las ideas predominantes en el mundo

¹⁴⁰ Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Declaración Universal de derechos humanos; Ley N° 23054: Convención Americana sobre derechos humanos; Ley N° 23313: Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales-civiles y políticos y su protocolo facultativo; Decreto Ley N° 6286/56: Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; Ley N° 17722: Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Ley N° 23179: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Ley 23338: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; Ley 23849: Convención sobre los derechos del niño; Ley N° 24556: Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Ley N° 24584: Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y Ley N° 26378: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

de posguerra del siglo pasado, no modificó su carta magna pese a la reforma nacional de 1994, que cambió el paradigma constitucional: consagrando a los derechos humanos como valores supremos.

Consideramos positivo la relectura de la constitución provincial a la luz del nuevo paradigma de Estado de Derecho Constitucional y Convencional.

La propuesta de reforma de la Constitución de Misiones se origina en la necesidad de plasmar en su texto los avances institucionales y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías producidos en los últimos sesenta años. Es decir, que la nueva constitución exprese los valores, principios y voluntad del pueblo misionero en el actual momento histórico.

En este orden de ideas, se formulan algunas sugerencias de actualización del texto constitucional provincial, así como la incorporación de nuevos derechos e institutos.

IV. PROPUESTAS

4.1. *En relación a los derechos y garantías*

Nuestra Constitución provincial reconoce, en los artículos 1, 7 y 8, los principios, derechos, deberes y garantías establecidos en la Carta Magna Nacional destacando el “pleno desarrollo de la personalidad” y “dignidad humana”. Resulta conveniente, atento a lo expresado anteriormente, la incorporación de los derechos y garantías emergentes de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados.

Tutela judicial efectiva. De la inviolabilidad de la defensa en juicio -originariamente prescripta en el artículo 18 de la Constitución Nacional- se deriva el derecho al proceso, pues para que exista defensa, debe previamente asegurarse mediante garantías que el mismo se desarrolle debidamente y además que se tenga oportunidad de acceder al proceso.

Justamente, el debido proceso legal evolucionó, desde el dere-

cho a la defensa en juicio y el derecho a la jurisdicción, a un derecho fundamental a la protección eficaz por parte de los tribunales de justicia, denominado derecho a una tutela judicial efectiva, resultando apropiada su inclusión en el texto constitucional provincial.

Igualdad. El artículo 9 de la Constitución provincial establece un concepto amplio de igualdad, no circunscripto a la ley, sino que abarca a la dignidad social, asegurando la igualdad de oportunidades para cada habitante, cuyo deber es contribuir al bienestar común de acuerdo con sus posibilidades. El tratamiento abarcativo del principio de igualdad, también merece una nueva mirada, desde el punto de vista del acceso a la justicia.

Un aspecto prioritario en la agenda del Sistema Interamericano de Derechos Humanos -sobre todo a partir de principios de la década del '90- lo constituyen los temas relativos al funcionamiento de los sistemas de justicia, el acceso igualitario y los patrones estructurales de exclusión que padecen grupos y colectivos sociales, “que ven afectados sus derechos de participación y expresión, sufren patrones de violencia institucional o social, u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político, o a la protección social o judicial”¹⁴¹.

En estas sociedades plurales y complejas se encuentran aquellos que cuentan con la protección de la ley, amparados por la legalidad, accediendo a los beneficios de vivir en un Estado de Derecho y aquellos otros que, por distintas razones, se ven impedidos de acceder a la protección de sus derechos¹⁴².

¹⁴¹ Abramovich Víctor “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 6-11, 2009, p.12.

¹⁴² Cfr. Nogueira Juan Martín y Schapiro Hernán I., “Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad. (Análisis de las 100 Reglas de Brasilia) Estudio preliminar y propuestas para el análisis”, en Nogueira Juan Martín y Schapiro Hernán I. (coord.), Acceso a la Justicia y grupos vulnerables, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, p. 25- 29.

Los sectores sociales en condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las principales víctimas del déficit existente en el acceso a la justicia. El principio de igualdad y de no discriminación debe relacionarse con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 y con la protección judicial dispuesta en el artículo 25 -ambos de la Convención Americana de Derechos Humanos o denominada también Pacto de San José de Costa Rica - que conforman el contenido del acceso a la justicia.

Desde la “perspectiva igualitaria” y la mirada del “más débil” no es indiferente que un derecho o una garantía estén o no inscritos en su constitución, el reconocimiento de estos derechos permite luego la lucha por su efectivización en el campo de lo social, lo político y también lo jurídico, e impide que cualquier norma de rango inferior los cercene.

Por ello, será importante la recepción de derechos y garantías en nuestra Carta Magna provincial, que contemple a los nuevos actores sociales, el reconocimiento de minorías, de los excluidos y el rol que cumplirá un Estado activo y presente, para garantizar el cumplimiento de los mismos.

Nuevos derechos. Tendrán que incorporarse, entre otros, el derecho a la identidad de las personas y a ser diferentes sin ningún tipo de discriminaciones; el derecho de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos; el amparo a las víctimas de trata, violencia y explotación sexual; el reconocimiento de derechos desde la perspectiva de género, los derechos reproductivos y sexuales y la igualdad real entre varones y mujeres en el acceso a todos los derechos; el derecho a la plena integración de las personas con capacidades diferentes; el medio ambiente, el acceso a la tierra; el derecho al agua como derecho humano fundamental para que ni el mercado ni el Estado puedan suprimir o lesionar.

Acción de amparo, hábeas data y hábeas corpus. El amparo constitucionalizado en el año 1994, es una de las herramientas más vigorosas para la defensa de los derechos constitucionales. El artículo 43 de la Constitución Nacional incorpora eficazmente a la acción -no recurso- de amparo individual y colectivo o pluripersonal, así como también incorpora al hábeas data y al hábeas cor-

pus, mejorando notablemente la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, los Tratados y leyes.

La provincia de Misiones no ha sido ajena a la protección de los derechos de sus habitantes, en tal sentido merece destacarse la incorporación -realizada muy tempranamente- de los recursos de amparo (art. 16 y 17) y de hábeas corpus (art. 18) en la constitución provincial.

Debe recordarse al respecto que, a nivel nacional, más de treinta años transcurrieron para la regulación constitucional del amparo como garantía de protección de los derechos, sin embargo en la provincia de Misiones, ya se encontraba expedita la vía para su procedencia con base en las disposiciones del artículo 16 de la carta magna provincial.

Asimismo, cabe observar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó pretorianamente la acción de amparo al elaborar la doctrina en los paradigmáticos casos “Siri Angel S.”¹⁴³ y “Kot Samuel S.R.L.”¹⁴⁴, resueltos en los años 1957 y 1958 respectivamente, al mismo tiempo que en nuestra provincia nacían los recursos de la mano de la Constitución provincial.

En la actualidad, doctrinariamente ya no se habla de recursos de amparo y habeas corpus sino de acciones para obtener la protección judicial. Resultando en consecuencia necesaria su debida contextualización en el texto provincial, conjuntamente con la acción de hábeas data para la protección de los datos personales.

Al respecto la previsión constitucional nacional del hábeas data al igual que el principio de reserva sobre la fuente de información en labor periodística, preservan la corrección y confidencialidad de los datos sensibles, teniendo en cuenta que los bancos de datos constituyen una intromisión en la privacidad de las personas y los institutos constitucionales resguardan esa intimidad y confidencialidad.

Derechos de usuarios y consumidores y derecho a un ambiente sano. Otras incorporaciones que resultan beneficiosas re-

¹⁴³ CSJN Siri, Fallos, 239:459

¹⁴⁴ CSJN Kot, Fallos, 241:291

fieren a los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a un ambiente sano y limpio, que se encuentran regulados en el plexo constitucional nacional, pero carecen de recepción constitucional expresa en el ámbito provincial, más allá de las numerosas leyes que legislan sobre el tema (Ley XVI N° 80 de Educación Ambiental; Ley XVI N° 81 Información Ambiental; Ley XVI N° 35 Evaluación de Impacto Ambiental, entre otras).

La tutela constitucional del medio ambiente a través del art. 41 de la Constitución Nacional introduce el deber genérico de recomponer cuando ha mediado un daño ambiental.

Esta tutela jurisdiccional tiene un gran impacto en una provincia como la nuestra donde resulta necesaria la defensa efectiva de los recursos y riquezas naturales; ya que Misiones está generosamente dotada de agua potable, tierras fértiles con aptitud rural y una asombrosa biodiversidad que exige una férrea tutela de los mismos para que no se vea afectado el medio ambiente y la sustentabilidad de los recursos y riquezas.

En cuanto a los derechos de usuarios y consumidores cabe tener presente las garantías de precio justo y deber de información veraz y adecuada. Se trata de alcanzar un progreso inclusivo que sólo puede darse en situaciones de equidad entre las partes del negocio jurídico que da origen a la relación de consumo.

Las previsiones constitucionales sobre el derecho al ambiente sano y el de los usuarios y consumidores, deben enrolarse dentro del paradigma de desarrollo, que procura el desarrollo- valga la redundancia- humano sustentable, sostenible e intergeneracional. Lo contrario nos llevaría a un crecimiento aislado, insular, circunscripto a un grupo y en detrimento de otros.

Pueblos originarios. Finalmente, en lo pertinente a los pueblos originarios, el 21 de noviembre de 2003 por la Ley N° 4000 se modificó el artículo 9 del Título Segundo, Capítulo Único de la Constitución Provincial reconociendo y garantizando: la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas Mbya; el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

4. 2. *En el ámbito del poder legislativo*

El Título I, Sección Primera, Segunda Parte de la Constitución de la Provincia de Misiones está dedicado al Poder Legislativo, en el cual se establece el sistema unicameral: una Cámara de Representantes elegida directamente por el pueblo, cuyos integrantes duran cuatro años en sus funciones pudiendo ser reelegidos, renovándose el cuerpo por mitades cada dos años. Actualmente cuenta con cuarenta diputados, que es el máximo que permite la Constitución gozando de inmunidades desde el momento de su elección hasta el cese. Se le reconoce la facultad de sancionar su presupuesto a través de una ley que no podrá ser vetada.

En cuanto a su funcionamiento, se fija como periodo ordinario de sesiones el 1° de mayo al 31 de octubre. Tiene facultad propia de prorrogar sus sesiones; pero las sesiones extraordinarias deben ser convocadas por el Poder Ejecutivo, salvo que decidan hacerlo con un tercio de sus miembros (art. 98).

En el trámite de formación y sanción de las leyes, arts. 102 a 104 su mecanismo general no difiere del establecido en la Constitución Nacional entonces vigente, salvo que sea desechado en todo o en parte un proyecto de ley por el Poder Ejecutivo, en cuyo caso, vuelto con sus objeciones a la Legislatura, ésta puede insistir en la sanción con el voto de la mayoría de sus miembros, convirtiéndolo en ley, pasándolo al Ejecutivo para su promulgación.

En lo pertinente a las atribuciones de la Cámara de Representantes (art. 101) corresponde destacar el inc. 20¹⁴⁵ el cual garantiza la participación popular a los fines de defender el territorio misionero (referendum ratificatorio de la ley)

Asimismo no se puede dejar de señalar, que la Cámara de Diputados de la Provincia de Misiones atento a sus atribuciones y

¹⁴⁵ “Autorizar la cesión de tierras de la Provincia para objetos de utilidad pública, con el voto de los dos tercios de los miembros de la Cámara, cuando esa cesión importe abandono de jurisdicción o desmembramiento territorial, dentro de los límites prescriptos por la Constitución Nacional. En este caso la ley deberá ser ad referendum” art. 101 inc. 20 de la Constitución de la Provincia de Misiones.

frente a las urgencias políticas, sociales y económicas, actualmente lleva a cabo diversas actividades de gran utilidad para los misioneros como ser: el Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones¹⁴⁶; actualmente en redacción el Digesto de Género de la Provincia de Misiones; el Parlamento Misionero de la Mujer¹⁴⁷; Jornadas de Actualización en Procesos constitucionales y Derechos Humanos; Seminario sobre Pueblos Originarios; El Embajador Legislativo¹⁴⁸, Certificación de la Norma ISO 9001:2008 en gestión de calidad en los procesos que desarrolla la organización, Jornada de reflexiones sobre una sociedad violenta, Programa Nacional de Capacitación Política, desafíos para una sociedad más sana; Programa Nacional de Capacitación Política; entre otras actividades.

4. 3. Dentro del ámbito del Poder Ejecutivo

El Título II, Sección Primera, Segunda Parte de la Constitución de la Provincia de Misiones contempla lo relativo al Poder Ejecutivo.

En relación al Gobernador y Vicegobernador, la enmienda dispuesta por Ley 2604 de fecha 15/12/1988 posibilitó su reelección hasta por un período legal, con la posibilidad de sucesión recíproca. Dicha enmienda fue ratificada por Referéndum llevado a cabo en el acto eleccionario del 14/5/1989.

¹⁴⁶ Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones http://www.diputadosmisiones.gov.ar/web_camara/home.php?secretaria=4&pagina=busqueda Última consulta 09/04/2017

¹⁴⁷ Comenzó una nueva edición del Parlamento Misionero de la Mujer. Cámara de Representantes. Provincia de Misiones. República Argentina. 29-03-2017

http://www.diputadosmisiones.gov.ar/web_camara/home.php?pagina=contenidos&id=5126&categoria=1&secretaria=5&nro_pagina=#menu Última consulta 09/04/2017

¹⁴⁸ ¿Qué es el embajador legislativo misionero? 16-03-2016 http://www.diputadosmisiones.gov.ar/web_camara/home.php?secretaria=3&pagina=contenidos&categoria=45 Última consulta 09/04/2017

El procedimiento de enmienda legislativa posibilita la reforma constitucional de un solo artículo cada dos años con el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Cámara de Representantes de la Provincia y el sufragio del pueblo en oportunidad de la primera elección provincial que se realice, conforme lo dispuesto en la Sección Tercera, Capítulo Único referido a los procedimientos de reforma constitucional, en especial aplicación los artículos 178 y 179 de la constitución provincial.

Entre las enmiendas que se realizaron para modificar el texto constitucional provincial, se destaca la primera que introdujo los derechos laborales -modificándose el art. 31 por Ley 254 dictada en el año 1974- la segunda que posibilitó la reelección de gobernador y vice y una tercera que introdujo la creación del Consejo de la Magistratura, modificándose el art. 116 inc. 10 de la Constitución Provincial, dispuesta por Ley 3652 de fecha 18/5/2000.

Esta última enmienda limitó la potestad del Poder Ejecutivo provincial en el nombramiento de Magistrados y funcionarios de los más altos cargos del Poder Judicial y de los organismos de contralor.

A partir de la reforma se requiere una mayoría especial -dos tercios de la totalidad de los miembros de la Cámara- para nombrar en sesión pública a los Magistrados del Superior Tribunal de Justicia. Asimismo, con acuerdo de Cámara, en virtud de una terna vinculante remitida por el Consejo de la Magistratura, podrá nombrar a los jueces, fiscales y defensores, así como al Procurador General, al Fiscal de Estado, autoridades del Tribunal de Cuentas y del Consejo General de Educación.

Una particularidad en el tema se observa en el artículo 115 de la Constitución de la Provincia de Misiones, que impone al gobernador y vice la obligatoriedad de no ausentarse de la provincia hasta tres meses después de cesar en sus cargos y sin autorización de la Cámara de Representantes. Ello constituye un resabio del “juicio de residencia”, mecanismo por el cual se audita el desempeño de los mismos en el cargo. A pesar de encontrarse expresamente previsto en el texto constitucional nunca se hecho uso de esta posibilidad, por lo que el artículo reviste un valor más sim-

bólico que práctico, inspirado en el espíritu democrático y republicano que exige la justificación del ejercicio del poder.

4. 4. *En torno al Poder Judicial*

Finalmente, en el Título III, Sección Primera, Segunda Parte de la Constitución de la Provincia de Misiones se organiza el Poder Judicial, el cual es ejercido por el Superior Tribunal de Justicia y por los demás tribunales inferiores que la ley establezca (art. 136). El máximo órgano judicial ejerce jurisdicción originaria y por apelación para conocer y resolver sobre constitucionalidad de normas de distintas categorías. También conoce y resuelve conflictos jurisdiccionales y de competencia entre poderes públicos y en los que se susciten entre los tribunales de justicia. Conocer y resuelve originariamente en lo contencioso administrativo y en los recursos extraordinarios que la ley acuerde contra sentencias definitivas (art. 145)

En materia administrativa, el Superior Tribunal de Justicia presenta anualmente el Poder Ejecutivo el presupuesto de gastos de la administración de justicia a fin de ser incluido en el presupuesto general de la provincia (art. 146 inc. 4). Cabe señalar que el convencional constituyente, por medio de esta cláusula, reconoció la autarquía del Poder Judicial de Misiones.

El Ministerio Público, se encuentra dentro de la estructura del Poder Judicial, siendo su máxima autoridad el Procurador General, quien es también jefe de los defensores y fiscales.

Por otra parte, en el art. 147 se proyectó la creación y estructuración de la Policía Judicial con capacitación técnica dependiente exclusivamente del Poder Judicial¹⁴⁹. En tal sentido cabe destacar que actualmente se encuentra en funcionamiento la Secretaría de Apoyo en Investigaciones Complejas (SAIC), bajo el

¹⁴⁹ Cfr. Pancallo D'Agostino Martín R. "Realidad actual de la Constitución de Misiones. A cincuenta años de su sanción" en Mario Midón y otros "Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas análisis de los institutos más destacados en las 24 constituciones vigentes". Obra Colectiva. Ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 316

ámbito del Superior Tribunal de Justicia, que entre otras funciones coordina tareas operativas con la Policía de seguridad y científica de Misiones, el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial o cualquier otra dependencia pública que tenga o guarde relación con la investigación del hecho complejo.

Asimismo, el Poder Judicial viene desarrollando diversas actividades a los fines de cumplimentar con los desafíos y oportunidades para mejorar su funcionamiento y organizar el servicio de justicia. Para lo cual se han creado: el Centro de Capacitación y Gestión Judicial¹⁵⁰; el Sistema de Gestión del Expediente Digital -SIGED-; el Centro Judicial de Mediación -CEJUME-; la Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos -Ley IV N° 44 D.J.- Dirección Técnica Interdisciplinaria de Asistencia a Víctimas y Testigos -Acordada N° 31/10 STJ-; y Jornadas de capacitación y actualización permanente para Magistrados, funcionarios y agentes del Poder Judicial, entre otros.

4. 5. Autonomía Municipal

La Constitución vigente es una de las primeras constituciones provinciales que definió la autonomía política, financiera y administrativa de los municipios -anticipándose al mandato del constituyente nacional del año '94- estableciendo tres categorías de municipios, con la elección de las autoridades electivas en forma directa (art. 163), y aceptando el voto de los extranjeros que se inscriban en el registro municipal (art. 164). También hay que destacar que los electores de los municipios tienen derecho de iniciativa, referéndum y destitución (art. 165), Sin perjuicio de la existencia de estos institutos, se propende a la reglamentación de los mismos para debatir asuntos de interés general de los municipios.

Atento a la ubicación geográfica en que se encuentra la Provincia de Misiones, el convencional constituyente reconoció en la persona extranjera el derecho a elegir autoridades y ser elegido, afirmando que es “un acto de estricta justicia para con aquellos

¹⁵⁰ Centro de Capacitación y Gestión Judicial- Dr. Mario Dei Castelli
<http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/> Última visita 08/04/2017

hombres que desde todas las latitudes del mundo, amparados por una legislación hospitalaria, han venido a radicarse a estas tierra para compartir los afanes y sacrificios de sus propios hijos”¹⁵¹

Asimismo, el gobierno de los municipios de primera y segunda categoría¹⁵² cuentan con un departamento Ejecutivo y otro Deliberativo (art. 162), con posibilidad para los municipios de primera categoría de dictarse sus respectivas cartas orgánicas para su gobierno (art. 170).¹⁵³

Si bien, cabe señalar que la facultad de dictar los municipios su propia carta orgánica es un notable avance al principio de autonomía municipal –aun cuando no existía en nuestra Constitucional Nacional de 1953- la facultad institucional de tener su propia carta orgánica; pero se propone tener en cuenta para las futuras modificaciones, la posibilidad de que los municipios –de todas las categorías- tengan la oportunidad de dictarse su propia carta orgánica.

V. CONCLUSIÓN

En el año 2018 la Constitución de la Provincia de Misiones cumplirá sesenta años de vida institucional, es una de las pocas cons-

¹⁵¹ Convención Constituyente, abril del año 1958, sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Misiones. Biblioteca Poder Judicial de la Provincia de Misiones.

¹⁵² La Ley Orgánica de Municipalidades N° 257 (Ley XV N°5 -Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones) reglamenta que son municipios de: a) primera categoría de +10.000 habitantes; b) segunda categoría de 400 a 10.000 habitantes y, c) tercera categoría de 400 habitantes

¹⁵³ Actualmente la Provincia de Misiones cuenta con setenta y cinco (75) municipios -conforme a la Ley XV N° 6 del Digesto Jurídico de Misiones-; los cuales están divididos en tres categorías: a) Primera categoría cuenta con un total de diecinueve municipios (19) 3 b) Segunda categoría cuenta con un total de cincuenta y seis municipios (56). Y solamente poseen carta orgánica municipal los municipios de: Apóstoles, El Soberbio, Eldorado, Leandro N. Alem, Montecarlo, Oberá, Posadas, Puerto Esperanza, Puerto Iguazú y Puerto Rico.

tituciones provinciales que no introdujo reformas propias del desarrollo institucional de los últimos años.

Como se señaló a lo largo de esta ponencia, los cambios a implementar no son una cuestión menor, lo que hace ineludible la toma de conciencia de todos y cada uno de nosotros para que podamos comprometernos, participar y ser protagonistas.

Misiones necesita una Constitución nueva -acorde al paradigma del Estado de Derecho Constitucional y Convencional vigente- para una sociedad que debe ser cada vez más libre, democrática e igualitaria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Abramovich Victor “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 6-11, 2009.
- Convención Constituyente, abril del año 1958, sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Misiones. Biblioteca Poder Judicial de la Provincia de Misiones.
- Gran Atlas de Misiones- Instituto Provincial de Estadísticas y Censos 2015.
- López Martín López Eficacia de la sentencia desde el razonamiento justificatorio judicial. Caso Teresa Beatriz Martinz del STJ de Misiones. Tesis de derecho aplicado. Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral, Buenos Aires, 2015.
- Midón Mario y otros Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas análisis de los institutos más destacados en las 24 constituciones vigente. Obra Colectiva. Ed. Abeledo Perrot, 2009.
- Nogueira Juan Martín y Schapiro Hernán I. Acceso a la Justicia y grupos vulnerables, Librería Editora Platense, La Plata, 2012.

- Vallaro Viviana Teresita Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de un grupo vulnerable de la provincia de Misiones. Propuesta para una justicia sin vendas. Tesis de dogmática jurídica. Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral, Buenos Aires, 2015.
- Vigo Rodolfo Luis "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional". Suplemento. Constitucional Ed. La Ley, 2010.

Páginas Web

- www.capacitacion.jusmisiones.gov.ar/
- www.cejume.jusmisiones.gov.ar
- www.diputadosmisiones.gov.ar
- www.ipecmisiones.org
- www.jusmisiones.gov.ar/
- www.misiones.gov.ar

CAPÍTULO III
DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRASNACIONAL

Derecho Procesal Constitucional Transnacional El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁴

EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA¹⁵⁵ (COLOMBIA)

¹⁵⁴ El presente capítulo de libro, hace parte del proyecto de investigación de la Universidad Libre (Colombia), denominado “*sentencias de unificación y extensión de fallos*”, grupo de investigación en derecho privado y procesal, número 11010120.

¹⁵⁵ Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; ex Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Coordinador y profesor de la maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Colombia); profesor invitado en otras maestrías y especializaciones en derecho constitucional, derecho procesal constitucional, justicia constitucional y derecho procesal, en las universidades de Bolonia y Pisa (Italia), Nacional de Lomas de Zamora y de Buenos Aires “UBA” (Argentina), Universidad Mayor de San Andrés “USMA” (Bolivia), Universidad de Especialidades del Espíritu Santo “UES” (Ecuador), Universidad Nacional Autónoma de México “UNAM”, entre otras: presidencia@amjc.com.co.

I. INTRODUCCIÓN

El *derecho procesal constitucional transnacional* (i) es uno de los sectores de la *teoría constitucional del proceso*, donde además debemos ubicar el *derecho constitucional procesal* (ii) y el *derecho procesal constitucional* (iii)¹⁵⁶. Por lo expuesto, preliminarmente se debe concluir que tales sectores, corresponden a instrumentos de la justicia constitucional.

En el derecho procesal constitucional transnacional se estudia el nivel supranacional de la justicia constitucional, el cual debe fundamentarse en lo que Ramiro Podetti¹⁵⁷ y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁵⁸ denominaron “*trilogía estructural del proceso*”, que en esta disciplina científica serían: (i) acceso a la jurisdicción constitucional transnacional; (ii) jurisdicción constitucional transnacional; y, (iii) el proceso constitucional transnacional; ejes temáticos imprescindibles en el estudio de esta rama del derecho.

En efecto, investigar sobre el *derecho procesal constitucional transnacional*, impone conocer el sentido de tal definición, sus fuentes y por supuesto, evidenciar por qué existe derecho de acción ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), lo que a su vez implica precisar cómo se accede a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), así como los presupuestos necesarios para

¹⁵⁶ Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2009.

¹⁵⁷ Cfr. PODETTI, Ramiro. *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. En: Revista de derecho procesal, T. 2, I. Puede consultarse a VALDEZ, Carlos Hugo. *Las X Jornadas de Derecho Procesal Constitucional*. En: MAYOR, Armando, MORONI ROMERO, Lucas L. (Editores). *Derecho Procesal Constitucional*. Volumen 1. Córdoba: Editorial Universidad Católica de Córdoba “EDUCC”, 2009, p. 33.

¹⁵⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1962)*. T. I. 2ª Ed. México: UNAM, 1992, p. 516.

ejercer tal derecho. Así mismo, deberá precisarse en qué consiste la jurisdicción y competencia transnacional y la manera de adelantar un procesal ante el mencionado sistema. No obstante, en el presente escrito solamente se abordará el tema relacionado con el proceso constitucional transnacional adelantado ante la Corte, como respuesta a la siguiente pregunta: ¿existe en realidad un proceso jurisdiccional ante la Corte?

La respuesta es positiva por lo que debe implementarse su estudio como asignatura en las especializaciones y maestría sobre la materia. Con fundamento en lo anterior, procederemos a presentar una introducción al estudio de esta disciplina, la cual nace en aquellas disposiciones (principios, reglas y sub-reglas) que indican la manera cómo ha de adelantarse el proceso ante la Corte, entre las cuales podemos citar como fuentes¹⁵⁹:

i) La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), particularmente los artículos 52 a 69;

ii) el Estatuto de la Corte, aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

(iii) El Reglamento Interno de la Corte. En la actualidad se encuentra vigente el promulgado en el LXXXII Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo entre el 19 y 31 de enero de 2009¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En MANILI, Pablo Luis (Director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. T. III. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 786. Allí se indica que el Estatuto y Reglamento de la Corte pueden considerarse como el “*Código Procesal*” y nosotros agregamos “*Constitucional Transnacional*”

¹⁶⁰ Históricamente se conocen los reglamentos promulgados en el: (i) III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980; (ii) XXIII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; (iii) XXXIV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; (iv) XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, reformado en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. El futuro

(iv) Las sub-reglas emanadas o contenidas en la jurisprudencia de la Corte.

No obstante lo anterior, para poder acceder al SIDH (ejercicio del derecho de acción)¹⁶¹, se requiere de una estimulación externa, la cual permite activar el poder jurisdiccional de la Corte, con el fin de iniciar un verdadero proceso jurisdiccional en sentido lato, el que deberá culminar con una sentencia jurisdiccional (decisión de fondo o definitiva)¹⁶². De conformidad con el numeral primero del artículo 61 de la CADH, únicamente pueden ejercer el derecho de acción frente a la Corte: (i) los Estados partes; y, (ii) la Comisión¹⁶³.

Este sistema restringe el ejercicio del derecho de acción ante la Corte a cualquier persona, lo cual ya no sucede en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante SEDH), por ello se considera más ajustado al discurso jurídico, el modelo adoptado en el viejo continente, al cual debe adaptarse el SIDH.

Por jurisdicción debe entenderse el poder de decisión que ostenta la Corte en los casos que se le someten en ejercicio del derecho de acción, es decir, se trata de un poder que faculta a la Corte para “decir el derecho que es en un caso concreto”, para consolidar el derecho en sus decisiones y correlativamente imponer a sus destinatarios el cumplimiento de las sentencias proferidas¹⁶⁴.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte IDH-ACNUR, 2003, p. 32 y ss.

¹⁶¹ Cfr. REY CANTOR, Ernesto. “Acceso Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). Derecho procesal constitucional. T. III. Vol. III. Bogotá: VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, pp. 33-46.

¹⁶² Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 785.

¹⁶³ Numeral segundo del artículo 63 de la CADH.

¹⁶⁴ Cfr. AYALA CORAO, Carlos M. “Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En FERRER MACGREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores). La ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo IX. Madrid: Marcial Pons, UNAM, IJ de la UNAM e IMDPC, 2008, p. 293 a la 342.

La Corte adquiere jurisdicción, es decir, poder de decisión o la facultad de “decir el derecho que es en casos concretos”, cuando los Estados partes reconozcan como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial su competencia. Esto puede realizarse cuando el Estado Parte deposite su instrumento de ratificación o adhesión a la CADH, o en cualquier otro momento posterior¹⁶⁵.

Lo expuesto significa que a pesar de existir otros dos sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos, como son el SEDH y el Sistema Africano DE Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante SADHP), sus respectivas cortes no tienen jurisdicción o poder para proferir sentencias en contra de los Estados Americanos integrantes de la OEA.

Por competencia debe entenderse, la atribución de las funciones que a la Corte le impone la CADH, su Estatuto, Reglamento interno o su propia jurisprudencia. Según el artículo 62 de la citada convención, la Corte tiene competencia para: (i) interpretar las disposiciones incorporadas en la CADH; y para, (ii) aplicar dicha Convención.

Por lo expuesto, la Corte puede conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que llegue a su conocimiento por demanda efectuada por la Comisión o por alguno de los Estados Parte, siempre que se haya reconocido su jurisdicción y competencia por declaración expresa.

En virtud de la competencia contenciosa, la Corte resuelve procesos de responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos (hecho internacionalmente ilícito).

Por su parte, el numeral primero del artículo 64 de la CADH faculta a los Estados Parte, para consultar a la Corte sobre la interpretación de la citada convención e incluso de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en nuestro continente.

Derivada de la anterior competencia, ha surgido el denominado control de convencionalidad, el cual corresponde a un control normativo que realiza la Corte cuando la causa de la violación de un derecho humano sea una disposición del derecho interno,

¹⁶⁵ Numeral primero del artículo 62 de la CADH.

en virtud de la cual se realiza una confrontación entre la CADH y una disposición del derecho interno, tal como la Constitución Política, un acto legislativo, una ley, un decreto-ley, un decreto legislativo, un decreto reglamentario, una ordenanzas departamentales, un decreto expedido por el gobernador departamental, un acuerdos municipales, un decreto emanado del alcalde municipal, una sentencia o un acto administrativo (se tomó como referencia el modelo colombiano)¹⁶⁶.

Puede afirmarse que esta competencia tiene su fundamento normativo en el artículo segundo de la CADH, según la cual los Estados Parte, tienen el deber de adoptar sus disposiciones de derecho interno a la referida convención. La citada norma literalmente indica:

“Si en 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”.

En conclusión, el control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal transnacional que ejerce la Corte cuándo el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales), es incompatible con la CADH, con el objeto de garantizar la supremacía de la citada convención, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto¹⁶⁷. El citado control se concreta en una sentencia proferida por la Corte, donde se ordena la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, para proteger los derechos humanos o la expedición

¹⁶⁶ Para estudiar a fondo el control de convencionalidad recomendamos los escritos del profesor Ernesto Rey Cantor, en particular: REY CANTOR, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos. México: Editorial Porrúa, 2008.

¹⁶⁷ Cfr. AYALA CORAO, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. México: Editorial Porrúa e IMDPC, 2013.

de normas, cuando la causa de la violación de los derechos humanos sea la omisión en el cumplimiento del artículo 2º de la CADH¹⁶⁸.

Como se indicó, está hipótesis se presenta cuando el Estado no cumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que cumplan el artículo segundo de la CADH, que garanticen la efectividad de los derechos humanos allí reconocidos.¹⁶⁹

El control de convencionalidad es dual o paralelo, toda vez que existe uno concentrado, (i), y otro difuso (ii), que funcionan al mismo tiempo sin mezclarse entre sí.¹⁷⁰ Veamos:

(i) Control concentrado de convencionalidad (por vía de acción). Es el que se ejerce en el proceso constitucional transnacional, es decir, únicamente en los procesos adelantados ante la Corte. Lo denominamos de acción, toda vez que debe existir una excitación externa, que ponga en movimiento la jurisdicción constitucional transnacional, lo cual generalmente corresponde al informe presentado por la Comisión ante la Corte. Las sentencias proferidas en ejercicio de tal control, constituyen precedente vinculante, en la medida que la razón para decidir un caso concreto, sirva como sub-regla para decidir casos futuros, por lo que tales decisiones deben ser acogidas por todos los Estados Parte, o dicho en otras palabras, las sentencias de la Corte constituyen fuente de derecho en la categoría de sub-reglas en el derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁶⁸ Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. “Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”. En MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Director Científico). CARRASCO SOULÉ, Hugo (Coordinador). Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Tuxtla Gutiérrez, México, 2012, pp. 193-220.

¹⁶⁹ Cfr. SALGADO PESANTES, Hernán. “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad”. En: BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI (Coordinadores). La justicia constitucional y su internacionalización. Tomo II. México: IJ de la UNAM, 2010, p. 472.

¹⁷⁰ Cfr. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F. y DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. El control de constitucionalidad y convencionalidad. México: Editorial Ubijos, 2012.

(ii) Control difuso de convencionalidad (por vía incidental o de excepción). Es aquel que se ejerce en los procesos judiciales o administrativos adelantados en el derecho interno. En virtud de este tipo de control, cualquier juez nacional o funcionario ante el cual se adelante un debido proceso, puede inaplicar una disposición constitucional, legal o reglamentaria, cuando encuentre que choca, vulnera, quebranta o viola la CADH, dando aplicación directa al tratado. Se trata de un control concreto, como quiera que se presenta en procesos civiles, penales, administrativos, constitucionales, etc., razón por la cual sus efectos son *inter partes*. En efecto, el juez nacional inaplica el derecho interno y en su lugar aplica la convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adopta una decisión judicial protegiendo los derechos humanos. Como lo puede realizar cualquier juez o funcionario que instruya un proceso administrativo, puede denominarse control difuso de convencionalidad¹⁷¹ o excepción de inconvencionalidad, ya que por regla general un juez debe aplicar el derecho interno, so pena de incurrir en *prevaricato* por omisión, pero por excepción podrá inaplicar el derecho interno para aplicar directamente la CADH.

Se dice que el control de convencionalidad, tiene su fundamento cuando “un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir a su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos contraídos. (...) es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que, en las relaciones entre contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre un tratado”¹⁷².

La citada doctrina fue ratificada al indicarse que “según los principios generales admitidos un Estado no puede, con respecto a otro Estado, valerse de las disposiciones constitucionales de éste,

¹⁷¹ Al respecto puede consultarse: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). El control difuso de convencionalidad. Santiago de Querétaro: Fundap, 2012.

¹⁷² Corte Internacional de Justicia. Caso del intercambio de poblaciones griegas y turcas.

sino únicamente del derecho internacional y de las obligaciones internacionales debidamente aceptadas. A la inversa, un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o tratados en vigencia”¹⁷³. La misma regla se aplica cuando se violan los derechos humanos.

En igual sentido, la Corte ha dicho que existe responsabilidad internacional del Estado por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH (artículos 1 y 2)¹⁷⁴.

II. EL PROCESO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL TRAMITADO ANTE LA CORTE¹⁷⁵

Por proceso jurisdiccional debemos entender, un conjunto de actos sucesivos y pre-ordenados, encaminados a proferir una sentencia de fondo que solucione definitivamente el conflicto. En el SIDH se adelanta un típico proceso jurisdiccional ante la Corte, con una etapa escrita, una oral y una final escrita, toda vez que se inicia con una demanda, a pesar de que en la CADH, y el Reglamento Interno de la Corte hablan de presentación de informes, “desplazando la idea de demanda”¹⁷⁶.

¹⁷³ Corte Internacional de Justicia. Caso del trato de los nacionales polacos.

¹⁷⁴ Cfr. Corte OC-14/94 y casos Lacayo contra Nicaragua, El Amparo contra Venezuela, Caballero Delgado contra Colombia, Castillo Páez contra Perú, Suarez Rosero contra Ecuador, Castillo Petruzzi y Otros contra Perú, Las Palmeras contra Colombia, “La Última Tentación de Cristo” contra Chile, “Barrios Altos” contra Perú, Periódico “La Nación” contra Costa Rica, Caesar contra Trinidad y Tobago, Fermín Ramírez contra Guatemala, Raxcacó Reyes contra Guatemala, Almonacid Arellano contra Chile, entre otros.

¹⁷⁵ Se regula por el Título II del Reglamento de la Corte (artículo 20 y ss.), aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, vigente a partir del 1 de enero 2010.

¹⁷⁶ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El proceso transnacional. Buenos Aires: Ediar, 1992, p. 41

Si el Estado denunciado aceptó la jurisdicción y competencia de la Corte de conformidad con el artículo 62 de la CADH y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado, se someterá el caso ante la Corte¹⁷⁷. Para que un caso se someta a la Corte, “deberá verificarse la competencia en tres órdenes: respecto de las personas, el tiempo y la materia”¹⁷⁸.

De conformidad con el artículo 61.1 de la CADH la legitimación activa solamente la tiene la Comisión y el Estado interesado, facultad restringida a las víctimas, quienes podrán sin embargo, actuar en cualquier etapa del proceso (a la fecha ningún país ha ejercido su derecho de acción ante la Corte)¹⁷⁹. No obstante lo expuesto, la Comisión podrá considerar a solicitud del Estado denunciado, el sometimiento del caso a la Corte, si se reúnen las siguientes condiciones:

(i) que el Estado haya demostrado su voluntad de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre el fondo, mediante la adopción de acciones concretas e idóneas orientadas a su cumplimiento; y,

(ii) que en su solicitud el Estado acepte en forma expresa e irrevocable la suspensión del plazo para el sometimiento del caso ante la Corte y, en consecuencia, renuncie expresamente a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento con dicho plazo, en la eventualidad de que el asunto sea remitido a tal Corte.

Si dentro del plazo de tres meses, contados a partir de la transmisión del informe preliminar al Estado denunciado, el asunto no ha sido solucionado o en el caso de los Estados que hubieran aceptado la jurisdicción de la Corte, no ha sido sometido a la decisión de ésta por la Comisión o por el propio Estado, tal Comisión podrá emitir por mayoría absoluta de votos, un informe definitivo que contenga su opinión, conclusiones finales y recomendaciones.

¹⁷⁷ Cfr. MONTERESI, Ricardo D. Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit., 2009, p. 230.

¹⁷⁸ LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. cit., p. 790-796.

¹⁷⁹ Cfr. LOIANNO, Adelina. *Ibidem*, p. 787 y 788.

El informe definitivo será transmitido a las partes, quienes podrán presentar en el plazo fijado por la Comisión, información sobre el cumplimiento de las recomendaciones.

La Comisión evaluará el cumplimiento de sus recomendaciones con base en la información disponible y decidirá por mayoría absoluta de votos de sus miembros, sobre la publicación del informe definitivo. La Comisión decidirá asimismo sobre su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o su publicación en cualquier otro medio que considere apropiado.

Publicado el informe sobre la solución amistosa o sobre el fondo, donde se han formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar medidas de seguimiento, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar su cumplimiento e informará sus avances¹⁸⁰.

2.1 Procedimiento ante la Corte

El proceso tramitado ante la Corte contempla las siguientes tres fases: (i) una inicial escrita; (ii) una oral; y, (iii) una final escrita. Se examinarán por separado.

2.1.1 Procedimiento inicial escrito

El proceso en la Corte comienza en esta fase, específicamente con la presentación de la causa ante la Secretaría de la Corte, tal como lo prevé el artículo 61 de la CADH (a la fecha todos los casos tramitados por la Corte, han sido promovidos por la Comisión)¹⁸¹.

2.1.1.1 Informe preliminar

En el reglamento actual de la Corte (vigente desde el 1° de enero de 2010), se le denomina sometimiento del caso por parte de la Comisión o de un Estado. Sin embargo, creemos que es más téc-

¹⁸⁰ Cfr. LOIANNO, Adelina. “El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 663.

¹⁸¹ Cfr. LOIANNO, Adelina. Ibidem, p. 789.

nico el término demanda¹⁸², toda vez que su significado es “petición” y en efecto es lo que se pretende por quien activa la función jurisdiccional de la Corte. También se considera que se trata de un mismo proceso; solo que desarrolla un procedimiento cuasi-jurisdiccional ante la Comisión y otro jurisdiccional ante la Corte. En esencia, el informe de que trata el artículo 50 de la CADH debe contener¹⁸³:

- (i) los hechos supuestamente violatorios de los derechos humanos;
- (ii) cuáles de los hechos contenidos en el informe, se somete a la jurisdicción de la Corte;
- (iii) la identificación de las presuntas víctimas. Si no es posible su identificación, por tratarse de violaciones masivas a los derechos humanos, la Corte decidirá en su oportunidad a quienes considera víctimas.

Ahora, la Comisión deberá remitir a la Corte la siguiente información, para que el caso pueda tramitarse:

- (i) los nombres de los Delegados de la Comisión;
- (ii) los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímil de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados;
- (iii) los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte y sus observaciones a la respuesta del Estado demandado a las recomendaciones del informe de que trata el artículo 50 de la CADH;
- (iv) copia de la totalidad del expediente tramitado ante la Comisión, incluyendo las comunicaciones realizadas con posterioridad al citado informe;
- (v) las pruebas recaudadas. Si se trata de audio y/o transcripción, con indicación de los hechos y argumentos sobre los que versan y deberá indicarse que pruebas se recibieron en procedimiento contradictorio;

¹⁸² Nótese que el literal c del artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH habla del “Estado demandado” y el literal g del mismo artículo se refiere a pretensiones.

¹⁸³ Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 803.

(vi) cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la hipotética designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y anexando su hoja de vida;

(vii) las pretensiones que se pretenda hacer valer, incluyendo las referidas a reparaciones. Si el caso es sometido a la Corte por un Estado¹⁸⁴, deberá remitir un escrito motivado que contenga la siguiente información:

(viii) los nombres de los Agentes y Agentes alternos del Estado, así como la dirección donde se tendrán por recibidas oficialmente las comunicaciones pertinentes;

(ix) los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímil de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados, si es del caso;

(x) los motivos que llevaron al Estado a presentar el caso ante la Corte;

(xi) copia del expediente tramitado ante la Comisión, incluyendo el informe de que trata el artículo 50 de la CADH y las comunicaciones posteriores a tal informe;

(xii) las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos y argumentos sobre su utilidad; la individualización de los declarantes y el objeto de sus declaraciones. Si se trata de peritos, deberá anejarse su hoja de vida y sus datos de contacto.

Si alguna de las presuntas víctimas no tienen representación legal debidamente acreditada, la Corte podrá de oficio designarles un Defensor Interamericano para que las represente durante el proceso.

Si el caso es sometido a la Corte por un Estado, deberá presentar un escrito motivado, cumpliendo los mismos requisitos exigidos a la Comisión¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Artículo 61 de la CADH y 36 del Reglamento de la Corte IDH.

¹⁸⁵ Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 804.

2.1.1.2 *Subsanación de los defectos formales del informe preliminar*

Si de la demanda presentada se evidencia que no se ha cumplido con la formalidad exigida, de conformidad con el artículo 38 del Reglamento de la Corte, el Presidente deberá otorgar al actor un plazo de veinte días para que sean subsanados¹⁸⁶. Si no se acata lo dispuesto por el Presidente o se realiza fuera del término indicado, deberá devolverse la petición a la Comisión o Estado demandante.

2.1.1.3 *Notificaciones*¹⁸⁷

Son responsabilidad del Secretario de la Corte, quien producto de recibir el informe comunicará la existencia del caso a los siguientes sujetos de derecho:¹⁸⁸

- (i) Presidente y demás jueces de la Corte;
- (ii) Estado demandado;
- (iii) Comisión, cuando ella no presenta el informe. Mientras la Comisión nombra sus delegados, la representará su Presidente. Lo expuesto significa que cuando la Comisión es la demandante, no se le realiza tal notificación;
- (iv) Presuntas víctimas, sus representantes o el Defensor Interamericano;
- (v) Los otros Estados partes;
- (vi) Consejo Permanente a través de su Presidencia; y,
- (vii) Secretario General de la OEA.

2.1.1.4 *Aptitudes del demandado luego de la notificación*

En la notificación debe solicitarse a su destinatario que dentro del término de 30 días contados a partir del día siguiente al de tal acto, lo siguiente:

¹⁸⁶ Cfr. LOIANNO, Adelina. *Ibidem*, p. 804.

¹⁸⁷ Cfr. Art. 39 del Reglamento de la Corte.

¹⁸⁸ Cfr. MONTERESI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ob. Cit., p. 315.

(i) Al Estado demandado: designar a sus Agentes respectivos. Una vez acreditados, deberá informarse la dirección en la cual se tendrán por recibidas oficialmente las notificaciones.

(ii) A los representantes de las presuntas víctimas: confirmar la dirección en la cual tendrán por recibidas oficialmente las notificaciones

2.1.1.5 Solicitudes, argumentos y pruebas

Desde la notificación de la existencia del caso, la presunta víctima o sus representantes, dispondrán de dos meses para presentar directamente ante la Corte, un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, el que deberá contener:

(i) descripción de los hechos. Dentro del marco fáctico fijado en el informe presentado por la Comisión;

(ii) las pruebas documentales ofrecidas, debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre lo que versan;

(iii) si se trata de declarantes, su individualización y la indicación del objeto de su declaración;

(iv) en el caso de los peritos, deberán anexarse su hoja de vida y sus datos de contacto;

(v) las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas¹⁸⁹.

2.1.1.6 Derecho de contradicción

También podemos hablar del ejercicio de un derecho de contradicción por la Parte demandada. En efecto, notificado el caso, el Estado demandado podrá contestar la demanda o proponer excepciones preliminares dentro del término de dos meses.

¹⁸⁹ Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. En CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio Alejandro (Directores), LEONTINA SOSA, Guillermina (Coordinadora). Tratado de los tratados internacionales. Tomo II. Ob. Cit., p. 515.

Este término será determinado por la Presidencia cuando exista pluralidad de presuntas víctimas o representantes y no logren designar un interviniente común para todas, ya que en tal evento la Corte o su Presidencia podrán otorgar plazo a las partes para designar máximo a tres representantes que actúen como intervinientes comunes, lo cual naturalmente, amerita la prorrogación o aumento de los plazos.

2.1.1.6.1 Contestación por el Estado demandado

Es deber del Estado demandado presentar por escrito su posición sobre el caso presentado ante la Corte.

También se podrá presentar un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del término improrrogable de dos meses, contados a partir de la radicación del escrito donde el Estado sienta su posición frente al caso, junto con sus anexos¹⁹⁰.

En la contestación el Estado indicará:

- (i) Si se aceptan los hechos y las pretensiones o si los contradice.
- (ii) Frente al ofrecimiento de las pruebas, debe tenerse en cuenta:
 - a. Si se trata de prueba documental, deberán aportarse debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan;
 - b. Si se trata de declaraciones, la propuesta e identificación de los declarantes y el objeto de su declaración;
 - c. Si se trata de prueba pericial, debe anexarse la hoja de vida del perito y sus datos de contacto.
- (iii) Los fundamentos de derecho.
- (iv) Las observaciones a las reparaciones y costas solicitadas.
- (v) Las conclusiones pertinentes.

Esta contestación se comunicará por el Secretario a los siguientes sujetos:

¹⁹⁰ Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. Ob. Cit., p. 516.

- (i) Presidente y demás jueces de la Corte IDH;
- (ii) Comisión IDH;
- (iii) Presuntas víctimas, sus representantes o el Defensor Interamericano;
- (iv) Los demás Estados Parte;
- (v) Consejo Permanente a través de su Presidencia;
- (vi) Secretario General de la OEA;
- (vii) Estado demandante, en los casos a los que hace referencia el artículo 45 de la Convención; y,
- (viii) Estado demandado.

En estos procesos, la Corte puede tener por aceptados los hechos que no hayan sido expresamente negados, así como las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

2.1.1.6.2 Excepciones preliminares

Estas excepciones corresponden a las que en el derecho interno colombiano, regula el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, bajo la denominación “excepciones previas”, más conocidas en el derecho comparado como excepciones procesales; se tramitan y deciden previamente a las excepciones de fondo o de mérito mediante trámite incidental y de prosperar le ponen fin al proceso evitando el enjuiciamiento del Estado por la Corte¹⁹¹. Deberán formularse en el escrito de contestación. Al formularse este tipo de excepciones, se deberán indicar:

- (i) los hechos referentes a las mismas;
- (ii) los fundamentos de derecho;
- (iii) las conclusiones; y,
- (iv) el ofrecimiento de pruebas, anexando los documentos que las apoyen.

La presentación de estas excepciones no suspende el procedimiento de fondo, ni interrumpe los términos establecidos. Empero, la parte actora¹⁹², podrá presentar sus observaciones a las

¹⁹¹ Cfr. LOIANNI, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 798.

excepciones preliminares dentro de un término de 30 días contados a partir de la recepción de tales excepciones¹⁹³.

Antes de resolver las excepciones preliminares, la Corte podrá señalar fecha y hora para que se lleve a cabo una audiencia especial, para analizarlas. Sin embargo, podrá resolverse en una sola sentencia todo el tema objeto de litigio¹⁹⁴.

2.1.2 *Amicus curiae*

Se reguló de la siguiente manera:

“La expresión “amicus curiae” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

Esta institución jurídica conocida como “amigos de la Corte”, fue incorporada al proceso constitucional transnacional en el último reglamento de la Corte, con el objeto de fijar las reglas sobre la presentación de escritos por terceros procesales que pretendan coadyuvar las posiciones de alguna de las partes, tales personas físicas, organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) o entidades gubernamentales¹⁹⁵.

El amicus curiae corresponde a un tercero que comparece voluntariamente ante la Corte, intervención que precluye 15 días después de la celebración de la audiencia pública o de la resolución

¹⁹² Dentro de la cual incluimos: i) la Comisión; ii) las presuntas víctimas o sus representantes; y, iii) el Estado, cuando es quién presenta la demanda ante la Corte.

¹⁹³ Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: MANILI, Pablo Luis (Director). Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Ob. Cit., p. 797.

¹⁹⁴ i) excepciones preliminares; ii) el fondo; y, iii) las reparaciones y las costas del caso.

¹⁹⁵ Artículo 2.3 del Reglamento vigente de la Corte.

que señala el plazo para la remisión de los alegatos finales, con el fin de aportar razonamientos, consideraciones jurídicas, informaciones que tengan por objeto la presentación de elementos que contribuyan a la solución del litigio, por medio de un documento o en audiencia, mediante un alegato.

Cuando se trate de procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y/o de medidas provisionales, también podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

Si la actuación es por escrito, el *amicus curiae* deberá presentado debidamente firmado ante la Corte, con sus respectivos anexos en el idioma de trabajo. Empero, también podrá hacerse a través de los siguientes medios¹⁹⁶:

- (i) vía courier,
- (ii) facsímile, o
- (iii) correo postal o electrónico.

En todo caso, los originales y la totalidad de los anexos, deberán recibirse en la Corte dentro del término de 7 días, contados a partir de la fecha de su presentación, acompañados de dos copias, en papel o digitalizadas, idénticas a la original. Los escritos extemporáneos serán rechazados y archivados sin más trámites.

Este escrito junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para que se pronuncien sobre él, previa consulta con la Presidencia¹⁹⁷.

2.1.3 Fase intermedia oral

Corresponde a una etapa adelantada por audiencias, donde la parte probatoria juega un importantísimo papel. En efecto, inicia con un señalamiento de fecha de las audiencias necesarias. En tales audiencias el Presidente de la Corte debe dirigir el debate, lo que implica determinar el orden en que se hará uso de la palabra por quienes pueden intervenir y tomar las medidas pertinentes para su buen desarrollo. En esta audiencia cualquiera de los jueces

¹⁹⁶ Cfr. artículo 28.1 del Reglamento de la Corte.

¹⁹⁷ Cfr. LOIANNO, Adelina. "El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Ob. Cit., p. 805 y 806.

de la Corte podrá interrogar a los sujetos procesales, testigos o *anici curiae*.

Las intervenciones tendrán el siguiente orden:

- (i) la Comisión presentará el caso ante la Corte y expondrá los argumentos de su informe preliminar;
- (ii) luego intervendrán los testigos y peritos bajo juramentos. Eventualmente podrán intervenir a través de medios tecnológicos.¹⁹⁸
- (iii) posteriormente intervendrán las presuntas víctimas o a sus representantes;
- (iv) A continuación intervendrá el Estado demandado; y,
- (v) Finalmente los jueces podrán formular nuevas preguntas.

También podrán realizarse audiencias públicas con otros fines por decisión del Presidente, quien también podrá fijar audiencias privadas.

Dichas audiencias deberán realizarse en San José de Costa Rica, por ser la sede de la Corte. Empero, de conformidad con el art. 13 del Reglamento de la Corte puede realizar audiencias fuera de su sede, siempre que la mayoría de los jueces lo aprueben y sea aceptado por el Estado donde se han de realizar.

2.1.3.1 Régimen probatorio

En principio debe precisarse que existe un orden para la petición u ofrecimiento, recepción y valoración probatoria¹⁹⁹.

El ofrecimiento probatorio deberá concretarse en los escritos introductorios. Sin embargo, la Corte podrá admitir nuevas pruebas, siempre que se refieran a un hecho que haya ocurrido posteriormente²⁰⁰, luego se prescribe una etapa de admisibilidad de algunas pruebas, tal como ocurre con los declarantes y peritos.

¹⁹⁸ Par profundizar en los medios tecnológicos en materia probatoria, sugerimos: Cfr. ISAZA, Henry Eyrer. La prueba electrónica en Panamá y en el Sistema Interamericano de Derechos. Panamá: Universal Books, 2013.

¹⁹⁹ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los derechos humanos y su protección internacional. Especialmente el capítulo titulado: "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Lima: Grijley, 2009, p. 149 y ss.

En efecto, inicialmente y previo a la audiencia, la Corte debe solicitar a las partes su lista definitiva de declarantes²⁰¹, en la que deberán confirmar o desistir del ofrecimiento de las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos. Igualmente, deberá indicarse cuales de los declarantes deben ser llamados a audiencia y quienes pueden rendir declaración ante fedatario o notario público (*affidávit*).

Cumplido lo anterior, la Corte comunicará la lista definitiva de declarantes a la contraparte y concederá un plazo de diez días desde su recepción, para que se presenten observaciones, objeciones o recusaciones. El valor de las declaraciones y el de las objeciones serán apreciados por la Corte o por la Presidencia, según sea el caso. También podrá recusarse a los peritos²⁰².

Se prevé una posibilidad excepcional, en virtud de la cual la Corte podrá aceptar que se sustituya un declarante, siempre que se individualice al sustituto y se respete el objeto de la declaración, testimonio o peritaje ofrecido, dependiendo de la solicitud fundada y oído el parecer de la contraparte.

Cumplido lo anterior, la Corte o su Presidencia, mediante resolución, decidirá sobre las observaciones, objeciones o recusaciones; definirá el objeto de la declaración de cada declarante; requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público (*affidávit*) y convocará a audiencia.

Las declaraciones versarán únicamente sobre el objeto definido por la Corte en tal resolución. Previa solicitud fundada o motivada y oída la contraparte, la Corte podrá modificar el objeto de la declaración o aceptar que exceda el objeto fijado.

Quien ofreció la declaración, tiene la carga de notificar al declarante y de asegurar su comparecencia ante la Corte. Las partes podrán formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte o por la Comisión, siempre que hayan sido llamados a declarar²⁰³.

²⁰⁰ Cfr. LOIANNI, Adelina. *Ibidem*, p. 805 y 807.

²⁰¹ Comisión, presuntas víctimas o sus representantes, Estado demandado y Estado demandante.

²⁰² Cfr. Artículo 48 del Reglamento de la Corte IDH.

Técnica de las preguntas: la pertinencia de las preguntas será calificada por la Presidencia de la Corte y no serán admitidas las que induzcan las respuestas y que no se refieran al objeto determinado oportunamente.

Recibida la declaración rendida ante fedatario público (affidavit), se dará traslado a la contraparte y, en su caso a la Comisión, para que presenten sus observaciones dentro del plazo que fije la Corte o su Presidencia.

Ahora bien, las pruebas rendidas ante la Comisión se incorporaran al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios. La Corte podrá repetir las.

De manera extraordinaria, una vez oído el parecer de todos los intervinientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba adicional, si el que la ofrece justifiere que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en la oportunidad procesal pertinente²⁰⁴. La Corte podrá también, admitir pruebas referidas a hechos ocurridos con posterioridad a las oportunidades procesales.

La Corte podrá en cualquier estado del proceso:

(i) Decretar de oficio las pruebas que considere útiles y necesarias, para lo cual podrá oír en cualquier calidad a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente.

(ii) Requerir de los sujetos procesales el suministro de las pruebas que estén en condiciones de aportar o de explicaciones o declaraciones que pueda ser útiles.

(iii) Solicitar informes a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad que expresen una opinión o dictamen. Los documentos correspondientes no se publicaran, mientras la Corte no lo autorice.

(iv) Comisionar a uno o varios de sus miembros para desarrollar cualquier medida de instrucción, incluyendo audiencias. Los Jueces podrán comisionar a la Secretaría para que lleve a cabo tales medidas de instrucción.

²⁰³ Cfr. TRUCCO, Marcelo F. "La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana". Ob. Cit., p. 536.

²⁰⁴ Cfr. Artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1 del Reglamento de la Corte.

(v) Ordena que los instrumentos probatorios presentados ante la Corte, se remitan de forma completa y plenamente inteligible. En caso contrario, se dará a la parte que la presentó, un plazo para que corrija los defectos o remita las aclaraciones pertinentes.

(vi) Imponer a la parte que ofreció una prueba, cubrirá los gastos que ella ocasione.

2.1.3.1.1 *El affidavit*

El affidavit es un documento escrito que pretende tener la vocación de ser la declaración voluntaria y verdadera del declarante o de quien firma el documento. Requisitos que debe contener un affidavit.

- (i) nombre del declarante;
- (ii) su dirección física; y,
- (iii) la firma del declarante o testimoniado y notariado.

(iv) Sustantivamente debe limitarse a que le consta que es cierto lo que declara, debido a la observación o experiencia.

Es importante advertir que por definición, un affidavit es una declaración voluntaria. Lo que significa que a una persona no se le puede exigir que firme un affidavit por la Corte, alguna de las partes, un juez del derecho interno o algún tercero²⁰⁵.

Iniciada la audiencia, la Presidencia de la Corte, deberá llamar a los declarantes a fin de que sean interrogados e intervendrá en la audiencia quien ha solicitado la prueba. Debe advertirse que no podrá estar presente ninguno de los declarantes, mientras se realiza la audiencia. No obstante lo anterior, podrá recibirse declaraciones testimoniales, periciales o de presuntas víctimas haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales.

Cuando se trate de testigos, se verificará su identidad y antes de declarar prestará juramento o declarará que dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad.

²⁰⁵ Cfr. LOIANNI, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 810.

De la prueba pericial: tratándose de peritos, se verificará su identidad y antes de desempeñar su oficio, prestará juramento o declarará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia.

De las presuntas víctimas: si se trata de las presuntas víctimas, se verificará su identidad y no será necesario que presten juramento ni que realicen declaración alguna.

Escuchados los declarantes y una vez los Jueces han formulado preguntas, la Presidencia concederá la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos. Luego se otorgará a los mismos intervinientes la posibilidad de una réplica y una dúplica. Concluidos los alegatos, la Comisión presentará sus observaciones.

Finalmente, la Presidencia dará la palabra a los Jueces de la Corte para que formulen preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado. En los casos no presentados por un Estado, la Presidencia determinará el orden en que tomarán la palabra²⁰⁶.

2.1.4 Terminación anormal del proceso

Normalmente un proceso jurisdiccional termina cuando se profiere una sentencia de fondo. Sin embargo, este proceso podrá terminar antes de la sentencia, por lo cual alguna parte de la doctrina titula esta manera de finalizar el proceso como “terminación anticipada del proceso”²⁰⁷, lo cual puede ocurrir en los siguientes eventos:

(i) Por desistimiento. Se presenta cuando la parte actora manifieste su intención de desistir, la que se resolverá, una vez oída la opinión de las otras partes, así como la de los representantes de las víctimas o de sus familiares.

²⁰⁶ Cfr. MONTERESI, Ricardo D. Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit., p. 333.

²⁰⁷ Cfr. LOIANNI, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 810 y 811.

(ii) Por allanamiento o reconocimiento. Se presenta cuando el demandado comunica a la Corte que se allana a las pretensiones de la demanda. La Corte, oído el parecer de ésta y de los representantes de las víctimas o de sus representantes, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En esta hipótesis, la Corte fija las reparaciones e indemnizaciones correspondientes en el momento procesal oportuno.

(iii) Por solución amistosa. Se presenta cuando las partes comunican a la Corte la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio transnacional. En este supuesto, la Corte podrá después de escuchar a los representantes de las víctimas o sus familiares, declarar terminado el proceso.

No obstante lo expuesto, la Corte de conformidad con su obligación de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el trámite del proceso²⁰⁸.

2.1.5 Medidas provisionales

Estas medidas preventivas están encaminadas a garantizar el cumplimiento de la sentencia que hipotéticamente se profiera en favor de las víctimas, tal como ocurre en el derecho interno con las medidas cautelares en el cual se inspiraron²⁰⁹. En efecto, esta función jurisdiccional se impone debido al tiempo que invierte en el proceso.

No obstante lo anterior, tal como lo advierte la doctrina, en el derecho internacional se diferencian las medidas provisionales de las medidas cautelares, indicando que aquellas son las contempladas en el artículo 63.2 de la CADH, mientras que estas son las decretadas por la Comisión de conformidad con el artículo 25 de su

²⁰⁸ Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. Ob. Cit., p. 528.

²⁰⁹ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “Prólogo”. En REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita. Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Temis, 2005, p. XVI.

Reglamento²¹⁰. Sin embargo, consideramos que tal distinción no existe o por lo menos no amerita un análisis científico de fondo²¹¹.

Dichas medidas provisionales garantizan la actividad jurisdiccional de la Corte, como quiera que están diseñadas para evitar un daño irreparable y preservar los derechos humanos, como una transposición del ordenamiento jurídico internacional relacionado con el contencioso entre Estados tramitado ante la Corte Internacional de Justicia, al derecho internacional de los derechos humanos tramitado ante la Corte²¹².

En efecto, de conformidad con el artículo 63(2) de la CADH, las medidas provisionales son procedentes cuando:

“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

De conformidad con lo expuesto, las medidas provisionales pueden decretarse en cualquier estado del proceso, así: (i) de oficio por la Corte; (ii) a petición de las víctimas; (iii) a petición de la Comisión cuando el asunto aún no ha sido sometido ante la Corte; o, (iv) por el Presidente de la Corte, cuando esta no se encuentra en sesiones ordinarias²¹³.

Tales medidas provisionales podrán levantarse cuando desaparezcan las causas de amenaza o violación de los derechos humanos.

²¹⁰ Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 812.

²¹¹ Cfr. MORELO, Augusto Mario. “La eficacia de la justicia, valor supremo del procedimiento en el área de la cautela. En Revista Uruguaya de Derecho Procesal, núm. 4, 1984, p. 543. Citado por Cfr. LOIANNO, Adelina. Ibidem, p. 812.

²¹² Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “Prólogo”. Ob. Cit., p. XIX.

²¹³ Cfr. REY CANTOR, Ernesto. “Acceso Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). Derecho procesal constitucional. Ob. Cit., p. 46.

2.1.6 Fase final escrita

Esta etapa inicia con los alegatos finales escritos, donde las partes procesales tendrán la oportunidad de presentarlos dentro del término que establezca la Presidencia. La Comisión podrá dentro del mismo término, presentar observaciones finales escritas.

2.1.6.1 La sentencia

En principio debemos advertir que la CADH establece las siguientes reglas sobre la sentencia que debe proferir la Corte: (i) que el fallo deberá motivarse; (ii) que la sentencia es definitiva e irrecorrible; y, (iii) la Corte es su intérprete auténtico²¹⁴. No obstante lo anterior, el artículo 65 del Reglamento de la Corte indica que la sentencia debe contener:

(i) el nombre de los Jueces que dictan la sentencia; precisando quien es el presidente, el Secretario y el Secretario Adjunto de la Corte;

(ii) la identificación de los intervinientes en el proceso y sus representantes;

(iii) una relación de los actos del procedimiento;

(iv) la determinación de los hechos;

(v) las conclusiones de las partes;

(vi) los fundamentos de derecho;

(vii) la decisión sobre el caso;

(viii) el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas;

(ix) el resultado de la votación; el Juez que ha participado en el caso, tiene derecho a emitir un voto concurrente o disidente; el cual deberá ser razonado. Estos votos deben presentarse dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias;

(x) la indicación sobre cuál es la versión auténtica de la sentencia.

²¹⁴ Cfr. Artículo 66 de la CADH.

La sentencia debe responder a la verdad real, es decir, a aquella que se haya incorporado al expediente a través de los medios probatorios, y debe ser el resultado de la deliberación de los jueces de la Corte, la cual puede traer como resultado la unanimidad en la decisión o podrá suceder que algún o algunos jueces emitan un voto concurrente o disidente, por lo que deberá ser razonado.

2.1.6.1.1 Sentencia adicional de reparaciones y costas

Sí la sentencia de fondo no decidió sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión, para lo cual determinará el procedimiento.

Cuando se informe a la Corte de que las partes llegaron a un acuerdo sobre el cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que sea conforme con la CADH y dispondrá lo pertinente. En estas sentencias se pueden imponer las siguientes medidas:

- (i) de reparación pecuniaria (daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral;
- (ii) de restitución;
- (iii) de rehabilitación;
- (iv) de satisfacción; y,
- (v) de garantía de no repetición²¹⁵.

2.1.6.1.2 Pronunciamiento y comunicación de la sentencia

La Corte deliberará en privado y una vez aprobada concluirá con una orden de comunicación y ejecución firmada por el Presidente y Secretario; luego se notificará por la Secretaría a los sujetos procesales; mientras no se haya notificado, los textos, razonamientos y votaciones se mantendrán en reserva.

La sentencia original se agregará al archivo de la Corte, pero el Secretario expedirá copias selladas y certificadas a:

- (i) los demás Estados Parte;
- (ii) la Comisión;

²¹⁵ Cfr. SALVIOLI, Fabián. “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. En: MANILI, Pablo Luis (Director). Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 835 y ss.

- (iii) las víctimas o presuntas víctimas, sus representantes, o el Defensor Interamericano;
- (iv) Estado demandado;
- (v) Consejo Permanente a través de su Presidencia;
- (vi) Secretario General de la OEA;
- (vii) Estado demandante, en los casos a los que hace referencia el artículo 45 de la Convención; y,
- (viii) en general a quien lo solicite.

2.1.6.1.3 Solicitud de interpretación

De conformidad con el artículo 67 de la CADH, el fallo de la Corte es definitivo, es decir, hace tránsito a cosa juzgada transnacional, razón por la cual es inimpugnable, irrecurrible e inapelable. No obstante, si existe desacuerdo sobre el sentido o alcance de la sentencia, las partes podrán solicitar a la Corte que la interprete, para lo cual se cuenta con un término improrrogable de noventa días, contados a partir de la fecha de su notificación. Técnicamente no se trata de un recurso

Dicha solicitud puede versar sobre cualquiera de las sentencias proferidas por la Corte y no suspende su ejecución. En la petición deberá indicarse con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pide²¹⁶.

El Secretario notificará la solicitud a los intervinientes en el caso y los invitará a presentar alegaciones escritas dentro del plazo fijado por la Presidencia.

Para examinar la solicitud, la Corte decidirán el trámite, se reunirá con la composición que tenía al dictar la sentencia objeto de interpretación, pero si ha fallecido, renunciado o terminado el periodo de algún juez, se sustituirá, de la manera establecida por el artículo 17 del Reglamento de la Corte y resolverá mediante otra sentencia.

²¹⁶ Cfr. Artículo 67 de la CADH y 68 del Reglamento de la Corte IDH.

2.1.6.1.4 Supervisión de cumplimiento de sentencias

El proceso de supervisión de las decisiones de la Corte consta de:

- (i) los informes presentados por los intervinientes;
- (ii) las observaciones a tales informes presentados por las víctimas o sus representantes;
- (iii) las observaciones presentadas por la Comisión sobre los informes y observaciones referidos;
- (iv) los informes de otras fuentes, a petición de la Corte, que permitan apreciar el cumplimiento; y,
- (v) los peritajes que considere oportunos.

También se podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, donde escuchará el parecer de la Comisión. Finalmente la Corte determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

III. CONCLUSIONES

(i) Ante la Corte se tramita un verdadero proceso jurisdiccional de partes. Este tipo de proceso es acusatorio, como quiera que se refleja una “igualdad de armas” entre accionante y accionado.

(ii) En esencia se trata de un derecho de casos, por lo cual el estudio del proceso deberá complementarse con la jurisprudencia emitida por la Corte.

(iii) Entre el Estatuto y Reglamento de la Corte, podemos estructurar un verdadero Código Procesal Constitucional Transnacional, toda vez que ha precisado las reglas procesales que rigen el proceso adelantado ante la Corte.

(iv) Este proceso no refleja un verdadero derecho fundamental de acción, toda vez que las víctimas solo pueden acceder a la Comisión, pero no a la Corte, con lo cual se puede estar vulnerando uno de los derechos humanos protegidos por la propia CADH, razón por la que se considera oportuno adoptar un modelo similar al adoptado en el SEDH, lo que implicaría reformar

el SIDH, para que las víctimas puedan presentar directamente sus demandas ante la Corte, haciendo realmente efectivo el acceso a la justicia supranacional.

(v) La Corte deberá convertirse en un Tribunal que sesione permanentemente y por sesiones periódicas, lo cual le permitirá solucionar más litigios que versen sobre derechos humanos y por ende reflejar una mejor justicia constitucional supranacional.

Derechos Humanos y la Justicia Transnacional

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO²¹⁷ (MÉXICO)

KARLA ELIZABETH MARISCAL URETA²¹⁸ (MÉXICO)

²¹⁷ Doctor en Derecho Público

Profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas

Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la UNAM

lazcanoalf14@hotmail.com

²¹⁸ Doctora en Ciencias del Derecho

Profesora e Investigadora de la Universidad Autónoma de Sinaloa

Estancia Posdoctoral en Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

drakarlamariscal@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El derecho público internacional debe ser teóricamente reconstruido, porque al igual que todo fenómeno que está en constante transformación no puede ser conceptualizado bajo ideas que se mantienen estáticas a lo largo del tiempo, más ahora que las mutaciones son vertiginosas, lo que implica un sentido crítico de los argumentos de autoridad que en su momento y contexto respondían en congruencia entre los hechos y la teoría, ahora hay que crear una nueva teoría, especialmente cuando el hombre, el ser humano se ha convertido en sujeto de derecho internacional, campo reservado en antaño esencialmente a los Estados.

Así lo plasman Maraniello y Cohn, al incluir al individuo como ente de derecho internacional:

Los sujetos de derecho internacional son las entidades con derechos y obligaciones impuestas por el derecho internacional, y esto son: 1) los Estados, 2) las organizaciones internacionales, 3) la comunidad beligerante, 4) los movimientos de liberación nacional, y 5) el individuo –persona física como sujeto pasivo de derecho internacional, es decir, que recibe de él derechos y obligaciones.²¹⁹

Este motor de cambio reside primordialmente en los derechos humanos, como una respuesta para evitar repetir los horrores de la Segunda Guerra Mundial y auto respetar a nuestra especie, porque la experiencia sigue probando que el poder de las personas que dirigen los destinos de otras, en la mayoría de los casos produce arbitrariedades y en un régimen constitucional de derecho, las normas, principios y directrices pretenden regular el actuar de los poderosos para mantenerlos restringidos en su manera de conducirse y con tareas específicas a realizar, como es el caso en los derechos sociales, económico y culturales, lo cual en la práctica no es fácil que se cumpla, por eso el campo ideal y necesario para que puedan florecer y expandirse los derechos humanos ha sido y es el internacional, ajeno en la mayoría de las ocasiones a los inte-

²¹⁹ Maraniello, Patricio A. y Cohn, Silvia N., Tratado de derecho de integración, tomo I, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, p. 381.

rés internos de los países, porque está probado que el poder nacional sucumbe a los derechos humanos nacionales.

De esta manera Villalba Bernié explica como los derechos humanos han impactado en los regímenes nacionales:

Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional a lo nacional, promoviendo una transformación cultural en los diversos países, al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras.²²⁰

Los derechos humanos son un signo de legitimación para los Estados que se precien de ser democráticos, en su momento la mayoría de los países latinoamericanos signaron de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención ADH) y aceptaron la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH), esencialmente porque no se veía algún efecto inmediato en los regímenes internos, sin embargo con el paso del tiempo el Sistema Interamericana de Derechos Humanos (en lo posterior SIDH) fue dinamizando su influencia mediante condenas judiciales, consultas y medidas provisionales.

Así los Estados Parte del SIDH que trasgreden el Pacto de San José, han creado una tensión entre los organismos convencionales y los Estados Parte sancionados, en diferentes dimensiones, desde el poco cumplimiento cabal de las sentencias de la Corte IDH al grado de denunciar²²¹ a la Convención ADH.

²²⁰ Villalba Bernié, Pablo Darío, Jurisdicción supranacional, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015, p. 767.

²²¹ El 10 de septiembre de 2012 el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia, fechada el 6 de septiembre de 2012, por parte del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Venezuela. De conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 de la Convención Americana, la denuncia surte efecto a partir del 10 de septiembre de 2013, cumplido el preaviso de un año previsto en dicho artículo.

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> (Consultado 11/12/2013)

En cuanto al cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, Vivas Becerra nos da una idea al respecto en base al análisis de una muestra:

Se estima que el incumplimiento es de un 50%, mientras el cumplimiento total solo alcanza un 36% y el cumplimiento parcial de 14% de un total de 462 órdenes emitidas en soluciones amistosas y sentencias condenatorias²²².

En cuanto a la denuncia de la Convención ADH, Venezuela ha dejado de ser parte de la Convención ADH y como consecuencia la Corte IDH de tener jurisdicción en ese país, pero como es parte de la Organización de los Estados Americanos (en lo ulterior OEA) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Comisión IDH) seguirá teniendo facultades para analizar la situación en ese país, sus decisiones no son vinculantes, en base a las obligaciones suscritas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Los casos que se refieran al periodo comprendido desde que Venezuela ratificó la Convención IDH el 23 de junio de 1977 y hasta antes de la denuncia el 10 de septiembre de 2013 siguen estando sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH.

1. Revolución jurídica

Nos encontramos inmersos en una revolución jurídica provocada esencialmente por el derecho creado de forma convencional, que viene más allá de las fronteras de los Estados Partes que conforman el SIDH, el cual ha permeado las barreras del positivismo jurídico nacional, pero no ha sido recibido de forma homogénea por todos los países, muchos son detractores de la gran influencia prevista por los órganos de supervisión del cumplimiento del

²²² Vivas Barrera, Tania Giovanna, Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos, análisis comparado, en Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Colección Jus Público, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 25.

Pacto de San José, y de demás disposiciones interamericanas, así como de la interpretación realizada por la Corte IDH.

De ahí la necesidad de clarificar si este derecho debe conceptualizarse como supranacional o convencional, porque la sola idea de supranacional impacta directamente contra la idea de soberanía nacional o el derecho a la autodeterminación.

2. *Tratados internacionales*

Los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos generalmente crean normas jurídicas bilaterales y recíprocas, en las que un derecho corresponde de manera correlativa a una obligación de la otra parte (Estado).



Derechos y obligaciones recíprocos

En México las normas, principios y directrices suscritos en los tratados internacionales por el ejecutivo²²³ y aprobadas el senado²²⁴ son disposiciones que integran el derecho positivo, desde su aceptación dejan de ser normas supranacionales y extranjeras sino convencionales de aplicación directa.

²²³“Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes: Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...” Artículo 89, fracción X de la Constitución.

²²⁴Son facultades exclusivas del Senado: “...aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos...” Artículo 76, fracción I, segundo párrafo de la Constitución.

El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos implica que éstos tienen aplicación directa, sin que la falta o defectuosa regulación de los derechos contenida en normas secundarias o reglamentarias deba servir de excusa para la plena vigencia de los mismos²²⁵.

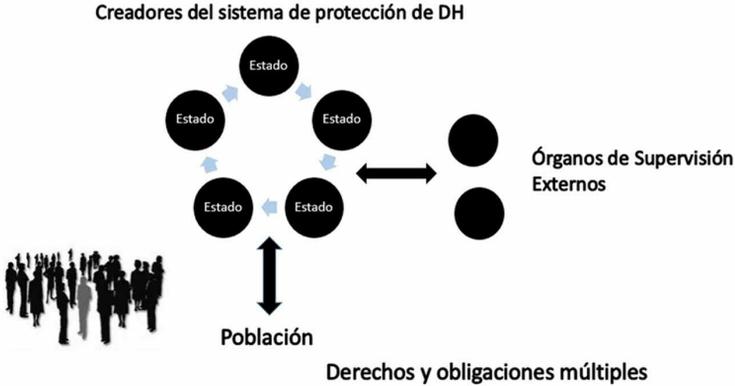
2.1. Tratados internacionales de derechos humanos

Pero cuando se establecen derechos y obligaciones no exigibles por la contraparte, porque de hecho no la hay²²⁶, ya que todos los integrantes tienen un fin común²²⁷, sino que se dota de derechos y libertades a las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, quienes a raíz del tratado, además establecer nuevos parámetros de protección, se legitiman para exigir del cumplimiento del compromiso convencional ante órganos imparciales y especializados constituidos para supervisión y vigilancia, creando derechos y obligaciones múltiples,

²²⁵ Aguirre Arango, José Pedro, La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>, (consultado 12 diciembre de 2016), p.77.

²²⁶ En forma similar a las sociedades en las que los socios unen sus esfuerzos y capitales para un fin común, y los derechos de sus integrantes son idénticos o similares, así como sus obligaciones.

²²⁷ El objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. (Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 178).



Las normas convencionales son creadas por especialistas elegidos por los Estados Parte, en este caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) sujetas a la condición suspensiva de aceptación libre y soberana de los países de tenerlas como fuente del derecho nacional, al elevarlas al estatus de tratado.

Prácticamente los gobernantes legitimados pactan estipulaciones a favor de terceros (población), ya que éstos últimos no participan directamente en el acuerdo, aunque se pudiera decir que sí en un régimen democrático, por ser representados.

En el derecho convencional los derechos humanos las diferencias son sustantivas en relación a otro tipo de tratados, porque la aprobación de los derechos y libertades de las personas son correlativamente obligaciones de los gobernantes, es indudable que se encuentran en diferentes planos de vinculación entre los sujetos del derecho convencional.

2.1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Es el documento fundamental que establece los cimientos actuales del SIDH, es llamado también Pacto de San José de Costa Rica, por haberse suscrito en ese país el 22 de noviembre de 1969, vigente a partir del 18 de julio de 1978²²⁸.

Este acuerdo multilateral fue signado 10 años después de la creación de Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En

lo sucesivo CIDH)²²⁹, pero la trasformó en forma radical en cuanto a sus atribuciones y creo la Corte IDH.

La Convención ADH prevé los derechos humanos básicos del SIDH, los compromisos de los Estados Parte y la estructura, facultades y responsabilidades de la CIDH y la Corte IDH.

3. *Consenso*

La categoría fundamental del derecho convencional es el convenio, porque de ahí devienen las relaciones internacionales que actualmente no sólo abarca, como antaño a los Estados, sino al ser humano y a las organizaciones no gubernamentales.

También hay que resaltar que los Estados en sus regímenes interiores tienen como idea fundamental en su origen al contrato social planteado por Jean-Jacques ROUSSEAU, que no es sino voluntad de agruparse y constituir al Estado.

Así el consenso, como un acuerdo de voluntades aparece como elemento motriz de las sociedades democráticas.

3.1. *Convenio*

El concepto derecho convencional implica reconocer a este no como un derecho ajeno sino propio, no como derecho supranacional, sino convencional creado o aceptado por los propios Estados Parte para regirse de acuerdo a la reglas, principios y directrices comunes, previamente consensadas.

²²⁸ Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, en Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos. México. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, p. 91.

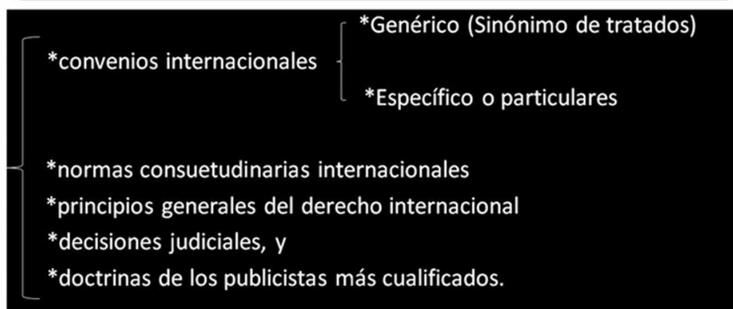
²²⁹ El a. 106 de la Carta de la OEA se limita a precisar: "Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia".

El concepto de convencionalidad deriva del convenio, de acuerdo con las definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas “el término “convenio” puede tener también un significado genérico y uno específico:

(a) Convenio como término genérico: El Art.38 (1) (a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a los «convenios internacionales, sean generales o particulares» como fuente de derecho, aparte de normas consuetudinarias internacionales y principios generales del derecho internacional y, en segunda instancia, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más cualificados. Este uso genérico del término “convenio” abarca todos los acuerdos internacionales, de forma análoga al término genérico “tratado”. También la jurisprudencia suele denominarse “derecho convencional”, con el fin de distinguirla de las otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario o los principios generales del derecho internacional. El término genérico “convenio” es, por tanto, sinónimo del término genérico “tratado”.

(b) Convenio como término específico: Mientras que en el último siglo el término “convenio” se ha empleado habitualmente para acuerdos bilaterales, ahora se utiliza principalmente para tratados multilaterales formales con un número elevado de partes. Los convenios suelen estar abiertos a la participación de la comunidad internacional en su conjunto, o a la de un gran número de Estados. Por lo general, se denomina “convenios” a los instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional (por ejemplo, Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, o el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). Lo mismo sucede con los instrumentos adoptados por un órgano de una organización internacional (por ejemplo, el Convenio de 1951 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, o el Convenio de 1989 sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas)²³⁰

Fuentes del derecho internacional



La importancia del consentimiento es porque:

La mayoría de las normas internacionales provienen de un consentimiento que los Estados miembros de la comunidad internacional expresan en varios instrumentos jurídicos de naturaleza intergubernamental (tratados, convenios, líneas directrices, etcétera)²³¹.

Así cuando los gobernantes en turno aceptan ser parte de la convención, pacta el establecimiento de derechos y libertades para todo ser humano en lo individual o de forma colectiva que se encuentre bajo su jurisdicción, y en caso de que considerar los beneficiarios que las normas, principios y directrices no son observadas, se faculta a éstos para que instituciones imparciales, expertas en derechos humanos y convencionales determinen si hay o no violación a los derechos y libertadas, y sus consecuencias.

²³⁰ Organización de la Naciones Unidas, Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, consultado el 12 de enero de 2015, en <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#conventions>

²³¹ Petrova Georgieva, Virginia, La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, 17-18.

4. Teorías: dualista y monista

El derecho interno regula relaciones entre individuos e instituciones y de éstos con el Estado, en contra partida el derecho internacional, en una versión clásica reglamenta las relaciones entre los Estados.

En el supuesto de la teoría dualista hay dos órdenes jurídicos independientes entre sí. Por lo que respecta a la teoría monista tanto las normas internacionales como las del derecho interno son un sistema único, a su vez esta última teoría se divide en dos: teoría monista constitucionalista e internacionalista, la primera prevé que el derecho internacional dimana del derecho interno y está sujeto a él; la segunda, la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno, como lo dispone la Convención de Viena sobre Tratados²³².

La teoría monista, bajo el presupuesto de la unidad del derecho, propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. La unidad implica que las normas se hallan subordinadas una a otras, formando un sólo ordenamiento jurídico; ello excluye la posibilidad de plantearse el problema de la aplicación directa ya que el derecho internacional integraría, sin más, el orden jurídico estadual. La teoría dualista propone la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes: tanto el derecho internacional como el derecho interno tienen su propio ámbito de validez y su propio campo de acción.²³³

5. Impacto del derecho convencional en los sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para

²³² El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado... Artículo 27.

²³³ Lavopa, Jorge Horacio, La dimensión jurídica de la integración, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, <http://cari.org.ar/pdf/dimension.pdf> (consultado 12 diciembre de 2016).

formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.²³⁴

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el Corpus Iuris Latinoamericano; tercero, a aplicar el Corpus Iuris Latinoamericano de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al Corpus Iuris Latinoamericano, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconvenional²³⁵, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio pro persona.

6. *Sujetos de derecho convencional*

Una vez celebrado o adherido al tratado es factible hablar de diversos sujetos de derecho convencional:

- a) el ser humano en lo individual o de forma colectiva;
- b) el Estado Parte, en el sentido de quienes ejercen el poder (agentes), y
- c) los órganos convencionales de supervisión.

Así los derechos y obligaciones que se generan son entre los diversos sujetos de derecho convencional, y generalmente no entre los Estados Parte entre sí, generalmente es un particular quien inicia el procedimiento, sin embargo un Estado puede incoar éste, aunque no es lo común, “los Estados no habían hecho uso de esta facultad sino hasta el año 2006, cuando el Estado de Nicaragua presentó una denuncia contra el Estado de Costa Rica por la su-

²³⁴ En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...” Artículo 1º, 1er párrafo de la Constitución.

²³⁵ Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (a. 2 de la Convención IDH).

puesta violación de los derechos humanos de dos ciudadanos nicaragüenses en Costa Rica.”²³⁶

Que es “otra peculiaridad específica del sistema americano radica en que el derecho a dirigir peticiones no es reconocido solamente a la víctima, sino a cualquier persona o entidad gubernamental”.²³⁷

7. Órganos convencionales de supervisión

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos convencionales contraídos por los Estados Partes:

- a) la CIDH;
- b) la Corte IDH, y,
- c) los jueces de los Estados Parte.

7.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones a los derechos humanos en los países que son parte de la OEA y decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas las medidas que tiendan a reparar la trasgresión, mediante el sistema de petición individual; el examen de la situación de los derechos humanos y la atención a temas que se relacionen con su finalidad.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal... Fue creada por la OEA en 1959”²³⁸.

²³⁶ Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio L. “Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011p.58.

²³⁷ Fix-Zamudio, Héctor. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L., 2010. p 30.

²³⁸ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultada 6 de mayo de 2014).

La CIDH sesiona por primera vez en 1960, y al año siguiente comienza a “...realizar visitas in loco para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 92 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales...desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en procesamiento. Los informes finales publicados en relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país”.²³⁹

7.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense²⁴⁰.

La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981.²⁴¹

8. Control difuso de convencionalidad

Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la co-

²³⁹ Ídem.

²⁴⁰ García Ramírez, Sergio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011, p. 107.

²⁴¹ Ídem.

bertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional.²⁴²

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional”²⁴³.

El control difuso de convencionalidad es más complejo de lo que se piensa. Además de hacer un parangón de normas internas respecto a la CADH, el juez local debe tener conocimientos sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, así como conocer el corpus iuris del SIDH. La información actualizada de lo que acontece en el SIDH es requisito indispensable para cada juez local que quiera hacer valer los DH²⁴⁴.

²⁴² Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

²⁴³ Ibidem. Velandia Canosa, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión, p. 198.

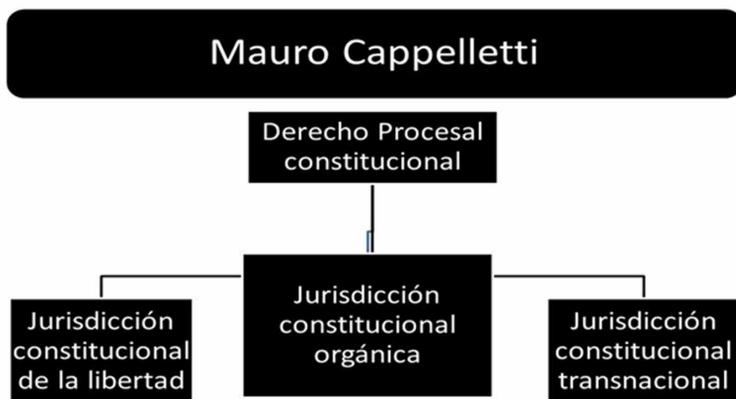
²⁴⁴ Martínez Lazcano, Alfonso Jaime y Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad; análisis de dos casos paradigmáticos, en Efi-

9. *¿Derecho procesal constitucional trasnacional?*

Si bien es cierto hay destacados autores y la mayoría de la doctrina designa al derecho procesal constitucional trasnacional²⁴⁵ cuando se refieren al derecho procesal convencional de los derechos humanos, como una especie del derecho procesal constitucional, sistematización en auge a finales del siglo XX y principios del XXI, con la idea de incluir a todos los medios procesales instituidos para garantizar la supremacía constitucional, pero el derecho procesal convencional no tiene ese propósito, es ajeno a este tipo de conflictos nacionales.

La idea de integrar al derecho procesal constitucional trasnacional al derecho procesal constitucional se debe al procesalista italiano Mauro Cappelletti quien aglutinó en:

“Tres sectores al derecho procesal constitucional: A) jurisdicción constitucional de libertad; B) jurisdicción constitucional orgánica; C) jurisdicción constitucional trasnacional”.²⁴⁶



caja del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 97.

²⁴⁵ Velandia Canosa, Andrés, “Derecho procesal constitucional trasnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Neoprocesalismo, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 2014, p. 400.

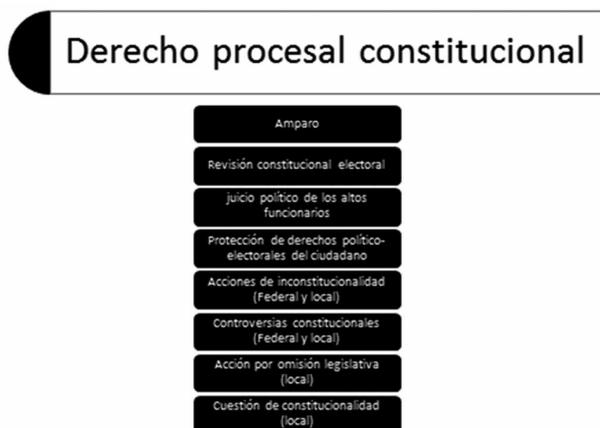
²⁴⁶ Fix-Zamudio, op. cit., p. 167.

9.1. Derecho procesal constitucional

La diversidad de medios jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales que adopten los países que tengan como intención anular los actos de cualquier autoridad que sean contrarios a los mandatos de la constitución o que provoquen una determinada conducta pública cuyas motivaciones sean provocadas por el principio de supremacía constitucional debe integrar el derecho procesal constitucional

El maestro Héctor FIX-ZAMUDIO realiza la siguiente clasificación del contenido del derecho procesal constitucional en México:

A) El juicio político de los altos funcionarios (artículo 110); B) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I); C) La acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); D) El Procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafo II y III); E) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); F) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales (artículo 99, fracción V); G) El Juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); y H) Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos correspondientes a la Constitución Federal.²⁴⁷



9.2. *Tribunales de control constitucional*

El estudio del derecho procesal constitucional se ha desarrollado con la fusión de dos parámetros de control, aquellos que tutelan derechos humanos o fundamentales de los particulares y los creados para resolver conflictos entre entes públicos.

Son los primeros los que se han nutrido de los derechos humanos sustantivos al constitucionalizarlos.

Los primeros tribunales constitucionales florecieron en Europa y después la idea se extendió a otros países²⁴⁷, actualmente el concepto de justicia o jurisdicción constitucional ha evolucionado.

Los tribunales constitucionales tienen distintas denominaciones y su acomodo dentro de la tradicional división de poderes ha sido también disímil en las naciones en los que se han constituido. Al respecto el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor cataloga las formas en las que se han establecido estos tribunales en Latino América:

a) sean como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecu-

²⁴⁷ Fix Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional", *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 299.

²⁴⁸ Kelsen influyó en forma determinante en la creación de los primeros organismos jurisdiccionales especializados, establecidos por las cartas de Checoslovaquia y de la República Federal de Austria en 1920. Siguiendo en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); la antigua Yugoslavia (1953-1974); Chipre (1960); Grecia (1975); Portugal (1976-1982); España (1978); Bélgica (1980) Francia (1958); Turquía (1961-1982). Posteriormente en Europa del Este con la desintegración del mundo soviético; Polonia (1982-1986); Hungría (1989); Croacia (1990); Bulgaria (1991); Eslovenia (1991); Rumania (1991); Yugoslavia (1992); Estonia (1992); Albania (1992); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Macedonia (1992); Republicas Federativas Rusa (1993); Moldavia (1994); Bosnia-Herzegovina (1995) Ucrania (1996) y Letonia (1996). En forma progresiva se ha introducido las instituciones de justicia constitucional en los países latinoamericanos: Ecuador (1948); Guatemala (1965-1985); Chile (1970-1973-1980-1989); Perú (1979 y 1993); El Salvador (1983-1991); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Colombia (1991); Bolivia (1994); Nicaragua (1995); Venezuela (1999); Brasil (1993); México (1995), y Ecuador (1996-1998).

dor, Guatemala y Perú); b) sean como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia); c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela), d) o sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay)²⁴⁹

9.3. *Naturaleza de un tribunal constitucional*

En este punto Ferrer Mac-Gregor menciona dos ópticas de la naturaleza de un tribunal constitucional, sea formal o materialmente cuya función es para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, sin incluir los tribunales convencionales de derechos humanos o la llamada justicia constitucional transnacional:

a) Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica fundamentalmente con el modelo europeo de tribunal constitucional.

b) Una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México, que como vere-

²⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Justicia Local Constitucional. La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz”, ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, México, 2003, p.197.

mos más adelante, debido a las reformas constitucionales de 1987, 1994 y 1999, se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional²⁵⁰.

9.4. Constitución

Constitución “(Del latín *constitutio-onis*), forma o sistema de gobierno que tienen cada Estado; ley fundamental de la Organización de un Estado”.²⁵¹

La constitución es el conjunto de normas o principios de carácter nacional. Es el “acta de nacimiento de un Estado”. En ésta se establecen las normas más importantes y fundamentales de una nación sea en lo individual, grupo, colectivo o nacional. Es la carta política de organización interna de un país.

La Constitución posee ciertos atributos que le son propios y exclusivos; éstos la distinguen de otro tipo de normas. Si bien es propio de toda ley mandar, disponer y regular, la constitución, como toda ley, lo hace, pero, por su naturaleza intrínseca, va más allá, constituye y funda. Este ir más allá que las restantes leyes hacen que a ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de ley suprema. Se trata, ciertamente, de una forma de ley; no obstante, goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada²⁵².

La constitución se divide en dos partes esencialmente: la dogmática y la orgánica. En la primera se encuentran los derechos humanos y sus garantías y en la segunda, las facultades de los poderes públicos.

²⁵⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales en Iberoamérica”, FUNDA (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.), México, 2002, pp. 55-56.

²⁵¹ Barragán, José, “Constitución”, Diccionario Jurídico Mexicano tomo I, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 5ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 658.

²⁵² Arteaga Nava, Elisur, “Tratado de derecho constitucional”, volumen 1, OXFORD, México, 2003, p. 2.

9.5. *Constituciones inconvencionales*

Con el juicio “La Última Tentación de Cristo” es por demás claro que el derecho procesal convencional de los derechos humanos no protege el principio de supremacía constitucional, sino que como toda norma interna, incluyendo las constitucionales están sujetas al control de convencionalidad:

En los casos en los que una disposición constitucional resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, a adoptar las medidas legislativas (constitucionales y ordinarias) necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención.²⁵³

Otros ejemplos del alcance de las sentencias que emite la Corte IDH como órgano jurisdiccional autónomo con facultades terminales para examinar la convencionalidad de las constituciones son:

a) Caso Radilla Pacheco

Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, “[a]unque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho[...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos”²⁵⁴

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

²⁵³ Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

²⁵⁴ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 317.

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 Convención²⁵⁵. 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.²⁵⁶

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.

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.²⁵⁷

b) Caso Cabrera Montiel

Por otra parte, este Tribunal [Corte IDH] recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁵⁸

²⁵⁵ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, supra nota 54, párr. 207; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párrafo 118.

²⁵⁶ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco, op. Cit., párrafo 338.

²⁵⁷ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco op. cit, párrafos 340-341.

²⁵⁸ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 234

Sin gran discusión, inclusive para autores renuentes a la influencia pactada por los Estados en los instrumentos y prácticas que el derecho procesal convencional impone y que implica una jerarquía sobre toda jurisdicción nacional, interesante y aleccionador son los siguientes calificativos que utiliza Pedro Sagües al referirse a la experiencia latinoamericana después de casi dos décadas de la vigencia de la convención ADH:

Permiten realizar un interesante balance acerca del grado de sometimiento y de invasión de los tribunales nacionales, respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... es probable que los tribunales locales se sometan a regañadientes –ya que nos les cabe otro remedio- a lo que resuelva el tribunal supranacional en un caso concreto. ²⁵⁹

c) Opinión consultiva OC-4/84

La Corte IDH el 19 de enero de 1984 resolvió la opinión consultiva a la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización a solicitud de ese país centroamericano, entre otros puntos, determinó, por cinco votos contra uno: que el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta, por unanimidad: que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.

Lo interesante para la consideración de autonomía del derecho procesal convencional, es que las constituciones locales de los Estados Parte pueden objeto, tanto previamente a una reforma o en forma posterior en la vigencia y aplicación, pueden objeto de análisis de convencionalidad.

²⁵⁹ Sagües, Néstor Pedro, Op. Cit., p. 242-245.

10. Reflexión

A manera de ejemplo de la falta de comprensión de que el derecho convencional, y sobre todo tratándose de derechos humanos, forma parte de derecho interno a nivel constitucional y por esa consecuencia jurídica, es una fuente directa privilegiada que deben de oficio, en cumplimiento al control difuso de convencional, aplicar los operadores jurídicos, así éste no es extranjero ni es una norma de carácter internacional (entre naciones) y menos de carácter supranacional como el siguiente criterio judicial pretende explicar, sin dejar de mencionar que fue dictado antes de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, pero que en base a los compromisos de adquiridos, desde la Convención de Viena sobre Tratados de 1969, de la Convención ADH de 1969 y la aceptación de la Jurisdicción de la Corte IDH en 1998 para México no es conforme a éstos:

Tratados internacionales. Incorporados al derecho nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna. El Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la comunidad internacional. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre el derecho nacional o interno y el derecho internacional o supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación. Ante ello, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo, a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud del mecanismo constitucional han quedado incorporadas al orden jurídico interno y a las normas locales que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo que no puede decidirse en forma general y absoluta, que el derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por el órgano jurisdiccional nacional, puesto que en México existen normas de carácter federal, como es la Constitución Política de los Esta-

dos Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133 y el artículo 12 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución, que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y por ende, si en el caso cabe o no la aplicación del derecho sustantivo extranjero. Así se tiene que del contenido del artículo 133 constitucional, se desprende que entre las fuentes internacionales del derecho, se encuentran los tratados o convenciones que constituyen acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (Estados y organismos internacionales) que se han celebrado y toman en cuenta asuntos de derecho internacional por lo que con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133, para considerar que un tratado sea, junto con las leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobadas por el Congreso de la Unión "la Ley Suprema de toda la Unión", es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el presidente de la República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.); y 2. El especial, también llamado de remisión, el cual implica que la regla de derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Además de que en el caso del derecho internacional convencional debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante; sin embargo, cuando se está ante el procedimiento ordinario en

el que nuestro país advierte no sólo la necesidad de observar el contenido del tratado internacional sino que considera oportuno, dada la importancia de la materia que regula el tratado en cuestión, incorporar dicha norma internacional al derecho nacional a través del procedimiento de incorporación ordinario, esto es, al reformar las leyes internas o, en su caso, emitir nuevas leyes que atiendan lo establecido en el tratado. Por eso cuando el acto de autoridad, reclamado vía amparo, se funde en el tratado internacional así como en la norma de derecho nacional y respecto de esta última ya existiere pronunciamiento de constitucionalidad por nuestro Máximo Tribunal, los argumentos tendentes a demostrar la inconstitucionalidad del tratado internacional que dio motivo a la expedición de la norma nacional, deberán desecharse atento a la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 80 ambos de la Ley de Amparo porque el análisis de la fundamentación y motivación del acto de aplicación del tratado internacional a nada práctico conduciría dado que no se podrían actualizar los supuestos contenidos en el numeral 80 de la Ley de Amparo pues si el acto reclamado no se funda únicamente en el tratado internacional, sino en un ordenamiento jurídico cuya existencia derivó del pacto internacional y cuya constitucionalidad ya fue declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no podría reintegrarse al quejoso en el goce de las garantías individuales que se estimaran transgredidas, puesto que la constitucionalidad del acto de aplicación se sostendría por los restantes preceptos cuya constitucionalidad ya fue declarada.²⁶⁰

11. A manera de conclusiones

Pensar en la coexistencia de dos ordenamientos distintos en cuanto a su origen, finalidad y jerarquía en materia de derechos humanos

²⁶⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: I.3o.C.79 K, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXVI, julio de 2007, Página: 2725.

de acuerdo al nuevo paradigma: la dignidad y protección del ser humano, implica crear una distinción errónea entre un ordenamiento jurídico extranjero o supranacional y otro nacional o interno, que requiere del análisis de las relaciones entre ambas fuentes del derecho y, eventualmente, la propuesta de soluciones tensiones artificiales por cuestiones de soberbia intelectual más que de soberanía nacional.

Es importante precisar que el derecho es una manifestación cultural producto de diversas formas de pensar; de entender la realidad y sus retos, el derecho no es patrimonio nacional sino de la humanidad, un ejemplo claro es el predominio del derecho creado por los romanos, germanos, españoles, que han influido e influyen de forma determinante en el recreado en Latinoamérica, las ideas de soberanía, división de poderes, derechos humanos en sus orígenes han sido desarrolladas en Europa y asimiladas a su modo en cada país.

Así, la gran influencia en las disposiciones de otros países no permite actuar de forma eminentemente soberana al poder legislativo, por ejemplo en México los juicios orales como ahora se han establecido tienen influencia determinante de Colombia y Chile, antes éstos de las naciones anglosajonas.

Todo ello sin dejar de mencionar el sometimiento de los intereses de las empresas transnacionales en el proceso de globalización.

Bibliografía

- Aguirre Arango, José Pedro, La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>, (consultado 12 diciembre de 2016).
- Artega Nava, Elisur, Tratado de derecho constitucional, volumen 1, OXFORD, México, 2003, p. 2.
- Barragán, José, “Constitución”, Diccionario Jurídico Mexicano tomo I, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 5ª ed., Porrúa, México, 1992.
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.

- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.
- Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú,
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos.
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., México, 2002.
- _____, Eduardo, Justicia Local Constitucional. La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz, ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, México, 2003.
- Fix Zamudio, Héctor, Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, 4ª ed., Porrúa, México, 2003.
- _____, Protección Internacional de los Derechos Humanos, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L., 2010.
- García Ramírez, Sergio, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011.
- Lavopa, Jorge Horacio, La dimensión jurídica de la integración, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, <http://cari.org.ar/pdf/dimension.pdf> (consultado 12 diciembre de 2016).
- Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio L., Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011.
- Marraniello, Patricio A. y Cohn Silvia N., Tratado de derecho de integración, tomo I, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014.
- Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, en Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos. México. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015.
- _____, El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.

- _____y Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad; análisis de dos casos paradigmáticos, en Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.
- Petrova Georgieva, Virginia, La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- Villalbalba Bernié, Pablo Darío, Jurisdicción supranacional, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015.
- Vivas Barrera, Tania Giovanna, Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos, análisis comparado, en Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Colección Jus Público, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

Páginas Web consultadas

- <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> (Consultado 11/12/2013)
- <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultada 6 de mayo de 2014).
- <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#conventions> (Consultada 16 de mayo de 2014).

El alzamiento de la corte ante una sentencia del la CIDH

MARIO A. R. MIDÓN (ARGENTINA)

Los procesos de integración no son lineales. Quiero decir con esto que más allá de los compromisos que cada Estado asume realizar, el cumplimiento de los deberes de las partes está sujeto a la voluntad de quienes ejercen poder para efectivizarlos.

Como es sabido, nuestro país es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se propone, junto a otras naciones de la región, que las facultades más elementales del hombre tengan común denominador en toda la geografía de los países signatarios del Pacto de San José de Costa Rica.

Es que al estado-nación de nuestro tiempo no le basta con regular acontecimientos que se producen dentro de sus fronteras. El fenómeno de la integración y el de la universalidad de los derechos humanos, lo han llevado al terreno de ensanchar espacios con la creación y recreación de instituciones supranacionales, porque se alberga la convicción de que a través de esos mecanismos puede llegar a concretarse lo que a muchos le parece utópico, a saber: la de conferir suficientes seguridades a la vigencia de los derechos del hombre.

Estos razonamientos introductorios vienen a cuento de una resolución emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa identificada como “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”²⁶¹, tribunal que en respuesta a una solicitud de esa secretaría de gobierno dispuso no dar cumplimiento a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se declaró que el Estado argentino había violado la libertad de pensamiento y expresión.

El decisorio se remonta, en cuanto antecedente fáctico, al año 2001. En esa oportunidad nuestro tribunal de la cumbre confirmó una sentencia de cámara a través de la cual se condenó a los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D’amico a abonar a Carlos Saúl Menem una suma de dinero a título de indemnización por los daños que este experimentó como consecuencia de una publi-

¹ SC M 368, L. V

cación realizada por esos periodistas, relativa a la existencia de un hijo extramatrimonial del ex presidente.

Los afectados por la condena civil instaron el procedimiento de denuncia y en la causa “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” obtuvieron de la Corte Interamericana un pronunciamiento en el que a título de reparación se ordenó al Estado argentino, en su parte pertinente, que:

a) ““El Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 105 de la misma.”

b) “El Estado debe realizar las publicaciones dispuestas en la presente Sentencia, de conformidad con lo establecido en el párrafo 108 de la misma.

c) “El Estado debe entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de la presente Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación y conforme a las modalidades especificadas en los párrafos 131 a 136 de este Fallo.”

El decisorio del que vamos a ocuparnos se dictó por mayoría de los miembros de la Corte nacional, con los votos de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti, según su voto y, con la disidencia de Maqueda.

En su centralidad, la negativa de la Corte se sostiene en que no es posible dejar sin efecto su sentencia por la Corte IDH, pues ello importaría “privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los artículos. 27 y 109 de la Constitución”.

La determinación, amén de representar un alzamiento al tribunal de tribunales como lo es la Corte IDH, es regresiva y luce emblemática como emitida con antelación a la oportunidad en

que el órgano judicial interamericano oficializara el control de convencionalidad, mecanismo con reconocida carta de ciudadanía en la jurisprudencia nacional, incluyendo a la mismísima Corte doméstica.

I. LA CORTE ARGENTINA LE HACE DECIR AL PACTO LO QUE EL PACTO NO DICE

El fallo, tampoco le escapa a la autocontradicción. Ello, porque al tiempo que afirma que las sentencias de esa Corte son obligatorias, según el art. 68.1 del Pacto, declara que no es posible cumplir esa su decisión, en orden al hallazgo de una excepción que el tribunal elabora para el caso.

Así, para fundar su decisión, nuestra Corte le hace decir al Pacto lo que el Pacto no dice.

En efecto, el artículo 68.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prescribe que:

“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”

Esa cláusula no fue objeto de reserva, ni de declaración interpretativa por el Estado argentino al momento de suscribir el documento que rige ininterrumpidamente desde 1984, razón por la cual no existe posibilidad de alterar tan claro mandato positivo.

Por ende, afirmar como lo hace el cimero que;

“... Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) ...”, para colegir luego que; “... dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales y sostener que ... es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana ...”, (Considerando 6° del voto de Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz), constituye una artificiosa creación cortesana que no se compadece con la realidad textual del tratado, mucho menos con las prácticas de nuestro tribunal supremo en materia de derechos humanos.

Disentimos con esa incorrecta lectura de la CSJN, en cuanto sostiene que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias, en principio.

La expresión “en principio” es una muletilla de la Corte y cuando recurre a ella lo hace con el propósito de usarla como sinónimo de la palabra “regla”, ya que toda regla admite excepciones. Por eso, afirmar que los fallos de la Corte IDH son obligatorios “en principio”, significa decir que el deber de cumplimiento es relativo y dependerá de las circunstancias del caso, según evalúe nuestra Corte.

Al contrario de cuanto se afirma, lo que está fuera de discusión es el deber de acatar las sentencias de la Corte IDH “en todos los casos”, compromiso que se asumió no para cumplirlo “en principio”, sino para siempre, en tanto nuestro Estado sea parte en el caso.

El cumplimiento íntegro y puntual de los decisorios de la Corte IDH es la consecuencia o, si se quiere, el costo de haber delegado competencias y jurisdicción en un órgano supranacional. No lo decimos con resignación, sino con sentido explicativo, en la convicción de honrar el compromiso asociativo que asumió el Estado argentino cuando se integró al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

II. UN DERROCHE DE FORMALISMO

Para incumplir la proposición de la parte de la sentencia emanada de la Corte IDH que mandó “dejar sin efecto” la sentencia de la Corte nacional, los jueces de nuestro alto tribunal razonaron de este modo.

“... En este sentido, la CADH establece que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de

esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (art. 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional...” (Considerando 13 del voto de los doctores Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz)

Esas razones nos merecen las siguientes reflexiones:

Primero, es una práctica reiterada de la Corte IDH la de disponer en su parte resolutive que el Estado condenado, como ocurrió en este caso, debe dejar sin efecto la sentencia que resultó violatoria del o los derechos humanos en juego y así lo reconoce el voto mayoritario (considerado 15).

Segundo, si bien es cierto que en la letra de la Convención no aparece de modo expreso el atributo de la Corte IDH de “dejar sin efecto una sentencia” que lesionó derechos humanos, no es menos cierto que no exige mayor intelección hallarla comprendida en la facultad genérica de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, en los términos que refiere el artículo 63.1. Sino ¿de qué otro modo podría repararse el daño causado?

La liturgia a que recurre nuestra Corte es contraria al principio de que los pactos se han hecho para ser cumplidos, inequívoca muestra de que se ha tomado distancia del principio de la buena fe en materia convencional y, de rebote, se ignoraron las reglas del principio pro homine que consagra la Convención IDH.

Tercero, a esta altura del proceso de integración en el marco del SIDH, es archisabido que con miras a reparar la violación a las libertades de pensamiento y expresión –porque de eso se trató el caso, la Corte IDH dispuso hace buen tiempo, mucho más que dejar sin efecto una sentencia. Lisa y llanamente instó a modificar la Constitución de un Estado parte en el caso “La última tentación de Cristo vs. Chile” y, el Estado infractor acató el pronunciamiento adverso.

Cuarto, ante tanto derroche de formalismo hay que convenir que si esa sacralización se mantuviera, no hubiera nacido el Amparo porque carecía de letra y la Corte le dio vida. Sin regulación alguna irrumpieron a su tiempo, también sin texto formal, el re-

curso extraordinario por gravedad institucional, el cómputo de la depreciación monetaria, el control de razonabilidad de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Sitio, etc.

III. LOS DEBERES QUE IMPONE UNA SENTENCIA DE LA CORTE IDH NO SON DIVISIBLES, MUCHO MENOS CUANDO LOS PROPIOS ACTOS LO AVALAN

La Corte nacional ensaya una división del tema decidido por la Corte IDH y acata una parte de él, pero no la otra. En efecto, la Corte anuncia que ha cumplido las publicaciones que aquella sentencia dispuso, pero selecciona puntillosamente que porción del pronunciamiento debe acatar.

En tal sentido, afirma nuestro cimero que

“... En cuanto al punto “b” la medida ha sido cumplimentada —en lo que a este Tribunal compete— mediante la publicación instrumentada a través de dos portales: el Centro de Información Judicial y la página de jurisprudencia del Tribunal, ámbito donde figura también la publicación de la sentencia dictada por esta Corte en la causa “Menem” ...” (Considerando cuarto del voto conjunto de la mayoría)

Empero, en lo concerniente a la obligación de dejar sin efecto su fallo, la Corte aduce que:

“... En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

“Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho pú-

blico establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).”

Entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional ...”

Nos preguntamos, el deber que impuso la Corte IDH y que fue ejecutado por el tribunal nacional, en lo concerniente a las publicaciones que realizó ¿no privan a la Corte de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino? o, es que ¿esa capititis diminutio que el tribunal cree hallar vale para habilitar el cumplimiento de una parte de la sentencia, pero no la restante? Acaso ¿el tribunal que la Corte llama “internacional” no sustituye la decisión del órgano local? cuando en la el mismo decisorio ordena publicar su sentencia y ese mandato es cumplido por tribunal nacional.

No es posible parcelar el decisorio de la Corte IDH, toda vez que el mandato de publicación contenido en él, es parte de la unidad lógica que conformó la sentencia y una consecuencia natural de haber dispuesto dejarla sin efecto. Si el tribunal interamericano no hubiera resuelto dejar sin efecto el fallo de la Corte argentina, tampoco hubiera dispuesto su correlato que consistió en la publicación ordenada.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prohíbe a un Estado denunciar, retirarse o suspender su aplicación parcial, art. 44. Entonces, si el gobierno (es decir los tres poderes del Estado argentino no tienen atribuciones para fragmentar -si quiera en conjunto- los efectos de un tratado internacional) mucho menos los tiene uno de sus departamentos.

Además, ese principio de ejecución que la Corte realizó de la sentencia emanada de la Corte IDH, con la publicación que ella

ordenó y la Corte nacional acató, conduce a valorar su propio acto como de íntegra aceptación, sin que haya lugar para esa suerte de bipartición que ha ensayado la Corte argentina.

IV. EL SUPUESTO VALLADAR DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Tanto en el voto conjunto de la mayoría, como en el emitido por Rosatti, el valladar infraqueable que el tribunal doméstico encuentra para negarse a acatar la sentencia de la Corte IDH está en el artículo 27 de la ley mayor de la Nación, reputado como “esfera de reserva soberana ... al cual los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad ...”

Incluso se sostiene que:

“... Esta comprensión del artículo 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido él constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH —entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos— ha establecido expresamente que sus normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282).

Conviene recordar, una vez más, que el controvertido párrafo de que los tratados internacionales constitucionalizados “no derogan artículo alguno de la primera parte” fue el resultado de las presiones que sobre la Convención Constituyente ejercieran los representantes de las organizaciones que nucleaban a los medios de difusión, especialmente los escritos. Los exponentes del mundo periodístico suponían que la jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo texto se incluía el derecho de réplica, diluiría las previsiones constitucionales contenidas en la primera parte de la ley de leyes, en lo atinente al derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa. Forzada a dar señales de que ello no era así, la Convención optó por

incluir esta disposición. Desafortunadamente esos guiños del constituyente, no fueron los más apropiados desde el punto de vista técnico.

No obstante, para interpretar el alcance de los preceptos en juego, la Corte se recuesta en la opinión de Joaquín V. González, con pensamiento acuñado en 1909, cuando la integración no se conocía y era sacrílego que un tratado internacional no fuera inferior a la ley, sino inconcebible que tuviera jerarquía constitucional.

Diremos más, en 1853 cuando se dictó la Constitución Nacional —lo mismo en 1909 fecha de la obra citada— los tratados a que refería el artículo 27, generalmente, eran solo de “paz” y “comercio”; paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción del vocablo.

Pero, lo más grave de todo, es que al tiempo que realiza esa opción, nuestro intérprete final prescinde del juicio del constituyente del 94 que fue quien confirió jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos a que refiere el artículo 75 inc. 22.

Es ilustrativo recordar que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, el convencional Juan Pablo Cafiero, sostuvo que “Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, erga omnes y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional. El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. (Énfasis agregados nuestro) Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos y el Poder Judicial debe estar al servicio de un recurso ágil y rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su

situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional. De esta manera, la República Argentina da su consentimiento en obligarse por los tratados de derechos humanos universales y regionales, por todos aquellos que protegen un derecho en particular. También acepta la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los mismos tratados y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bidart Campos —que es un fogonero de esta cuestión— dijo que le gustaría, de reformarse la Constitución, que se previera la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida la Constitución. Esto como propuesta de máxima, pero como propuesta de mínima —que es la que conlleva el dictamen en mayoría— la supremacía de los tratados internacionales en los que Argentina sea o se haga parte.²⁶²

Por el mismo carril, la constituyente Elisa Carrió expresó:

“a) Otorgar jerarquía constitucional a tratados que por su contenido tienden a reforzar libertades y no a suprimirlas, no significa afirmar que los mismos estén exentos del control en relación a las pautas establecidas en el art. 27, sino que la norma constitucional estima que los tratados en derechos humanos, justamente en función de su especial contenido refuerzan tales principios y merecen por esta misma razón que se les otorgue jerarquía constitucional, I) Es el Congreso de la Nación exclusivo destinatario de la norma contenida en el art. 27, cuando habla de gobierno federal, como órgano habilitado para delimitar la correspondencia de los principios de tratados con el derecho público interno, es a él a quien le corresponde realizar el análisis de tal concordancia. En todos los tratados que hoy se incorporan con rango constitucional, tal control se ha efectuado y nadie ha discutido la absoluta correspondencia con el derecho público interno de los mismos. A tal control se le adiciona hoy el que efectúa esta Honorable Convención al decidir elevarlos a Jerarquía Constitucional. II. El equívoco que hay que clarificar es que el art. 27 no establece una graduación

²⁶² Convención Constituyente, Diario de Sesiones, 22ª Reunión- 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, p. 2829.

jerárquica de los tratados, sino que sólo es una directiva constitucional al Congreso en cuanto gobierno federal, expresión también utilizada en el art. 6 de la C.N., y que conforme el caso Orfila debe entender cómo Congreso de la Nación para que los tratados que aprueba se correspondan con el derecho público interno. Por ello es que la ley 24.309 habilitó a esta Honorable Convención a determinar la jerarquía de los tratados internacionales y es ella en el marco de su soberanía la que establece el carácter supra legal de los tratados en general y el carácter constitucional de determinados tratados en materia de derechos humanos. III) La afirmación, en el sentido que otorgarles igual jerarquía que la Constitución viola el principio de supremacía de la Constitución, no resiste el menor análisis, porque justamente por el carácter supremo de ella, puede una norma de tal carácter equiparar a ella otras disposiciones de derecho interno. En efecto no es una ley u otra disposición de derecho interno la que establece la jerarquía constitucional de una norma, sino que es el propio poder constituyente, a través de una norma constitucional, quien eleva a su propia jerarquía a otras normas de derecho interno.²⁶³

Estos conceptos, conviene subrayarlo, no fueron rebatidos por ningún exponente del cuerpo en ocasión de votarse la cláusula del artículo 75 inc. 22, de modo que ellos quedaron documentados como la auténtica voluntad legislativa del reformador extraordinario.²⁶⁴

Es que la resolución constitucional argentina de incorporar al texto de la ley de leyes tratados internacionales de derechos humanos debe leerse en un marco axiológico inocultable. Así como incorporar cierta norma constitucional implica atar a la comunidad política de manera que no pueda sin dificultad y reflexión apartarse de esa norma, incorporar a la constitución un tratado internacional de derechos humanos significar a atar a la comuni-

²⁶³Convención Constituyente, Diario de Sesiones, 23ª Reunión-3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3112.

²⁶⁴ Reseña muy ilustrativa es la que realiza ANDRES GIL DOMINGUEZ a propósito de la voluntad del constituyente, Ver en Under Constitucio-
nal, El fallo muro de la Corte Suprema, los Rosattis y los Maquedas, 18/02/07.

dad política a las definiciones en materia de derechos humanos contenidas en la convención internacional. Y ¿qué significa esto más precisamente? Como mínimo, que las autoridades locales no pueden decidir discrecionalmente que la convención internacional sea seguida sólo en los casos puntuales en los que el sentido de sus normas les parece adecuado. El uso estratégico de las decisiones de los órganos internacionales hace al estado pecar de inconsistencia e implica no tomarse seriamente el compromiso internacional, que es con la comunidad internacional pero también (y posiblemente, sobre todo) con la comunidad nacional, las personas bajo el gobierno del estado argentino. En definitiva, atarse a una convención internacional significa sostener el criterio convencional de la comunidad internacional que uno integra. Los conceptos, los derechos, sus alcances, no puede ser redefinidos domésticamente.²⁶⁵

V. ACERCA DEL MENTADO EXCESO DEL TRIBUNAL SUPRANACIONAL Y EL EXEQUÁTUR QUE IMPUSO LA CORTE

La Corte, entre otras cosas, sostiene también que el órgano Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha excedido en su competencia en cuanto decidió “dejar sin efecto” una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada emanada de la Corte nacional y, que tal exceso deviene del hecho que con tal resolución convierte en una cuarta instancia al tribunal supranacional.

Es muy elemental que por hacer lo que hizo, la Corte IDH no es una cuarta instancia y lo dicho no requiere de ninguna explicación.

El yerro de nuestro tribunal radica en suponer que el dispone de la facultad de conceder el “pase” o ejercer una suerte de “exequátur” a las sentencias del tribunal interamericano. Y, ese gafe

²⁶⁵ BASCH FERNANDO, Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios, borrador del trabajo presentado en las Jornadas Una Constitución para el Nuevo Siglo, Mayo 2010, Facultad de Derecho, UBA.

tiene que ver con el hecho de prescindir de la naturaleza supranacional que en el SIDH tiene la Corte IDH.

En efecto, conferir a un tribunal ese carácter, importa entre otras cosas dotarlo de aptitud para emitir decisiones que se incorporan de pleno derecho al ordenamiento de los Estados partes, porque son de aplicación inmediata y directa, todo en la convicción que los componentes de esa organización son partes de un esquema distante y distinto que excede el ámbito de los Estados partes que integran la asociación, ya que sus componentes no representan a un Estado determinado, sino a la configuración superior que está situada por encima y más allá del Estado.²⁶⁶

La figura ha sido admitida expresamente también por el reformador del 94, cuando en el artículo 75 inc. 24 autorizó, de manera expresa, la delegación de competencias y jurisdicción en órganos supraestatales, previendo para ello la concurrencia de requisitos de fondo y de forma que los poderes constituidos han observado cuando nos integramos al SIDH y volvieron a revisarse cuando se constitucionalizó el Pacto.

Arremeter contra un proceso asociativo que se propone uniformar la vigencia de los derechos humanos, amparándose en la idea de la soberanía cuasi bodinesca, torna muy actual el razonamiento de Pescatore que en el tema tiene más de medio siglo. El autor sostenía que ese tipo de propuestas, en nombre de una soberanía intangible e intacta se presta a crear o recrear a favor de los estados una especie de reducto, un lugar seguro a partir del cual pueden impunemente volver a poner en discusión cuando les plazca y de acuerdo con su interés cualquiera de sus compromisos, con lo que se arriba a la negación potencial de los efectos de la integración²⁶⁷.

Por otra parte, para ser congruente con su tesis de la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional, como mínimo, la Corte debía declarar la inconstitucionalidad del artí-

²⁶⁶ MIDON MARIO A..R., Control de Convencionalidad, pág. 41, Astrea, Buenos Aires 2016.

²⁶⁷ PESCATORE, PIERRE, El aporte del derecho Comunitario al Derecho Internacional Público, pág. 501, París, 1970.

culo 27 de la Convención de Viena que rige entre nosotros. Ello así, porque se trata de una disposición que de manera incontrovertible es opuesta al artículo 27 de la Constitución Nacional, en cuanto estatuye que un Estado no puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado.

Sin embargo, esa determinación le pesó al tribunal que se limitó a proclamar la supremacía constitucional sin descalificar la norma supuestamente “infractoria”.

El problema entonces, no es solo el de esta sentencia de la Corte argentina. Es previsible que ella, apeada al precedente vuelva en otras causas, con su discrecional criterio, a refugiarse en los lindes rituales de razones que se dicen soberanas para desautorizar el esquema integrativo habilitado por el constituyente.

Tampoco puede decirse que “... el constituyente ha consagrado en el citado artículo 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público ...” (Considerando 5° del voto de Rosatti)

Genéticamente, la institución del margen de apreciación nacional es creación del derecho supranacional europeo, donde se la definió como espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados partes para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración circunstancias jurídicas, sociales y culturales, en el entendimiento de que su ejercicio se encuentra sujeto al control del Tribunal Europeo y, a su labor continua en la construcción de un consenso europeo.²⁶⁸

En 1971, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó por primera vez la expresión y, lo hizo para justificar la detención de un grupo de vagabundos registrada en uno de los países de la comunidad, afirmando que respecto de ellos no se vulneró el derecho contenido en el art. 8.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, toda vez que el estado que la produjo la medida pudo tener razones valederas para defender el orden y preservar

⁸ GONZALEZ VEGA JAVIER A. Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la Interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual, Revista Española de Derecho, N° LVI, pág. 178, Enero 2004.

infracciones penales contra la moral, la salud y reputación de otros.²⁶⁹

También, más contemporáneamente, lo hizo la Corte IDH para validar una ley del Estado de Costa Rica que acordaba preferencia a algunas personas para adquirir la ciudadanía por naturalización.

La doctrina que explica al instituto del llamado margen de apreciación nacional precisa que, en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo “duro”, esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos y otros más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencia,²⁷⁰ pero el instituto, de ninguna manera conlleva, a que invocándose sus presupuestos un tribunal nacional se niegue a acatar una sentencia emanada de la Corte IDH.

Esta resolución es una muestra de que, al menos la mayoría del alto tribunal, le quitó vida a muchos pronunciamientos de su paternidad. Entre ellos, aquel que dice “... Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la esfera de sus atribuciones, ...¹¹ debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla¹²

²⁶⁹ BARBOSA DELGADO FRANCISCO R. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

²⁷⁰ SAGÜÉS NESTOR PEDRO, La interpretación judicial de la Constitución, pág. 222, 2ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires 2006

²⁷¹ Fallos 12:134

²⁷² Fallos 315:1492.

Con el mismo sentido crítico de este comentario, destacamos el voto del ministro Maqueda. Preciso, coherente y, sobre todo, ajustado a derecho.

Mitos, verdades y ratos de los Desc. El Camino hacia la justiciabilidad y/o exigibilidad directa en el sistema interamericano de Derechos Humanos

PAMELA JULIANA AGUIRRE CASTRO (ECUADOR)

I. INTRODUCCIÓN

Conviene tomar como punto de partida, las acertadas reflexiones del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot:

Como nuevo integrante del Tribunal Interamericano no es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano y, particularmente, en su órgano de protección de naturaleza jurisdiccional; simplemente pretendo llamar a la reflexión –por ser mi profunda convicción– sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales (...). La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.²⁷³

Con este antecedente y, formulándonos el siguiente interrogante ¿el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 -Pacto de San José- (en adelante CADH) es exigible y los derechos derivados son autónomos? el presente ensayo pretende abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido entorno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), así como los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Eduardo Fe-

²⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párr. 107. Destacados nuestros.

rrer Mac-Gregor “justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH”.

Así las cosas, para lograr el anterior cometido, nos hemos propuesto abordar los siguientes contenidos: primero, la evolución de la exigibilidad de los DESC en Latinoamérica; segundo, los mitos y verdades de la exigibilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH); tercero, los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH; cuarto y último, conclusiones.

2.1. LA EVOLUCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN LATINOAMÉRICA

Tal y como lo refieren Carlos Villán Durán, Christian Courtis y Roberto Gargarella la evolución de los DESC, puede sistematizarse en dos grandes periodos: el primero, que comprende lo que se conoce como constitucionalismo social, que abarca el período comprendido en los años treinta hasta la expedición de las constituciones a partir del año 1989;²⁷⁴ el segundo, que comprende el constituciona-

²⁷⁴ “Puede parecer sorprendente que empiece hablándoles de la historia de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, diciendo que el primer texto en el que se reconocieron estos derechos en la historia de la humanidad fue en la ‘Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado’, del 4 de enero de 1918, año en que terminó la primera Guerra Mundial, en plena época de desarrollo de la Revolución rusa. Esta Declaración se redactó al calor del marxismo ascendente de la época y de los valores propios de la Revolución rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa (1789), en la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y en la Declaración Americana, de la independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776).

Cada uno de esos precedentes representa una concepción individualista de los derechos humanos, como también de los derechos civiles y políticos, y por lo tanto se pierde la visión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por el contrario, en la Declaración Rusa se hace eco de las reivindicaciones económico-sociales de la clase trabajadora y de la Revolución Industrial del siglo XIX en Europa, y por primera vez se presenta el embrión

lismo latinoamericano después de las dictaduras de finales del siglo XX en adelante.²⁷⁵ En el primer período los DESC son programáti-

de los futuros DESC, esto es, el derecho al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la educación, al sufragio universal (derecho a participar activa y pasivamente en todo proceso electoral) en una época en: que las mujeres no tenían el derecho al voto, ni el derecho de asociación y de libertad sindical, lo cual constituyó la base de los derechos reivindicativos básicos de la clase trabajadora. En la época de la Revolución Industrial esos derechos básicos no eran reconocidos, los trabajadores estaban sometidos a una explotación económica y social sin derechos.

Al calor de la Revolución rusa y del igualitarismo propuesto por el marxismo se redacta la Declaración rusa, en la que por desgracia se hace prescindencia del valor de la libertad. Dicha Declaración tiene ecos posteriores e inmediatamente anteriores en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, que se inicia desde el año 1917 con la Constitución mexicana de ese mismo año y en seguida con la Constitución alemana de Weimar, en 1919.

Estas dos Constituciones han pasado a la Historia porque presentan una síntesis a nivel constitucional de todos los derechos humanos, tanto los de carácter civil y político, como de los económicos, sociales y culturales, los cuales tuvieron desarrollo con el liberalismo progresista y el socialismo democrático, al incorporar progresivamente tanto los derechos humanos como los DESC al catálogo de los derechos reconocidos a nivel constitucional en esos países.

De esa manera se incluyen en estas Constituciones los derechos a la libertad sindical, a la seguridad e higiene en el trabajo, entre otros, los cuales se conciben como derechos de prestación, es decir, que el Estado debe adoptar una acción positiva para la creación de servicios que garanticen el ejercicio de esos derechos". Carlos Villán Durán, "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Pablo Elías González Monguít coord., cátedra Gerardo Molina, (Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, 2009), 9 y s.

²⁷⁵ "Un ejemplo de interés, en este sentido, puede encontrarse en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas, y desde su tardía incorporación constitucional (concentrada, sobre todo) a partir de mediados del siglo XX. Aquella inclusión original pudo haber estado motivada en muchas razones. Tal vez, se recurrió a ellos para a quietar ciertos reclamos sociales, o sin mayor convencimiento, o como puro producto de la hipocresía política –no nos importa ahora la causa. El hecho es que tales disposiciones quedaron adormecidas durante décadas (en América Latina, de hecho, entre cuatro y ocho décadas), para luego comenzar a desparecerse, lentamente, hasta ganar alguna inesperada realidad, en los

cos y dependen exclusivamente de la voluntad política de los gobiernos. En el segundo período los DESC son plenamente exigibles.

De esta forma, ¿cuáles fueron los principales móviles que permitieron dar el salto hacia la exigibilidad directa de los DESC? Recordemos que la denominación de los DESC como meros derechos programáticos cuya efectividad dependía de la voluntad política de los Estados, se remonta a la clasificación clásica o tradicional de los derechos humanos,²⁷⁶ donde “los derechos civiles y políticos determinaban protección judicial, es decir que se podían demandar judicialmente, y los derechos económicos, sociales y culturales eran de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos de los estados”.²⁷⁷

últimos años. Tal vez sus propulsores no imaginaban ni deseaban este resultado (o tal vez sí). Lo cierto es que se trata de cláusulas que fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas. Hoy por hoy todavía estamos lejos de contar con Constituciones socialmente “activadas,” “despiertas.” Sin embargo, parece un hecho que –como ha ocurrido ya con otras cláusulas constitucionales– una sección entera de la Constitución, que parecía dormida, ha comenzado a desperezarse, y muestra voluntad de ponerse de pie, de ir incorporándose de a poco. Es difícil saber, todavía, si ello terminará ocurriendo y, en todo caso –y lo que es más relevante– cuáles podrán ser las implicaciones que se sigan a partir de tal acontecimiento”. Christian Courtis y Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, en CEPAL-Serie políticas sociales, No. 153, (Santiago de Chile: CEPAL-ASDI, 2009), 33.

²⁷⁶ Esta clasificación alude a la sistematización de los Derechos Humanos, según el momento histórico donde se fueron desarrollando en distintos instrumentos internacionales: Derechos de primera, segunda y tercera generación.

Ver., Ramiro Ávila Santamaría, “La clasificación de los derechos”, en *Los derechos y sus garantías. Ensayos Críticos*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012). Consulta 23 de abril de 2016:

https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/los_derechos_y_sus_garantias.pdf, 98; y, Juan M. Valcárcel Torres y Andrés González S., “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”, en *Prolegómenos –Derechos y valores, Volumen XI – No. 22, SSN 0121-182X*, (Bogotá: Julio - Diciembre 2008), 76 y s.

²⁷⁷ Ávila Santamaría, “La clasificación de los derechos”, 98.

No obstante, recordando lo dicho por Ramiro Ávila Santamaría, respecto la naturaleza de los derechos humanos “enfatisa que los derechos –como ha quedado dicho– son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y sin jerarquías. Además, la clasificación ocultaba procesos históricos distintos. Así, por ejemplo, lo que para Europa era primera generación, para los países andinos era tercera generación y viceversa; o sea, en nuestras culturas indígenas lo primero que se desarrolló fue lo que ahora conocemos como derechos colectivos, que se discuten en Naciones Unidas a final del siglo pasado”;²⁷⁸ conlleva a que no solo desde el ámbito del Derecho Internacional sino también desde el Latinoamericano, se comience a hablar de los derechos humanos sociales y culturales como verdaderos derechos y como plenamente justiciables, tal y como se ejemplifica a continuación.

Por su parte, Carlos Villán Durán es enfático en señalar que, en el Sistema de Naciones Unidas,²⁷⁹ los derechos sociales han evolucionado, de ser considerados un derecho programático que solo requiere mecanismo de informes, a derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra los Estados por su violación.²⁸⁰

Igualmente, en lo que atañe a las Cortes Constitucionales Latinoamericanas, y su evolución en la protección directa de los DESC,²⁸¹ se destaca por un lado, siguiendo al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, la experiencia de la Corte Constitucional de Colom-

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ Para ampliar sobre el particular. Ver., Carlos Villán Durán, *La protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas* (2016). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>>.

²⁸⁰ “Este procedimiento se pone en marcha una vez producida la violación de un derecho consagrado en las convenciones que prevén este procedimiento. No se trata, pues, como ocurría en parte en el procedimiento de informes periódicos, de prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones, sino de intentar conseguir algún tipo de condena y reparación ante la violación que se ha producido”. *Ibíd.*, 77.

²⁸¹ Para más información: Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párrs. 77 y s.

bia, en tanto que valiéndose del argumento “por conexidad”, ha posibilitado la protección judicial de los DESC por vía de la acción de tutela;²⁸² y, por el otro lado, de la mano de Pablo Alarcón Peña, se resalta el papel de la Corte Constitucional del Ecuador, quien a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 2008, en su rol de máximo intérprete y guardián de la Constitución, tiene el deber de velar porque el principio de interdependencia e igualdad jerárquica de los derechos se respete a cabalidad.²⁸³

Como vemos, a nivel de las Naciones Unidas y de algunas Cortes Constitucionales Latinoamericanas se ha dado un salto im-

²⁸² “En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo”. Si bien la sentencia que toma como ejemplo Eduardo Ferrer Mac-Gregor es del año 2007, debe mencionarse que en el año 2014, la Corte Constitucional avaló el proyecto de ley estatutaria en materia de salud, en el que se reconoció el carácter autónomo y fundamental del derecho a la salud. Para más información: Ver., Corte Constitucional colombiana, sentencia C-313, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, 29 de mayo de 2014. Consulta 23 de abril de 2016: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>>.

²⁸³ “(...) en materia de derechos sociales, surge la Constitución de la República del 2008, y a partir de la implementación expresa de principios de aplicación de derechos y de garantías jurisdiccionales de derechos humanos acordes con el modelo de Estado que rige al Ecuador, aclara y consolida el reconocimiento y exigibilidad judicial directa de todos los derechos constitucionales, sin importar si se tratan de derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Culturales, Colectivos o Difusos. La razón es que bajo el régimen del Estado Constitucional, no cabe hablar de distinciones entre derechos, menos aún de generaciones, todos ellos según mandato constitucional expreso son interdependientes, de igual jerarquía y plenamente justiciables. Acorde con esa línea, aparece la acción de protección, garantía jurisdiccional adecuada y eficaz, encargada de velar por su justiciabilidad. De esa forma, se desecha de plano la necesidad de acreditar violaciones a derechos subjetivos, o la utilización estrategias de exigibilidad indirectas para la protección de derechos sociales”. Pablo Alarcón Peña, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría ed., (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 618 y 619.

portante en la exigibilidad directa de los DESC, sin que esto quiera decir que no se deban seguir aunando esfuerzos por avanzar en la materia. El hecho de que la Corte Constitucional Colombiana, por vía de ilustración, todavía continúe amparándose en la tesis de la conexidad para la justiciabilidad de los DESC, demuestra que salvo el caso del derecho a la salud, que vía Ley Estatutaria fue dotado del carácter de autónomo y fundamental para ser protegido directamente vía acción de tutela, debe seguirse avanzando en la defensa y materialización de la exigibilidad directa de los DESC – por si esto fuera poco, como se verá en líneas posteriores, los desafíos se hacen mucho más evidentes, cuando se analiza la renuencia de la Corte IDH a aceptar la justiciabilidad de los DESC–.

2.2. Los mitos y verdades de la exigibilidad de los DESC en el SIDH

El debate en torno a la justiciabilidad de los DESC, tampoco ha sido pacífico en el ámbito interamericano, particularmente en lo que se refiere a la exigibilidad directa de los mismos a través del artículo 26 de la CADH: “el papel que desempeñan las Cortes para proteger los derechos civiles y políticos (DCP) ha recibido una atención explícita durante las dos últimas décadas dentro del Sistema Interamericano, tanto a nivel interno como a nivel regional; no así la aplicación de justicia en el tema de los DESC”²⁸⁴

De esta manera, tenemos que para llegar a la postura actual de la justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC,²⁸⁵ que mayoritariamente ha adoptado la Corte IDH, se han tenido que

²⁸⁴ Tara Melish, *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales CDS, 2003), 36.

²⁸⁵ Las etapas de la exigibilidad de los DESC en el SIDH, pueden sintetizarse en: “(1) la no aplicación e indiferencia a los DESC; (2) la aplicación tímida del Art. 26; (3) la exigibilidad indirecta, vía derecho a la integridad física o derecho a la propiedad, (...) la (4) exigibilidad de los DESC mediante el sistema de indicadores”. Ávila Santamaría, *Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales*, (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>>.

desvirtuar una serie de mitos, que en una primera etapa abogaban por la invisibilidad de los DESC (este período va hasta el año 2003),²⁸⁶ tal y como se demuestra a continuación.

Tara Melish, agrupa en cinco categorías los argumentos típicos en contra de la justiciabilidad de los DESC, no obstante, atendiendo al carácter ejemplificativo que sustenta su invocación, los reduciremos a tres, con la respectiva desmitificación o verdad, que ha permitido a nuestro criterio que la Corte IDH avance en la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta.²⁸⁷

• *Mito No. 1: Dicotomía entre derechos de “prestación” y “abstención”*

A menudo los críticos argumentan que los DESC no son justiciables debido a que imponen obligaciones “positivas” en lugar de “negativas” sobre el Estado. De acuerdo con este punto de vista, los DCP son justiciables debido a que únicamente piden que los gobiernos se abstengan de adoptar medidas abusivas –no matar, no torturar–.²⁸⁸

- Desmitificación: Valdría la pena considerar que un derecho político como el de “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”,²⁸⁹ también requiere de una “obligación de hacer”, como desplegar toda la logística para implementar las mesas de votación en los respectivos territorios nacionales.

²⁸⁶ “La Corte Interamericana pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención Americana. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes de la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana, (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/imagenes/abc.pdf>>.

²⁸⁷ Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 37-46.

²⁸⁸ Ver., *ibíd.*, 40 y 41.

²⁸⁹ Artículo 23. 1. b), CADH.

• *Mito No. 2: Dicotomía entre derechos de “progresivos” y “no progresivos”*

Si bien los DCP se regulan por la obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar” tales derechos, los DESC se caracterizan por vagas nociones de los deberes tendientes a “adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo” de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente la plena vigencia de los DESC.²⁹⁰

- Desmitificación: Continuando con el ejemplo del Derecho Político a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”,²⁹¹ mal haríamos en afirmar que no requeriría de un presupuesto específico y acorde con la disponibilidad económica de los Estados, para suministrar entre otros tarjetones electorales a los votantes.

• *Mito No. 3: Dicotomía entre exigibilidad por vía de “políticas públicas” vs. “justiciabilidad”*

Los DESC constituyen programas de acción que la legislatura o el ejecutivo deberá llevar a cabo dentro de las posibilidades de recursos con los que cuente. Las Cortes no tienen el poder constitucional que les permita instruir al legislativo o al ejecutivo respecto a cómo deben gastar los fondos públicos.²⁹²

- Desmitificación: Vale la pena recordar el Caso Viceconte, en el que la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina, solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica argentina a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tri-

²⁹⁰ Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 38 y 39.

²⁹¹ Artículo 23. 1. b), CADH.

²⁹² Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 41 y 42.

bunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno”.²⁹³

Con estos antecedentes, ¿cuál es la relación entre la desmitificación de la no justiciabilidad de los DESC y la tesis de la Corte IDH frente a la justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los mismos?

Recordando que la Corte IDH, pasó por una etapa de invisibilidad de los DESC hasta la tesis actual de la justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta, vía protección del derecho a la integridad física o derecho a la propiedad;²⁹⁴ vemos como, recientemente, el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*,²⁹⁵ “en el presente caso la

²⁹³ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013, consulta 07 de junio de 2015, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párrs. 77 y ss.

²⁹⁴ Por mencionar algunos casos, en *Villagrán Morales vs. Guatemala* (1999) la Corte interpretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, que comprende ‘el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna’ (párr. 144); en el caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay* (2004), la Corte afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a los adolescentes que están bajo su custodia bajo la premisa de los Derechos del Niño consagrado en el Art. 19 de la CADH (párr. 160); en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y del Convenio No. 169 de la OIT, y mencionó la obligación de progresividad contemplada en el Art. 26 de la CADH (párr. 163); de igual modo, en el caso *Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010) la Corte dio contenido al derecho a la vida, considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, alimentación, servicios de salud y educación, retomó estándares del Comité de DESC; en los casos *Albán Cornejo vs. Ecuador* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte IDH desarrolla importante doctrina relacionada al derecho a la salud, basada en doctrina del Comité de PIDESC, a partir del derecho a la integridad física.

²⁹⁵ “El 1 de septiembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos

Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada ‘la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida’”, contribuye a afirmar nuestros argumentos “desmitificaciones” en el sentido de que los DESC involucran:

1. Obligaciones positivas y negativas: Por ejemplo, en el caso Gonzalez Lluy obligación positiva de fiscalización y supervisión de servicios de salud y obligación negativa de abstenerse de incurrir en omisiones que imposibiliten la correcta fiscalización y/o supervisión de los servicios de salud que condujeron a que la menor contrajera VIH.

2. Obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar”: Si bien para en el caso Gonzalez Lluy se protege el derecho a la salud

humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Además, la Corte encontró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy. Por otro lado, el Tribunal no encontró méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador, 1 de septiembre de 2015. Consulta 23 de abril de 2016:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf, párr. 1 y s.

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf. En pronunciamiento anterior, la Corte IDH, manifestó:

“La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párr. 1.

vía conexidad con los precitados derechos, no es menos cierto que el ejercicio hermenéutico que realiza la Corte IDH para llegar a esa conclusión parte de la idea clara de que al Estado ecuatoriano le asiste la obligación para nada “ambigua” de fiscalización y/o supervisión de los servicios de salud.

3. Los DESC van más allá de una política pública, por ende, son justiciables: Este punto lo reservamos para el siguiente apartado, ya que como se demostrará a continuación, la justiciabilidad y/o exigibilidad directa no sólo del derecho a la salud (caso González Lluy) sino de los DESC en general, precisa que la Corte IDH realice un ejercicio interpretativo y argumentativo del artículo 26 de la CADH.

2.3. Los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH

Como lo referimos con precedencia, la postura actual de la Corte IDH se mantiene en la justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC (caso González Lluy vs. Ecuador 2015). No obstante, “ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESC”,²⁹⁶ conviene dar respuesta al interrogante que nos planteamos como nodo cardinal de este ensayo ¿el artículo 26 de la CADH es exigible y los derechos derivados son autónomos?, para evidenciar si la Corte IDH puede dar un salto hacia la postura de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC.

Recordemos, que, según Oscar Parra Vera,²⁹⁷ Christian Cortis,²⁹⁸ Víctor Abramovich y Julieta Rossi,²⁹⁹ las dificultades reales

²⁹⁶ Ávila Santamaría, Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzales Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001, 33-35.

²⁹⁷ Oscar Parra Vera, La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano, (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012). Consulta 23 de abril de 2016:

para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC, está dada por un problema de interpretación tendiente a esclarecer cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido; y, cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que de él se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención.

Por lo tanto, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC en el ámbito del SIDH,³⁰⁰ demos respuesta a los anteriores interrogantes.

- Respuesta frente al primer interrogante: ¿cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido?

Conviene señalar que el artículo 26 de la CADH no individualiza los derechos que de él se desprenden, sino que obligan al intérprete a acudir a otro documento –la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 (en adelante Carta de la OEA) reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967–.³⁰¹ Así las cosas,

http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf, 9-64.

²⁹⁸ Christian Courtis, Análisis del artículo 26, (pdf, s.f.).

²⁹⁹ Víctor Abramovich y Julieta Rossi, Memorial Amicus curiae Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001, (Buenos Aires: 2015), 1-11.

³⁰⁰ Entre sus promotores a nivel jurisprudencial y doctrinario: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Christian Courtis, Tara Melish, Oscar Parra Vera, Ramiro Ávila Santamaria, Víctor Abramovich y Julieta Rossi. Remitimos a consultar las obras que se citan en la bibliografía de este ensayo.

³⁰¹ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016:

vemos que ante esta dificultad hermenéutica, que básicamente se deriva del momento histórico en el que se adoptó la CADH³⁰² (como lo referimos los DESC cobran importancia a partir del Constitucionalismo Social), se sustenta en dos argumentos: i) La falta de competencia de la Corte IDH y la Comisión Interamericana para juzgar violaciones a la Carta de la OEA;³⁰³ y, ii) La ausencia de una referencia a los “derechos” dentro del texto de la Carta, ya que emplea términos como “principios y mecanismos – art. 45–” y “metas básicas –art.34–”.³⁰⁴

Ante estos obstáculos, ¿tiene cabida la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH en el ámbito del SIDH?

Sin entrar en mayores consideraciones diremos que las antedichas dificultades, para nada impedirían que la postura de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH se posicionen en el escenario interamericano, debido a que el referido artículo 26 de la CADH, siguiendo a Ramiro Ávila Santamaría,³⁰⁵ brinda una serie de oportunidades interpretativas, que permiten determinar los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su respectivo contenido.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

³⁰² “Las posturas que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 – que no incluía estos derechos- y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como ‘estándar de no justiciabilidad’”. Parra Vera, La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano, 12.

³⁰³ “La competencia contenciosa de la Corte se limita a interpretar y aplicar la Convención (art. 62.3 CADH), mientras que la competencia de la Comisión se limita a promover la observancia y defensa de los derechos que constan en la Convención y Declaración (art. 2 Estatuto de la Comisión)”. Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 46 y 47.

³⁰⁴ Ver., *ibíd.*

³⁰⁵ Ver., Ávila Santamaría, “Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela González Lluay (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001”, 33-35.

Como se recordará el contenido del artículo 26 de la CADH es bastante indicativo en el sentido de establecer “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”;³⁰⁶ por lo tanto, ¿dónde estarían las oportunidades interpretativas a las que hace mención Ávila Santamaría?

Precisamente, las antedichas posibilidades interpretativas se ubican en, primero, identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA:

1. La naturaleza y propósito de la organización (Capítulo I): promover el desarrollo económico, social y cultural (Art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (Art. 2.g); 2. Los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II): derecho de los Estado a elegir su sistema económico y social (Art. 3.e), eliminación de la pobreza crítica (Art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (Art. 3.j); “los Estados proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Art. 3.l); la educación debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (Art. 3.n); 3. Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, ‘Desarrollo integral’ (Capítulo VII): el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 30), el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 31), el desarrollo debe contribuir a la plena realización de la persona

³⁰⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>. Destacados nuestros.

humana (Art. 33), consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo tierra, logro de justicia social, erradicación analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna (Art. 34) todos los seres humanos tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual (Art. 45.a), el trabajo es un derecho y un deber social (Art. 45.b) que asegura la vida, la salud y un nivel económico decorosos (Art. 45 b.), derecho a asociarse, derecho a negociación colectiva y la huelga (Art. 45 c.), desarrollo de una política eficiente de seguridad social (Art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (Art. 45 i.), los derechos de los trabajadores deben ser igualmente protegidos (Art. 46), “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (Art. 47), los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la educación primaria, media y superior (Art. 49); 4.Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (Capítulo XIII), que reiteran los principios y derechos del Capítulo III”.³⁰⁷

Y, segundo, traducir dichos enunciados, principios, objetivos de política pública a derechos, cuando no los ha reconocido ya explícitamente:

Conviene recurrir a la Opinión Consultiva OC-10/89 sobre la “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, que

³⁰⁷ Carta de la OEA (1948). Consulta 23 de abril de 2016: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm. Destacados nuestros.

expresamente determinó: “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”³⁰⁸

Así pues, se evidencia que el primer interrogante estaría solventado, en cuanto al catálogo de derechos que emanan del artículo 26 de la CADH, debido a que el mismo estaría delimitado por las normas de la Carta de la OEA junto con las determinadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³⁰⁹

Pero ¿cómo dotar de contenido a los antedichos derechos? Sin entrar en mayores elucubraciones, diremos que existe un sector de la doctrina que argumenta que aún en el caso de que los DESC sean exigibles, el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC de 1988 (en adelante Protocolo de San Salvador), circunscribe dicha exigibilidad ante la Comisión y Corte IDH a los derechos sindicales y al derecho a la educación consagrados en los artículos 8 a) y 13 del referido Protocolo.³¹⁰ No obstante, como se verá a continuación, este argumento debe ceder frente a la tesis de la interpretación evolutiva acuñada por la Corte IDH, que desplaza a la interpretación literal de muchas de las dis-

³⁰⁸ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, párr. 43. Destacados nuestros.

³⁰⁹ “En el caso que los países que han ratificado el Protocolo de San Salvador (1988), se debe considerar este instrumento para determinar los derechos establecidos en el Art. 26 de la CADH, bajo el principio de *lex specialis*”. Ver., Ávila Santamaría, Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001, 36.

³¹⁰ Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 55-60.

posiciones normativas del Corpus Iuris de Derechos Humanos y, permite dotar de contenido a los DESC.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.³¹¹

En síntesis, se infiere que la Corte IDH en procura de revestir de contenido a los DESC y, dándole alcance a la interpretación evolutiva de los mismos que se desprende del artículo 29 de la CADH,³¹² se ha remitido al Corpus Iuris de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador –para aquellos que lo han ratificado–, Observaciones Generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC, entre otros),³¹³ para dotarlos de efectividad.

³¹¹ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párr. 46.

También Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía vs. Perú, 24 de noviembre de 2009. Consulta 23 de abril de 2016: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf, párr. 99-102.

³¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

- Respuesta frente al segundo interrogante: ¿Cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas los artículos 1³¹⁴ y 2³¹⁵ de la Convención?

Igualmente, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC en el ámbito del SIDH, resulta oportuno darle respuesta a este interrogante, tomando como punto de partida las reflexiones de Sergio García Ramírez, Christian Courtis y Oscar Parra Vera.

Primero, García Ramírez manifiesta que “las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”³¹⁶

Segundo, Courtis y Parra Vera señalan que “lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en rela-

³¹³ Para ampliar sobre el particular. Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párrs. 47 y s.

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: ⟨http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm⟩.

³¹⁵ “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”. *Ibíd.*

³¹⁶ Ver., Parra Vera, “La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano”, 19 y 20.

ción con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles’ salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato”.³¹⁷

De esta manera, se percibe que las citas precedentes son lo suficientemente indicativas de la amplitud que emana de las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH, así como la naturaleza de *lex specialis* que le asiste al artículo 26 de la CADH, lo cual permite argumentar la estrecha relación que existe entre estos artículos y por supuesto desvirtuar la imposibilidad de configuración de la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC.

A manera de ejemplo, veamos lo dicho por la Corte IDH en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, donde se evidencia el nivel mínimo esencial que supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, a partir del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la CADH:

En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. (...) Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar

³¹⁷ Ver., *ibíd.*

a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta.³¹⁸

En síntesis, no cabe duda de que el recorrido efectuado hasta el momento, ha permitido demostrar que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible y que los derechos derivados son autónomos. Las respuestas esgrimidas frente a ¿cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido? y ¿cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención?, son una clara muestra desde el punto de vista dogmático, que los derechos que regula el artículo 26 de la CADH, van más allá de su consideración como meras políticas públicas,³¹⁹ sino que se tratan de verdaderos derechos autónomos, amparados por las obligaciones generales reguladas en los artículos 1 y 2 de la CADH y con la posibilidad de contar con un contenido específico a través de un adecuado ejercicio hermenéutico.³²⁰

³¹⁸ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, 21 de mayo de 2013, Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párrs. 130-133.

³¹⁹ “Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero, mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos o situaciones socialmente problemáticas. En este contexto, las políticas públicas se soportan en determinadas posturas políticas, y éstas últimas, son factores de viabilidad y factibilidad de la política pública en cuestión”. André-Noel Roth Deubel y Gloria Molina Marín, “Introducción”, en Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis, (Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, 2008), 13. Consulta 23 de abril de 2016: <http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf>.

³²⁰ Daniel Dorado, por ejemplo, ilustra sobre la superación de la tesis de la no justiciabilidad del derecho a la salud: “Recordando lo dicho en párrafos precedentes por Tara Melish, no reviste mayores cuestionamientos el hecho de que un sector de la doctrina apunta por la defensa de la no

III. REFLEXIONES FINALES

En armonía con lo narrado por José Saramago “suenan las campanas en un pueblo de Florencia en el siglo XVI. Las campanas no suenan para decir la hora, ni para anunciar una fiesta. Las campanas anuncian muerte. Los vecinos del pueblo se reúnen en el atrio de la iglesia para saber quién ha muerto. Se trata de la historia de un campesino cuya tierra ha sido apropiada por un hombre rico, un marqués sin escrúpulos. El campesino protesta ante el hombre usurpador, pide clemencia, se queja ante la justicia. No tiene solución ni respuesta. Finalmente decide quejarse *urbi et orbi*. Y toca las campanas. El campesino da la noticia de que la justicia ha muerto”,³²¹ el debate por la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC se encuentra en un punto donde la Corte IDH puede dar ese salto, valiéndose entre otros, de las herramientas hermenéuticas plasmadas en este documento.

justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, reiterando que no constituye el objeto de estudio de esta investigación pronunciarse de fondo sobre dicho particular, conviene leer en armonía las críticas reseñadas por Melish con la afirmación realizada por Ligia Bolívar, lo cual permitirá insertarse en el análisis de la fundamentalidad del derecho a la salud desde la teoría del derecho: “No son justiciables. Este argumento se presenta en referencia a que la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivados hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado. Además, se retoma aquí el tema de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho”. Así las cosas, de entrada, se debe manifestar que la anterior crítica no es predicable del derecho a la salud, gracias a que como se verá a continuación, la estructura del mismo –sin adentrarse todavía en su contenido mínimo o esencial–, a partir de la revisión de los elementos que para tal fin han delimitado autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy y Rodolfo Arango, permiten inferir su condición de fundamentalidad”.

Daniel Felipe Dorado Torres, *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*, (Tesis de Maestría, directora: Eddy María de la Guerra Zúñiga, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 25 y s.

³²¹ José Saramago, *Foro Mundial Social* (2012).

Como lo vimos a lo largo del ensayo y, haciendo alusión a la precitada historia de Saramago, las personas que habitan los Estados miembros del SIDH, ya han hecho al igual que el campesino el respectivo reclamo a las autoridades (Caso Gonzalez Lluy vs. Ecuador); ya han acudido al aparato de justicia donde en contados casos han recibido la efectiva garantía de sus derechos (ejemplo Corte Constitucional de Colombia); y, finalmente se encuentran tocando la campana al máximo órgano jurisdiccional del SIDH para que a través de su jurisprudencia y, no vía enmienda de la CADH (como lo sugieren algunos autores), sienta las bases para la anhelada justicia de los DESC y los derechos derivados como derechos plenamente autónomos, tal y como fue reconocido en la Declaración y Programa de Viena (1993).³²²

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todo el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.³²³

³²² Vemos difícil esta posibilidad por la necesidad de voluntad política de los Estados para materializarla. Ver., Artículo 76.1 CADH. También: Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 46 a 60.

³²³ Consulta 23 de abril de 2016:

⟨http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf⟩.

En el mismo sentido: Ver., Declaración Viena 20+ OSC (2013). Consulta 23 de abril de 2016:

⟨http://www.cesr.org/downloads/DECLARACION_VIENA+20_SCO.pdf⟩.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Victor y Rossi, Julieta. Memorial Amicus curiae Talia Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001. Buenos Aires: 2015.
- Alarcón Peña, Pablo. “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”. En La protección judicial de los derechos sociales, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría ed. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro:
- Escrito de alegatos finales: Talia Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001. Quito: 2015.
- Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales, consulta 07 de junio de 2015, 2013.
<<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>>.
- “La clasificación de los derechos”. En: Los derechos y sus garantías. Ensayos Críticos. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. 2013.
<<http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>>.
- Courtis, Christian. Análisis del artículo 26, (pdf, s.f.).
- Courtis, Christian y Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En CEPAL-Serie políticas sociales, No. 153. Santiago de Chile: CEPAL-ASDI, 2009.
- Dorado Torres, Daniel Felipe. Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina. Tesis de Maestría, directora: Eddy María de la Guerra Zúñiga, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016.
- Melish, Tara. La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Hu-

manos. Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDS), 2003.

- Parra Vera, Oscar. La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf.
- Roth Deubel, André-Noel y Molina Marín, Gloria. “Introducción”. En Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, 2008, http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf.
- Saramago, José. Foro Social Mundial. 2012.
- Valcárcel T., Juan M. y González S., Andrés. “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”. En Prolegómenos – Derechos y valores, Volumen XI - N° 22, SSN 0121-182X. Bogotá: Julio - Diciembre 2008.
- Villán Durán, Carlos:
 - La protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>.
 - “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”. En Derechos económicos, sociales y culturales, Pablo Elías González Monguí coord., cátedra Gerardo Molina. Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, 2009.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos:
 - Caso Acevedo Buendía vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2009.
 - Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, sentencia de 21 de mayo de 2013.
 - Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013.
 - Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013.

- Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador, 1 de septiembre de 2015.
- Corte Constitucional colombiana:
- Sentencia C-313, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, 29 de mayo de 2014.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Declaración y Programa de Viena (1993).
- Declaración Viena 20+ OSC. 2013.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).
- Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989.

CAPÍTULO IV
SUJETO DE DERECHO NO HUMANOS (DERECHO ANIMAL)

**Proyecto inserción de perros de la calle para
el ámbito de entrenamiento policial y/o público.**

CRISTIAN PLECHOT³²⁴ (ARGENTINA)

³²⁴ Miembro AAJC
Instituto Animal

I. RESEÑA

Los caninos pertenecen a una especie que desde hace miles de años han acompañado al hombre en las múltiples tareas que él desarrolla. Su relación ha comenzado primariamente como una colaboración entre ambas especies, donde el can ha sido amansado o domesticado por el hombre en un mutuo acuerdo, considerando que en este juego de roles ambos han sido beneficiados.

II. ADIESTRAR A UN PERRO ADULTO: UNA TAREA MUCHO MÁS SENCILLA DE LO QUE CREES

Es algo que mucha gente se pregunta: ¿es posible educar a un perro adulto? Es una pregunta muy común. Tienen miedo de que sea muy complicado, incluso imposible, adiestrar a sus perros cuando han crecido. Lo cierto es que una de las causas principales por las que muchas personas prefieren adoptar cachorros en lugar de perros adultos es porque piensan que son más dóciles.

No debes tener miedo. Educar a un perro adulto no tiene por qué ser más difícil que educar a un cachorro, te lo aseguro. Lo cierto es que adoptando a uno adulto evitarás muchos problemas que los cachorros traen, como por ejemplo, que se distraigan con facilidad o la incontinencia.

En todo caso, el perro adulto está más asentado, tiene más facilidad para concentrarse y es mucho más tranquilo que un cachorro. Su capacidad para aprender es la misma independientemente de su edad: el perro **NUNCA QUIERE DEJAR DE APRENDER**.

Si tienes un perro adulto podrás educarlo tranquilamente, como si fuera un cachorro, incluso mejor, ya que será capaz de prestar atención durante más tiempo. La norma para educar a cualquier perro es recompensarlo, sin tener en cuenta su edad. Se trata de hacer justamente lo contrario, y recompensarlo cada vez que haga algo bien.

III. UNIVERSO DE ACCIÓN

- División Canes PSA.
- División Canes Policía Federal.
- División Canes Policía Metropolitana.
- División Canes Policías Provinciales.
- División Canes Gendarmería Nacional
- División Canes Prefectura Naval Argentina.
- División Canes AFIP.
- Asociaciones de Bomberos Voluntarios.
- Compañía de personas con capacidades diferentes.

IV. PROYECTO

Una de las ideas principales terreas del Instituto Derecho Animal es preocuparse y ocuparse de la reinserción del animal que fue rescatado de un estado de mal trato o abandono.

En relación a los perros una de las bases de la reinserción en la adopción responsable.

Hasta el momento esta adopción se llevaba a cabo en el ámbito privado, relacionado con las familias que buscaban un integrante más para ellas.

Porque no pensar que el perro puede insertarse en la sociedad como algo más que una mascota, entrenar a un perro, adiestrarlo para que cumpla un rol en la sociedad.

En la actualidad a una infinidad de trabajos que realizan los perros en el ámbito público, fuerzas de seguridad, AFIP, Bomberos, etc. Todos estos perros son adquiridos de cachorros, comprados por pliegos y licitaciones, a criaderos privados.

Porque no aprovechar las ventajas que tiene un perro maduro. Donde su poder de concentración es mayor a la de un cachorro para incorporar con más rapidez los nuevos conceptos del entrenamiento.

5- Ventajas del Proyecto

- Disminución del costo de compra de Canes.
- No se tiene que esperar que el cachorro tenga la edad para el adiestramiento
- Otra alternativa para dar por terminada el flagelo de los perros callejeros.
- El perro, al ser adulto, el entrenamiento es más rápido por su poder de atención.

**Los sujetos de Derechos No Humanos. Derecho Animal
¿Hacia una nueva categoría de sujetos de Derecho No Humanos?**

GABRIELA TOTH³²⁵ (ARGENTINA)

³²⁵ gabrielatoth@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El problema de la “mercantilización” de la naturaleza con objetivos netamente económicos, ratificando la cosmovisión antropocéntrica de la mayoría de las legislaciones, empoderando al hombre de “apropiarse y disponer de ella” parece que no ha mejorado desde la firma del pacto de Kioto de 1997, ratificado por 187 países, en el que se comprometían a reducir los gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global. Las catástrofes ambientales no han cesado, y para mencionar algunas de ellas: tsunami en el sudeste asiático 2004; huracán Katrina Estados Unidos 2005, terremoto y tsunami de Japón 2011; terremoto de Haití 2010, llevándose vidas humanas y no humanas además de pérdidas económicas.

Sin embargo, algunas señales positivas podemos mencionar, reconociendo derechos a la Naturaleza y a otros “seres vivos” y “animales” como más adelante se desarrollará como son los casos de Alemania, en Europa y Ecuador y Bolivia en América Latina.

Considero necesario un cambio de paradigma existente, no ignorando los avances que han aportado otras ciencias como la neurociencia y las tecnologías, al develar todo el mecanismo neuronal biológico de los animales que replican al humano, y que se replicarán en otros entes no humanos como los robots, por ejemplo, reconociéndolos en “seres sintientes”, creándose una clasificación nueva de sujetos de derechos no humanos, para ello se mencionará los avances científicos que hay al respecto.

Para ello articularé en el análisis los avances científicos en la materia con la normativa vigente en distintos países y las corrientes filosóficas que hoy la sustentan, para lograr demostrar que los animales no humanos deben ser considerados sujetos de derecho.

II. DERECHO A LA CONDICIÓN HUMANA

En nuestra constitución Nacional, el derecho a la vida forma parte del plexo normativo que hace alusión al derecho de la condición

humana. Estos derechos son considerados “fundantes, básicos y necesarios para la realización de los demás”. Cabe incluir, entonces, “a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud y dignidad, al nombre, nacionalidad, honor y a la propia imagen”³²⁶

¿Es posible transpolar algunos de estos derechos a los animales, reconociéndoles, como seres sintientes que son, sujetos de derechos?

Si bien, el derecho a la vida es un derecho fundante y personalísimo como más arriba se hizo referencia, no es un derecho absoluto, ya que la Constitución Nacional, por ejemplo, en el art 21, al imponer a los argentinos el deber de armarse “en defensa de la Patria y de esta Constitución”, está indirectamente permitiendo el sacrificio a la vida, para tutelar los dos bienes que indica.³²⁷

En el año 1994, con la última reforma de nuestra Constitución, se dio un gran paso al incorporar en su art 41, de lege lata establece: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo...”, dando a lugar lo que Bustamante Alsina, denomina un “orden público ambiental”³²⁸, que tiene por fin la protección ambiental.

También con esta modificación, se abrió paso los denominados derechos de “tercera generación”, nacidos a fines del siglo XX, vinculados con la solidaridad, la paz, y cooperaciones a nivel planetario.

En este contexto debe entenderse el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, pensando en las generaciones futuras y en este marco normativo, se desprende que está contenido el derecho animal.

Ahora bien, el desafío que se plantea es considerar al derecho animal, autónomo, separado del derecho ambiental o de la natu-

³²⁶ Sagües, Pedro Elementos de Derecho Constitucional, Tomo I pág. 37

³²⁷ Sagües, Pedro *Elementos de Derecho Constitucional* Tomo I, pág 38

³²⁸ Bustamante Alsina, *J Teoría general de la responsabilidad civil*, edición 9 Abeledo Perrot,1997

raleza, reconociéndoles el mismo derecho que gozamos los seres humanos, el de la dignidad, el de seguir existiendo, respetándolos en su integridad física, en su hábitat, no infligiéndoles daños ni sufrimiento innecesarios y evaluar las consecuencias prácticas que dicho reconocimiento implican. En referencia a esto último, ¿habilitaría a los sujetos de derechos no humanos a reclamar por sus derechos cuando se vean lesionados? Parecería que el ejercicio de estos derechos es una consecuencia natural al otorgamiento de la personería jurídica.

En otras ramas del derecho, como el penal, se ha superado esta disyuntiva, ya que pena el delito del maltrato animal, cuyo bien jurídico protegido, es el derecho del animal a ser objeto de la crueldad animal.

Con la evolución de las tecnologías y las neurociencias, se han avanzado en investigaciones científicas y se ha logrado determinar que “los animales no humanos poseen los substratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de estados conscientes, así como la capacidad de exhibir comportamientos deliberados. Por consiguiente, el peso de la evidencia indica que los seres humanos no son los únicos que poseen los sustratos neurológicos necesarios para generar conciencia. Animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos y pájaros, y muchas otras criaturas, incluyendo los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos”.³²⁹

Si la Constitución “es proyecto, en su formulación originaria, y en la permanente evolución de su inteligencia”, debe ser interpretada en forma dinámica, que “permite proyectarla hacia todos los tiempos tanto como entenderla conforme a las necesidades de circunstancias inevitablemente cambiantes, y a la interpretación integradora y sistémica, que engarza, enhebra y así potencia a sus disposiciones”³³⁰. De lege ferenda ¿Por qué no reconocer la existencia de un derecho animal en nuestra Constitución? ¿Por qué no comenzar a reconocer la existencia de sujetos de derechos es-

³²⁹ Declaración de Cambridge respecto de la conciencia animal, celebrada en el Reino Unido, junio 2012 <http://aajc.com.ar/home/category/eventos/congresos/>

³³⁰ Bult Goñi, E, *Estudios de derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 41/75

cindibles de la condición humana? Para ello se analizará más adelante que ocurre en otras legislaciones.

Entonces, es necesario dar un paso hacia la profundización de los denominados “derechos de tercera generación”, separando la protección de la naturaleza de los seres vivos, como los animales, es decir, correr el eje de los fundamentos “antropocéntrico” por la cual ha nacido la protección al medio ambiente: la toma de conciencia de la finitud de los recursos naturales tradicionalmente concebidos como inagotables y en el convencimiento de que un medio ambiente de calidad es indispensable para el “bienestar del hombre”, para comenzar a dar lugar al “bienestar animal”, que mire al ser humano como parte de un sistema y no como un ente separado, jerárquicamente superior a todo lo que lo rodea.

III. ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA: UNA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS DE SUJETOS NO HUMANOS?

Carl Safina, (etólogo estadounidense) es uno de los mayores especialistas actuales en la relación del hombre con los animales, en su libro *Mentes maravillosas*, en el que explora lo que piensan y sienten los animales, se destaca “una idea central muy clara: debemos dejar de juzgarlos con nuestros parámetros. “No somos la medida de todas las cosas”³³¹. Tampoco se trata de reducir el debate al planteo de “dejar masivamente de comer carne” sino simplemente “que se deje de provocarles tanto sufrimiento” no siendo “crueles con los animales que comemos”.

Para ayudar a comprender aún más esta concepción, hay que destacar el aporte que realiza el *ecologismo profundo* (*Deep ecology*), es una rama reciente de la filosofía ecológica que considera a la humanidad parte de su entorno, proponiendo cambios culturales, políticos, sociales y económicos para lograr una convivencia armónica entre los seres humanos y el resto de seres vivos.

³³¹ Entrevista publicada en el diario El país 03-04-17
http://elpais.com/elpais/2017/04/03/ciencia/1491240115_555880.html

Su máximo exponente es Arne Naess (Næss, Arne (1973) 'The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement.' *Inquiry* 16: 95-100), los puntos centrales son: 1.- El ser humano en armonía con el medio, no por encima, sobre o fuera de éste 2.- Igualdad Biocéntrica; todas las cosas naturales, los ecosistemas, la vida, etc, tienen derecho a existir, independiente de su grado de autodeterminación 3.- derecho a la diversidad cultural.³³²

Sin entrar en detalle de las distintas vertientes que actualmente existen entre los movimientos ambientales y la ecología profunda, como ser el *ecofeminismo* y *ecología social*, la ecología profunda tiene como premisa una integración total de la persona en naturaleza.

Para Frijof Capra, la ecología profunda hace parte del nuevo paradigma, de una visión holística del mundo, en la que se pasa de la concepción del universo como máquina, a verlo como una red de relaciones, lo que implica un pensamiento sistémico para su comprensión. Para comprender sus partes, es necesario estudiar su interrelación con el resto de los fenómenos, pues su visión está basada en que la naturaleza de la realidad es un proceso creativo e interconectado en el que nada puede ser entendida por sí mismo, sino por su pertenencia a la infinita y extensa danza de la creación.³³³

Siguiendo esta línea, acaso ¿no estamos ingresando a la cuarta generación de derechos humanos?, en este estadio el ser humano debería ser concebido como una especie dentro del universo, conviviendo en forma armónica con otros sujetos de derechos no humanos como los animales y por qué no, en un futuro incluir en esta categoría a los robots.

Hawking, el famoso científico, "nos habla de la necesidad de conquistar el espacio para sobrevivir como especie", y que "los ordenadores superarán a los humanos gracias a la inteligencia artificial en algún momento de los próximos cien años. Cuando eso

³³² https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_ecology

³³³ Fritjof Capra. Fritjof Capra. *La trama de la vida*. Barcelona: Anagrama. 1998 https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_ecology

ocurra, tenemos que asegurarnos de que los objetivos de los ordenadores coincidan con los nuestros.”³³⁴

Según revela un nuevo estudio publicado en la revista Science, “los sistemas de inteligencia artificial que “aprenden” el lenguaje a partir de textos humanos copian los sesgos y prejuicios”. Incluso Levy, autor de “Amor y sexo con robots” (“Love and Sex with Robots”), que da nombre a la conferencia anual, estimó que el matrimonio con estos humanoides podría hacerse realidad a mediados de siglo. Creo que es hora de comenzar a debatir el reconocimiento de otros sujetos de derechos no humanos.³³⁵

IV. DERECHO COMPARADO

IV.1 La protección de los animales en la Constitución federal alemana

A mediados del año 2002, se formalizó una reforma de la llamada Ley Fundamental (*Grundgesetz*) otorgándole rango constitucional a la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales, que en su art. 20 a establece: “ El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”. Esta decisión convierte a la protección en objetivo estatal, aunque sin elevarla al rango de derecho fundamental, en consecuencia, tanto los tribunales como los organismos públicos deberán tener en cuenta la protección de los animales en sus decisiones y sopesar su importancia si este objetivo entra en contradicción con los derechos fundamentales.

El disparador de esta reforma y como antecedente importante es el fallo Tribunal Constitucional Federal Alemán relacionado

³³⁴ http://elpais.com/elpais/2015/09/24/ciencia/1443106788_324837.html

³³⁵ <http://www.iprofesional.com/notas/248446-Los-sistemas-de-inteligencia-artificial-copian-los-prejuicios-de-los-humanos>

con el Degollamiento ritual de animales, *Schächten*, como parte de una práctica religiosa de fecha 15-02-02, el Máximo Tribunal Alemán, ratificando la libertad de creencia, conciencia y de confesión, expresamente reconocidos en la Ley Fundamental, autorizó a un carnicero musulmán para que pueda obtener una autorización excepcional para degollar animales en forma ritual, destacando que tanto las autoridades administrativas como así también los tribunales administrativos, habían efectuado una interpretación desproporcionada de la Ley para la protección de animales, negándole la autorización, haciendo prevalecer la libertad de creencias y religiosa, emanada de la Constitución.³³⁶

En un primer momento, el debate giraba en torno a si determinada especie de animales, a los que hay que considerar como seres vivos capaces de sufrir física y psíquicamente, se le debía proteger de sufrimientos innecesarios. Luego se amplió la polémica, y entre los temas a discutir se incluyeron: 1.- el sufrimiento de animales sin aturdimiento o anestesia previa por parte de carniceros musulmanes, amparado por las sentencias de los Tribunales alemanes, sobre la base de la prevalencia del derecho fundamental a la libertad religiosa. 2.- deplorables condiciones de vida de los animales que forman parte de la cadena alimentaria de las personas en determinadas granjas de producción masiva y que el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional en el caso de la cría de gallinas en este tipo de granjas. 3.- límites y controles a la experimentación científica.³³⁷

Si bien existía una Ley federal de protección de los animales, cada vez que la defensa de los animales colisionaba con algún otro derecho fundamental, como por ejemplo el derecho fundamental a la investigación científica o enseñanza, éste prevalecía sobre el primero.

³³⁶ Schwabe, Jürgen Extractos de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, página http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf, fecha de consulta 01-04-17

³³⁷ Animalia, revista especializada en animales de compañía Año XVII / Núm. 165 junio 2004 página 76/77 – consulta 31-03-17 <https://books.google.com.ar/books?id=qWAEAAAAMBAJ&pg>

IV.II Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

Curioso es el caso de la Constitución Política de Bolivia, que invocando en su preámbulo la “fuerza de la Pachamama” (Tierra Madre, haciendo clara referencia a los pueblos originarios) para refundar su Estado, más tarde en su articulado pone énfasis en “impulsar” la industrialización de los recursos naturales “a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva” (art. 9). A su vez, en el art. 355 se indica que la “industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado”.

El artículo 33° establece: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.” Asimismo, el artículo 34° dispone: “Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente. “Se suman otros puntos, como especificar el derecho a “vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas” en las comunidades campesinas e indígenas (art. 30). El texto brinda especial atención a otros temas, destacándose el agua entre los derechos fundamentales (arts. 16 y 20).

Si bien menciona a otros seres vivos, como sujetos de protección, distintos de los recursos naturales y el medio ambiente, parece apartarse de la postura biocéntrica y progresista ya que más adelante promulga la “industrialización” de los recursos naturales. Entre los fines y funciones esenciales del Estado, junto a la conservación ambiental se presenta “impulsar” la industrialización de los recursos naturales “a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva” (art. 9). A su vez, en el art. 355 se indica que la “industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado”. Es decir, una vez más vemos una postura antropocéntrica, debido a que autoriza a la “especie hu-

mana” de “apropiarse” de los recursos naturales, ubicándolo en una posición superior para su bienestar general y desarrollo.

IV.III. Constitución de la República de Ecuador

La Constitución de 2008 reemplazó a la anterior constitución de 1998 sometida a referéndum constitucional para su aprobación. La Constitución ecuatoriana de 2008 se compone de 444 artículos, los cuales están divididos en 9 títulos que a su vez se subdivide en capítulos. En lo referente a la Naturaleza. El título II de la actual constitución trata del establecimiento y reconocimiento de los derechos de las personas por parte del Estado. Comprende desde el artículo 10 hasta el artículo 83, los cuales integran nueve capítulos, aquí hace referencia a los derechos de la naturaleza, de la protección y, por último, las responsabilidades que los ciudadanos deban tener al hacer uso de sus derechos.

La Constitución de Ecuador se asemeja a la boliviana en reconocer el derecho a un ambiente sano. En efecto, se indica que la población debe vivir en un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, e incluso también se reconoce como de “interés público” la preservación y la conservación (art. 14). En otras secciones se abordan distintos componentes de la gestión ambiental, tales como las evaluaciones de impacto, la participación ciudadana, etc.

El punto más novedoso es que se reconocen derechos propios a la Naturaleza o Pachamama, al establecer que ésta “tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (art. 72).³³⁸

En este sentido se diferencia de la Constitución de Bolivia, la Naturaleza pasa a ser sujeto de derechos, y por lo tanto se admite que posee valores intrínsecos. Esto son valores que con propios del ambiente, y que no dependen de la utilidad o apropiación del ser humano; es un valor inherente a los seres vivos y su soporte

³³⁸ <http://www.rosalux.org.ec/es/analisis-bolivia-analisis-electoral/item/178-analisis-bolivia-ecologia-politica-naturaleza-constituciones-bolivia-ecuador.html>

físico. Esta postura tiene implicaciones en al menos en tres frentes: Ético, legitimando un debate sobre los valores que encierra el ambiente no-humano; moral, en tanto se derivan obligaciones tales como asegurar la preservación de la biodiversidad; y político, expresado en aspectos que van desde la sanción de la Constitución a la elaboración de un nuevo marco legal. Es decir, adopta una postura claramente biocéntrica.³³⁹

V. CONSIDERACIONES FINALES

Sin dudas que el aporte que ha efectuado la Neurociencia a las distintas disciplinas nos ha permitido entender aún más el funcionamiento del cerebro y comprender aún más las conductas humanas y como este mecanismo neuronal se replica en otros seres vivos. Hay evidencia científica de que las personas no humanas, como los animales, sienten, sufren, sienten empatía y hasta se comunican, logrando algunos su propio lenguaje, así lo ha dictaminado la Declaración de Cambridge respecto de la conciencia animal, celebrada en el Reino Unido, junio 2012, citada más arriba.

Es importante que los profesionales del derecho comencemos a utilizar éstas herramientas que nos brindan las neurociencias para así poder lograr leyes y políticas públicas no sólo más disuasivas en cuanto al maltrato animal, sino comenzar a reconocerles que tienen derecho a la dignidad, es decir, que son sujetos de derechos, abandonando la cosmovisión antropocéntrica, y comenzar a entender que el humano es una especie más, dentro de otras especies que existen en el planeta y que en el futuro existirán.

Creo que nuestra Constitución Nacional si bien dio un gran paso al incorporar el art. 41 e instaurar lo que se denominó “el orden público ambiental”, quedó retrasada con respecto a otras constituciones más recientes como las de Ecuador y Bolivia. Es necesario, que en los tiempos que vivimos, en una futura reforma,

³³⁹ <http://www.rosalux.org.ec/es/analisis-bolivia-analisis-electoral/item/178-analisis-bolivia-ecologia-politica-naturaleza-constituciones-bolivia-ecuador.html>

gire hacia una cosmovisión “biocéntrica” en sintonía promulguen “el principio de cooperación universal” e “instinto comunitario que surge de la convivencia y de cooperación, de la interdependencia con el suelo, las plantas y los animales” doctrina del “pensamiento ecológico profundo” elaborado por Aldo Leopold.³⁴⁰

En consecuencia, sostengo y considero imperioso, en base a evidencia científica existente, incorporar al actual art. 41 la protección de los animales, separado de la naturaleza, tomando como ejemplo la constitución federal alemana, para que ello sea considerado una política de Estado y que todos los organismos gubernamentales y judiciales se alineen con ésta política dictando leyes que contemplen mejorar, por ejemplo, las deplorables condiciones de vida de los animales que forman parte de la cadena alimentaria y así poder evitarles un sufrimiento innecesario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Sagües, Pedro Elementos de Derecho Constitucional, Tomo I
- Bustamante Alsina, J Teoría general de la responsabilidad civil, edición 9 Abeledo Perrot, 1997
- Declaración de Cambridge respecto de la conciencia animal, celebrada en el Reino Unido, junio 2012 <http://aaajc.com.ar/home/>
- Bult Goñi, E, Estudios de derecho constitucional tributario, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 41/75
- Entrevista publicada en el diario El país 03-04-17
- http://elpais.com/elpais/2017/04/03/ciencia/1491240115_555880.html
- https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_ecology
- Fritjof Capra. Fritjof Capra. La trama de la vida. Barcelona: Anagrama. 1998
- https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_ecology8-
http://elpais.com/elpais/2015/09/24/ciencia/1443106788_324837.html

³⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio R. *La Pachamama y el humano*, Ed. Coillhue, año 2012, pág. 81

- Animalia, revista especializada en animales de compañía Año XVII / Num. 165 Junio 2004 página 76/77 – consulta 31-03-17 <https://books.google.com.ar/books?id=qWAEAAAAMBAJ&pg>
- [w.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf](https://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf), fecha de consulta 01-04-17
- <http://www.rosalux.org.ec/es/analisis-bolivia-analisis-electoral/item/178-analisis-bolivia-ecologia-politica-naturaleza-constituciones-bolivia-ecuador.html>
- <http://www.rosalux.org.ec/es/analisis-bolivia-analisis-electoral/item/178-analisis-bolivia-ecologia-politica-naturaleza-constituciones-bolivia-ecuador.html>
- Zaffaroni, Eugenio R. La Pachamama y el humano, Ed. Coilhue, año 2012, pág. 81

Rostros que nos hablan

HUGO ALBERTO ZARAGOZA³⁴¹ (ARGENTINA)

³⁴¹ Director Instituto de Derecho Animal
Asociación Argentina de Justicia Constitucional

I. INTRODUCCIÓN

“Cuando una idea se agota, se proyecta en la imaginación una nueva realidad”.

A lo largo de la historia los animales humanos hemos utilizado a los animales no humanos para nuestras necesidades y/o diversiones sin preocuparnos de su sufrimiento o bienestar. Cuando se los consideraba, era en función de las necesidades humanas y no en función de los propios intereses animales. Y, aunque hayan existido culturas que han respetado la vida y virtudes de algunos animales humanos³⁴², esta conducta ha constituido la norma predominante.

Su estatus como propiedad implica que sólo tienen un valor económico y ningún valor moral. Si son propiedad, entonces “ellos” son cosas que no tienen un valor inherente. Los animales están clasificados como propiedad y son hoy utilizados exclusivamente como recursos para los humanos.

Debido a que los animales son propiedad, por lo general protegemos los intereses de los animales sólo cuando obtenemos un beneficio económico de ello. Por ejemplo, tenemos leyes que requieren que los animales sean aturdidos en el momento de la matanza porque pueden provocarse heridas que dañen la calidad de la carne³⁴³. Esas heridas constituyen un perjuicio económico. Son

³⁴² El Perro o “itzcuintli”, como lo llamaban los nahuas, estaba relacionado con la lealtad, la protección y ese instinto dominante que tienen algunas personas. Era muy respetado, incluso se decía que al morir, uno atravesaba un río llamado “apanohuaia”, pero podría hacerlo solo si en la orilla del río un itzcuintli estaba esperando a la persona que había muerto. Si esa persona había tratado mal a los perros en vida no podría cruzar y jamás alcanzaría el descanso eterno. El Quetzal era considerada un ave de luz y se la asociaba con el sol, la fertilidad y la abundancia. Era tan especial esta ave que estaba prohibido cazarla bajo pena de muerte. Su mejor representación es Quetzalcoatl, quien también adopta las características de la serpiente.

³⁴³ Se recomienda dejar inconsciente al animal antes de su sacrificio, con el fin de evitar el dolor, el estrés y la incomodidad del procedimiento. La mayoría de los países desarrollados, y muchos en vías de desarrollo, cuentan con leyes que exigen el aturdimiento anterior al sacrificio, con

medidas que la industria que igual adoptarían porque beneficia su actividad.

Los animales en Nuestra legislación son cosas que se adquieren en calidad de propiedad, son mercancías con valor económico y por tanto, son considerados exclusivamente como medios para nuestros fines. En lo que a la ley concierne, los animales no humanos no son diferentes de cualquiera de las otras cosas que nosotros poseemos.

Tratados como “cosas” y desprovistos de toda noción de Justicia. Son vulnerables y necesitan nuestra protección. Son víctimas silenciosas. *Tenemos un deber ético y jurídico de nuestra especie hacia el resto de los animales no humanos*³⁴⁴.

El nuevo Código Civil y Comercial en Argentina de 2015, mantiene la condición jurídica de cosas de los animales. La clasificación del Derecho determina que los derechos están reservados solo a las personas, físicas o jurídicas.

Este nuevo Código Civil dejó prácticamente intacto el espíritu del antiguo Código Civil, sosteniendo también que los animales son *cosas*. Así el art. 227 se refiere expresamente a los semovientes, al disponer: “Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”.

Una posición intermedia en donde no son los animales ni personas ni cosas, fue introducida por la reciente ley del 2015, que introdujo un nuevo artículo en el Código Civil francés (515-14), donde se dispone que: “Los animales son seres vivos dotados

la excepción del sacrificio ritual autorizado como *kosher* y *halal*. En algunas circunstancias, el sacrificio tradicional puede estar exento de un aturdimiento anterior al sacrificio. Pero sea cual fuere el método de aturdimiento, el animal debe estar insensible por un tiempo suficiente y así que el desangrado ocasione una muerte rápida por pérdida de oxígeno al cerebro (anoxia cerebral). En otras palabras, la muerte debe presentarse antes de que el animal recobre el conocimiento. Hay tres tecnologías básicas para lograr el aturdimiento - la percusión, la electricidad y el gas. Solamente las dos primeras son comunes en los países en vías de desarrollo.

³⁴⁴ Zaffaroni, E. I Jornada Internacional de Derechos Animales. 10 y 11 de Noviembre de 2016. Paraná. Entre Ríos. Argentina

de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes³⁴⁵

Respecto a la Ley Penal de la Nación en el año 1954 se sancionó la Ley penal 14.346. Esta Ley de Protección al animal, taxativamente condena determinadas acciones humanas hacia los animales no humanos dentro del maltrato y la crueldad inaceptable, el sufrimiento innecesario y la muerte por puro espíritu de perversidad. Al hacerlo dispone la norma que los animales no Humanos son VICTIMAS³⁴⁶ de tales actos. En este sentido, el bien jurídicamente protegido sería *el animal en sí mismo*, como lo afirma el Dr. Zaffaroni³⁴⁷, y no la moral pública o las buenas costumbres, ni la lesión al medio ambiente ni el interés moral de la comunidad, ni porque la crueldad sería indicio a una tendencia a la crueldad con otros animales humanos; todas afirmaciones de aquellos que niegan que los animales no humanos poseen valor inherente y por tanto son sujetos de derechos.

La Declaración Universal de los Derechos Animales³⁴⁸, que en sí misma sólo supone una declaración de intenciones, nos indica la nueva percepción de la realidad que tiene el animal humano respecto a la vida, dignidad y respeto que les debemos al resto de los animales no humanos, tanto salvajes como domésticos, unido al desarrollo de un nuevo modelo ético de la relación entre ambos, de manera que la defensa legal y su protección integral ha logrado impregnar las normas legales y la jurisprudencia^{349 350}.

³⁴⁵ La exposición de motivos de la ley señala que de ese modo se armoniza el Código Civil con los textos de los códigos penal y rural, que reconocían expresa o tácitamente a los animales como seres sensibles y vivientes.

³⁴⁶ Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

³⁴⁷ Zaffaroni, E. R., *La Pachamama y el humano*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2012.

³⁴⁸ Adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales afiliadas en la Tercera reunión sobre los derechos del animal, celebrada en Londres del 21 al 23 de septiembre de 1977. Proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas que se asocian a ellas.

³⁴⁹ El reconocimiento en 2014, de Sandra, una orangután del zoológico de Buenos Aires, como sujeto de derechos. Este caso recorrió el mundo al ser reconocido los derechos de Sandra como Persona No-Humana.

La consideración moral de los animales y el reconocimiento de ciertos derechos como por ejemplo la erradicación del dolor y el respecto a su propia naturaleza, está cada vez más admitida por el conocimiento científico y aceptada por la sociedad. El régimen legal actual de los animales es el mismo que el de las cosas que usamos y poseemos, heredado de los planteamientos cartesianos³⁵¹. Esto está cada vez más en discrepancia con el nuevo paradigma basado en la empatía, la compasión y el respeto a la dignidad de todos los seres vivientes.

Pero también cuentan las victorias que se producen en los juzgados con sentencias condenatorias sobre el maltrato animal, la prohibición de los circos con animales en muchas jurisdicciones³⁵², la aprobación de ordenanzas municipales más respetuosas con la convivencia de animales³⁵³, la leyes de la Nación como la de prohibición de las carreras de galgos³⁵⁴ o leyes provinciales como la que prohíbe la eutanasia de los animales domésticos y el control poblacional de los mismos mediante la esterilización quirúrgica³⁵⁵ etc.

Muchas personas están ayudando a construir un Derecho Animal que será consolidado con el apoyo de la sociedad y de las

³⁵⁰ La justicia de Mendoza hizo lugar a una acción de *habeas corpus* en favor de la chimpancé Cecilia, alojada en el zoológico de la provincia de Mendoza, la declaró “sujeto de derecho no humano” y dispuso su traslado al santuario de Sorocaba, en Brasil.

³⁵¹ René Descartes (1596 – 1650), antropocentrista para quien los animales no-humanos no eran otra cosa que complejos autómatas mecánicos carentes de la capacidad de sufrir o de sentir cualquier otra emoción.

³⁵² LEY N° 1.446 CABA. Artículo 1°.- Prohíbese en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el funcionamiento de circos y espectáculos circenses en los que intervengan animales cualquiera sea su especie.

³⁵³ La legislatura de la capital entrerriana aprobó una Ordenanza, por el cual “se prohíbe en todo el ejido de la ciudad de Paraná la circulación de cualquier medio de transporte cuya tracción verse sobre la fuerza de un animal, sea para el transporte cargas y/o personas.

³⁵⁴ La ley 27.330, promovida para frenar puntualmente las carreras de galgos, fue sancionada el 17 de noviembre por la Cámara de Diputados tras cosechar 132 votos a favor y 17 en contra. “Queda prohibido en todo el territorio nacional la realización de carreras de perros, cualquiera sea su raza”, establece la norma en su artículo 1°.

³⁵⁵ La Legislatura santafesina ha dictado la ley 13.383

organizaciones que luchan por los derechos de los animales y esperamos que el respeto y la aceptación de los animales como parte de la comunidad moral se refleje en el derecho civil, penal, constitucional e internacional, para poder lograr la ansiada Justicia Social para todos los seres vivos.

Es importante la educación formal o informal como medio transmisor y multiplicador de esta visión, particularmente en los inicios del desarrollo evolutivo de las personas. Tenemos que ser protagonistas del proceso de transformación de la realidad. Falta mucho aún por hacer, pero el camino está marcado por una visión en donde los animales humanos no somos el centro de todo sino que la Vida es el Centro de todo (biocentrismo³⁵⁶). La finalidad es mirar al porvenir para ser útiles, sin quedarse en los errores del pasado.

El camino a transitar es el marcado por el artículo 27 inc. 5 de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires, donde se establece: *La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve:*

5. La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos.

II. DESARROLLO

El Instituto de Derecho Animal tuvo su inicio el 29 de Abril de 2016 en la Sede de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. A poco de cumplirse 1 año del inicio de sus actividades y en ocasión de celebrarse el 2º Congreso de Justicia Constitucional describiré las actividades desarrolladas por el Instituto.

³⁵⁶ Propone que todos los seres vivos tienen el mismo derecho a existir, a desarrollarse y a expresarse con autonomía y merecen el mismo respeto al tener el mismo valor. Aboga que la actividad humana cause el menor impacto posible sobre otras especies y sobre el planeta en sí.

III. CONCIENTIZACIÓN

GRUPO SCOUT VAMPAI HUE

En Junio de 2016 concurrí a las instalaciones donde se desarrollan las actividades del grupo scout “VAMPAI HUE” de Parque Leloir en la Provincia de Buenos Aires, por la invitación de sus autoridades. Se desarrolló una jornada de Concientización sobre los derechos de los animales respecto a la ley de maltrato animal (Ley 14346).

Los grupos SCOUT se dividen en grupos por edad, a los más pequeños se los llama “Manada”, tiene entre 6 y 11 años, el segundo se denomina “Unidad”, y tienen entre 11 y 16 años, luego continúan los “Caminantes” de 16 a 18 años y por último los “Roberts” que tienen entre 18 y 21 años de edad. La invitación fue para realizar un taller de concientización a los dos grupos de los más pequeños.- Se trabajó con la “Manada” y con la “Unidad”

Las actividades consistieron en un principio en la explicación de la Ley contra el maltrato animal y luego se dio distintas consignas para dibujar tanto a un animal con hambre, a un animal triste y finalmente como les gustaría ver a los animales.

Fue una actividad que duró todo el día y fue una experiencia inigualable con los más pequeños. Luego de las actividades los chicos realizaron proyectos para mejorar la vida de los animales, como por ejemplo colocar tarros con agua en las esquinas de sus respectivas casas, para colaborar, al menos en este pequeño gesto, a que los animales que no tienen hogar no tengan que recurrir a agua estancada y sucia. A todos ellos se les entregó un diploma por su participación en la actividad y a los dirigentes un certificado de colaboración, ya que estuvieron constantemente apoyando la iniciativa.

CURSO DE CONCIENTIZACIÓN POR MANDATO DEL PODER JUDICIAL

Se nos ha dado la responsabilidad a la AAJC de gestar un curso de concientización para aquellos que por mandato judicial deberán concurrir a los efectos de cumplimentar las disposiciones en su régimen de PROBATION por infracciones a la ley 14346, en el ámbito de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la misma se les proporciona toda la información referente a los derechos de los animales, tanto la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia actual que abarca la temática.

CAPACITACIÓN

Dentro del Derecho Animal se encuentran distintas doctrinas para afrontar la defensa de los animales no humanos. Podemos diferenciar al menos 3 bien distintas, las cuales son: teoría bienestarrista, la utilitarista y la abolicionista. Sobre la base que para comprender estas posturas hace falta conocerlas y estudiarlas considero muy importante participar de distintos encuentros de las distintas posturas sobre la temática animal. Algunas de ellas durante este año fueron:

Disertación de Steven Wise en la Legislatura Porteña

En ocasión de la visita del Dr. Steven Wise que expuso en la Legislatura Porteña, en donde se lo distinguió como Huesped de Honor de la Ciudad de Buenos Aires, a partir de un proyecto del Diputado Adrián Camp, concurrimos a su disertación para conocer a una de las personas más importantes mundialmente y referente del Derecho Animal.

Durante la conferencia de prensa, el Dr. Wise sostuvo que “Hoy tenemos muchas maneras de entender sobre los animales no humanos distintas a esclavizarlos en un zoológico. Es como pensar que uno puede entender cómo son los seres humanos vi-

sitando una cárcel”. Al ser consultado el por caso de la orangutana Sandra, afirmó: “Es una de las razones por las que estoy aquí. Quiero hablar con los abogados y pedir copias de toda la documentación y resoluciones del caso para poder traducirlos y a partir de eso escribir, debatir y hacer sugerencias con un conocimiento más profundo del caso.

Si bien actualmente, el Proyecto de Derechos No Humanos (Non-human Rights Project – NHRP), que dirige Steven Wise, funciona sólo dentro de los Estados Unidos, están predispuestos y muy deseosos de poder trabajar con abogados en otras partes del mundo, y es otra de las razones de su viaje a la Argentina: “ayudar a los abogados a impulsar lo que es la personería jurídica para los animales no humanos, usando sus propios sistemas legales”.

Felicité la iniciativa sobre la Creación del Instituto de Derecho Animal en la AAJC, y se puso a disposición para consultas y realización de proyectos.

Que su ejemplo nos sirva para avanzar en la concreción de un mundo más justo para todas las personas humanas y no humanas que habitamos este Planeta.

I Jornada Internacional de Derechos Animales.

PARANÁ. PROVINCIA DE ENTRE RÍOS.

Por invitación del Presidente de AFADA concurrí a participar de la primera jornada Internacional de Derecho de los Animales.

En la misma estuvieron presentes el Dr. Zaffaroni, el Dr. Heron Santana Gordhilo (fiscal en Derecho Ambiental en Brasil, coordinador del Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e extenso em Direito Ambiental e Direito Animal (NIPEDA), fundador del Instituto Abolicionista Animal y editor de la primera revista de Derecho Animal en América Latina, la Revista Brasileira de Direito Animal, la Dra. Elena Liberatori titular del Juzgado N° 4 Contencioso Administrativo de la Ciudad- jueza que entendió en el caso de la orangutana Sandra-, el Dr. Cotorruelo, Fiscal Coordinador de la Provincia de Entre Ríos.

Se le entregaron al Dr. Zaffaroni y al Heron Santana Gordilho sus diplomas de Miembros Honoríficos del Instituto de Derecho Animal de la AAJC, por sus importantes aportes al Derecho Animal a través de la doctrina y la Jurisprudencia.

Teniendo en cuenta que la capacitación no es solo en Congresos o disertaciones sino el conocimiento directo y aprendizaje en donde los hechos realmente ocurren, considero de extrema importancia conocer los lugares, las personas y la problemática concreta en donde los animales no humanos viven, se desarrollan y mueren.

Por tal motivo he visitado algunos de estos lugares tanto en Nuestro país como en Brasil donde creo que están más profesionalizados en estos asuntos. Pero estas vivistas no fueron en calidad de turistas sino con el ánimo de conocer profundamente las circunstancias y hechos que rodean a estas personas que cuidan todos los días a los animales no humanos, y que su fin es en general motivado por el amor a ellos.

Algunos de estos lugares son:

En Argentina

CENTRO DE RECUPERACIÓN DE ANIMALES SILVESTRES. PROVINCIA DE ENTRE RÍOS.

Su responsable es el Señor AVELINO FONTANA, Ex corredor de RALLY que en el año 1991 decidió vender su automóvil y comprar un predio de 2 hectáreas y media con fines de disfrute junto a su mujer e hijos. Con el tiempo y a partir de su amor por los animales, los vecinos le fueron llevando animales silvestres que la gente tenía como mascotas y no podían hacerse más cargo del animal – Por ejemplo bambys, ovejas, chivos, nutrias, iguanas, carpinchos etc- . Él los tomaba y les daba protección y refugio.

Continúa con su pasión luego de 25 años de trabajo, en la Recuperación, Adaptación, Reproducción y Liberación de animales silvestres. Animales de nuestra fauna autóctona, HOY MUCHOS AMENAZADOS POR EL PELIGRO DE EXTINCIÓN.

Lo complicado de estos animales es que generalmente es imposible su liberación debido a que están en general DOMESTICADOS por el Ser Humano, y por tanto, de imposible supervivencia en su hábitat Natural. Teniendo en cuenta que liberados deben proporcionarse su propio alimento, estos que han estado en cautiverio no logran conseguir su alimento ya que es acaparado por los animales silvestres de la zona.

Su principal preocupación es la falta de fondos para alimentar a los animales. La ONG es una entidad sin fines de lucro y no recibe subsidios del estado ni Provincial ni Nacional, tiene si una exención de impuestos provinciales. Sus fondos provienen de donaciones de pequeñas pymes que colaboran con la organización. Estos mismos problemas tenemos hoy también con los animales de ciudad - los perros, los gatos, los caballos- que dependen exclusivamente de ONGs que a puro pulmón y con escasa ayuda logran crear ambientes libres de maltrato para estos animales, con escasa ayuda Gubernamental.

Finalizando la visita, el Sr. Avelino me dijo algo que me gustaría compartir como reflexión y síntesis de su filosofía de vida:

“Los animales nunca se olvidan lo que haces por ellos, el que se olvida es el Humano, no los animales. Hay que tomar muchos ejemplos de ellos”

PARAJE UGUAY. PROVINCIA DE CORRIENTES

El Establecimiento Rural “La Esperanza” está ubicado en el Paraje Uguay del Departamento de Mercedes, Provincia de Corrientes. Junto a sus dueños -Pedro y Claudia- recorrimos el predio en donde se puede apreciar la naturaleza y los animales autóctonos en su hábitat natural. Nos mostró el predio con la idea de formar una reserva natural privada para protección de estos animales.

Conocí sobre los animales autóctonos que se encuentran en esa zona, pero principalmente los yacarés en donde prácticamente vivía una madre yacaré con sus hijitos en jardín de su casa. También fuimos a conocer con su lancha la Laguna Fernández, que

mantiene, por su aislamiento, su estado natural y con escaso intervención del ser Humano.

Lo importante de esta visita es en primer término conocer a los animales en su hábitat en donde el animal humano sólo observa su comportamiento y la maravilla de sus ser. En segunda plano pero no menos importante es la falta de apoyo del Estado hacia quienes quieren y proponen organizar estas reservas naturales para animales no humanos en sus propios dominios.

REFUGIO DE ANIMALES SILVESTRES GÜIRÁOGA. PROVINCIA DE MISIONES

En ocasión de mi visita al refugio tuve posibilidad de conversar con uno de sus fundadores, el Sr. Jorge Anfuso donde me explicó el trabajo con los animales silvestres y me mostró las instalaciones donde realizan las investigaciones y donde se alojan hoy estos animales que en general han llegado en mal estado de salud.

El motivo de mi visita era también ver el estado de los primeros 38 ejemplares de varias especies provenientes del Ecoparque, el antiguo Zoológico de Buenos Aires³⁵⁷, derivados a este refugio; pero no pude verlos debido a que estaban en cuarentena. Me explico Jorge que este procedimiento es normal a la hora del ingreso de nuevos habitantes al refugio.

Güirá Oga se encuentra a 5 km de Puerto Iguazú, Provincia de Misiones, Argentina, a poca distancia de las cataratas del Iguazú. El nombre Güirá Oga es una expresión guaraní que significa “casa de los pájaros”. Guirá Ora nació como un sitio para trabajar con aves en peligro de extinción, pero el problema fue que antes de inaugurarlo, los primeros animales que llevaba la gente de parques nacionales fueron mamíferos, para lo cual no estaban preparados.

Los objetivos centrales del refugio son el rescate de animales silvestres heridos, recuperados de alguna situación de comercio

³⁵⁷ Se trata de ejemplares provenientes del tráfico ilegal, que habían sido recuperados por la Dirección Nacional de Fauna Silvestre, y alojados en el predio de Palermo.

ilegal o cualquier otra situación que ponga en peligro su supervivencia. Los animales enfermos o accidentados son sometidos a tratamiento para su recuperación y luego se los libera en su espacio natural. Los animales que no tengan posibilidades de sobrevivir en la naturaleza, permanecen en el refugio y luego sus crías son liberadas. Esta actividad se complementa con el estudio y la investigación. Paralelamente, se desarrollan actividades que tienen como objetivo concientizar sobre la necesidad de protección de la fauna silvestre y su ambiente.

En Guirá Oga hay entre 380 y 400 animales, pero a la vista del público sólo unos 250, ya que los que están en el proceso final de devolución a la naturaleza no pueden estar en contacto con el ser humano, sino en hábitats y situaciones lo más parecidas a las originales, para ello la entidad cuenta con la isla Palacio en el lago de la represa de Uruguay, cedida por el gobierno de Misiones, donde se realiza la readaptación previa a la liberación de animales y son monitoreados por 20 cámaras de video.

PARQUE DE LA CIUDAD. REFUGIO GAPRA

Visité a Carlos Gorostarzu, responsable de GAPRA (Grupo Argentino de Protección y Rescate Animal), es un refugio para animales que funciona en el Parque de la Ciudad (Avenida Escalada 4501- Villa Lugano). La mayor población esta formada por perros, de todas las razas y edades en donde ingresan solo perros en estado grave o peligro de muerte. “Gapra es un refugio, no un pensionado, ni hotel” suele repetir.

Es el único refugio dentro de la Jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, dado que la mayoría se encuentra en la Provincia de Buenos Aires- Tienen aproximadamente 200 perros que cuidan y protegen diariamente con fondos propios o donados por particulares. Tienen caniles limpios y amplios, pero sin duda estos animales necesitan un hogar y una familia que los cuide y los quiera. Carlos es bastante insistente en no entregar estos perros a cualquier que pase por ahí y los requiera, sino que analiza al adoptante y hace un control posterior del estado en que se encuentra. Me ha

contado que han tenido varios casos en que llevan perros no para cuidarlos y protegerlos sino como simples instrumentos de guardia en alguna casa y en estados de semi abandono. Ante estos hechos los ha traído al refugio nuevamente para encontrarles, algún día, un refugio que los acepte con respeto y dignidad.

En Brasil

PARQUE DAS AVES- FOZ DE IGUAZU. BRASIL.

La visita fue acompañada por un guía que transmitió el orgullo de tener este Parque debido a la tarea de protección y conservación de muchas especies de aves en peligro de extinción. En el parque de las Aves se pueden observar más de 1320 aves, de un total de aproximadamente 143 especies diferentes. Son 16,5 hectáreas.

El parque de las aves fue inaugurado el 7 de octubre de 1994. Actualmente el Parque es el más grande parque de aves de Latinoamérica. Alrededor del 50% de las aves proceden de aprehensiones llevadas a cabo por la Policía Ambiental, Policía Federal e IBAMA. Estos animales son rescatados de los entornos de abuso, tráfico y posesión ilegal; otros provienen de Centros de Rehabilitación y clasificación de animales silvestres. También recibimos pájaros debilitados que han sufrido accidentes y pichones entregados a las agencias de medio ambiente después de caer de sus nidos.

Todos estos animales reciben un hogar con las mejores condiciones para su especie, una alimentación saludable, medio ambiente adecuado, y vida social con otras aves para que se mantengan lo más cercano posible al medio ambiente.

Cuentan con veterinarios, biólogos y cuidadores que se dedica todos los días a cuidar a las aves que llegan aquí. Estas aves son evaluadas por el IBAMA como no aptas para volver a la naturaleza, ellas necesitan mucho más que un tratamiento veterinario. Por lo tanto, creamos ambientes que simulan el hábitat de cada especie, en los viveros construidos en medio del Bosque Atlántico, hábitat original de la mayoría de estas aves. Todo para darles buenas condiciones de vida.

PROYECTO TAMAR- FLORIANOPOLIS. BRASIL

Es un centro de reproducción y conservación de tortugas marinas. Tamar tiene centros de este tipo en todo el Brasil, protegiendo a las 5 especies de tortugas marinas que habitan en las aguas brasileñas (todas ellas en peligro de extinción).

En el año 2005 se instaló en la ciudad de Florianópolis la base número veintidós (de 23 en total distribuidas por la costa brasileña) del PROYECTO TAMAR. La misión principal de este espacio es la de conservar y preservar a las cinco especies de tortugas marinas existentes en este país.

Actualmente existen cinco situaciones (todas con intervención humana) que ponen en riesgo la vida y la reproducción de estos animales de mar, entre ellas y en orden de gravedad:

La pesca y caza.

El desenvolvimiento costero.

El calentamiento global.

La polución y las enfermedades.

El consumo y uso directo.

Ubicado en la región sur de la isla, más específicamente en la Barra da Lagoa, el Proyecto TAMAR posee en su interior cinco tanques o piscinas rellenas con agua salada del mar, que se renueva constantemente. Allí se recuperan algunas de las especies más amenazadas de extinción y una vez cumplido ese objetivo son devueltas al mar por biólogos preparados y capacitados para ello.

Es un lugar perfecto para la educación e interacción de los niños y adultos mediante videos educacionales, talleres de dibujo, escenografías que recrean la vida de las tortugas y paneles informativos sobre cómo viven, qué comen y cuáles son las características de cada una.

Si bien son cinco las especies que pueden localizarse en las costas brasileñas, dentro de las instalaciones se encontraban representadas las tres primeras de esta lista:

Tortuga Carey (*Eretmochelys imbricata*), críticamente amenazada no solo en Brasil sino en el mundo entero.

Tortuga Boba (*Caretta caretta*), amenazada en Brasil y calificada como “en peligro de extinción” en el mundo.

Tortuga Olivácea (*Lepidochelys olivacea*), amenazada en Brasil y calificada como “vulnerable” en el mundo.

Tortuga Laúd (*Dermodochelys Coriacea*), críticamente amenazada en Brasil y calificada como “vulnerable” en el mundo.

Tortuga Verde (*Chelonia Mydas*), vulnerable en Brasil y amenazada en el mundo entero.

Tortugas Marinas en Argentina

Aunque Argentina no presente aguas tan cálidas como las de otros países tropicales donde las tortugas marinas estan, en el mar Argentino también hay especies de tortugas marinas. Se registraron tres de las siete especies existentes que habitan en todo el mundo. Estos ejemplares son los siguiente: La tortuga marina *Caretta Carretta*, la tortuga marina Verde y la Tortuga marina Laúd.

Hasta el año 2002 la investigación y conservación de las tortugas marinas en nuestro país se llevaba a cabo mediante esfuerzos individuales y aislados, resultando en consecuencia subestimada la presencia de las mismas en nuestras aguas. Sin embargo, la integración regional establecida a fines del año 2002 permitió evaluar en forma completa todo el litoral fluvial y marítimo de la Provincia de Buenos Aire

Programa Regional de Investigación y Conservación de Tortugas Marinas en la Argentina (PRICTMA). Este programa establece objetivos y estrategias de trabajo consensuadas, con el fin de optimizar y potenciar la capacidad técnica y logística de cada uno de los miembros que lo forman.

Proyecto Peyu

Este Proyecto comenzó sus actividades en el año 2001 y ha realizado desde entonces diversos viajes de campaña a la costa de la provincia de Buenos Aires, entre las localidades de San Clemente del Tuyú y Bahía Blanca, como así también a la provincia de Men-

doza, donde se realizan estudios de comportamiento de la tortuga cabezona que allí se encuentra. Como parte del PRICTMA se ha consolidado en un referente para la zona sur del estuario del Río de La Plata, en relación a las tortugas marinas y especies asociadas.

PROYECTO LONTRA. FLORIANOPOLIS. BRASIL.

Lontra es un género de nutrias del continente americano. Este género comprende cuatro especies:

Lontra canadensis

Lontra provocax

Lontra longicaudis

Lontra felina

El proyecto se encuentra en la isla de Santa Catarina. Desde 2013, el Proyecto Lontra lleva a cabo investigaciones con nutrias y nutrias salvajes. En todos estos lugares, el proyecto, a través de la movilización social, busca llegar a las personas de todas las edades para que puedan entender la importancia de la conservación de la biodiversidad.

El Proyecto tiene como objetivo desarrollar los estudios científicos sobre la Lontra neotropical, ariranha y otros miembros de la familia de los mustélidos.

El Instituto EKKO que funciona en la Lagoa do Peri, es un centro de investigación científica, conservación y educación ambiental para despertar conciencia en la población sobre la ecología de las nutrias y otros animales de la familia Mustelidae. Tiene un hogar-refugio para nutrias huérfanas o rescatadas y cuenta con un laboratorio con equipamiento de última generación para realizar investigaciones que contribuyan a su conservación.

En la actualidad estas animales se encuentran en peligro de extinción en el Brasil. Además de nutrias también se pueden ver aquí Iraras que son de la misma familia que las nutrias pero más de tierra

A modo de conclusión

Trabajar para dejar huellas es la razón de la creación de este Instituto de Derecho Animal en la AAJC. Dejar un poco de lado los escritorios y conocer realmente a los animales para poder lograr interpretar mejor sus necesidades. “Ellos” no tiene VOZ pero tienen ROSTRO. Viven con nosotros en este Mundo y pocos se detienen a observarlos.

La concientización es una tarea de suma importancia porque hay interés en la sociedad sobre esta cuestión pero también hay mucho desconocimiento sobre el mismo. Comenzar por los más pequeños parece ser el camino correcto para poder vislumbrar un cambio rotundo en un futuro próximo, partiendo de la base de que TODOS somos Animales y que todos tenemos nuestra personalidad, sentimientos y nuestra dignidad que hay que proteger y cuidar.

La capacitación es imprescindible para poder hablar con propiedad. Debemos aprender de aquellos que han entregado su tiempo y su vida a la protección y defensa de los animales no humanos, aquellos que día a día enfrentan los problemas a los que están sometidos y que no les es indiferente. Debemos crear nexos para no dejarlos aislados y solos. La indiferencia y la ignorancia son los grandes desafíos a enfrentar.-

Luchar por un futuro más justo es el objetivo que como abogados debemos perseguir. “Ellos” son víctimas de todo tipo de injusticias en pos de los caprichos y egoísmos de los animales humanos. Nos proponemos terminar con el maltrato animal en todas sus formas, sosteniendo que lo constituye todo acto del animal humano que altere o menoscabe la propia naturaleza de cada animal no humano, su libertad, su dignidad y su propia personalidad.

Hay que mantenerse firme en la oposición al tratamiento de los animales no humanos como “cosas”, simples “recursos” para el entretenimiento y satisfacción perversa de los animales humanos; desterrar la atroz palabra de “dueño” al referirse a ellos. Acabar con la caza deportiva, la experimentación con animales, los zoológicos en su concepción tradicional y todo aquello que implique dañarlos en su cuerpo y en su alma sensible.

La empatía, la solidaridad y el respeto hacia todos los seres vivientes son tres pilares que no debemos abandonar jamás. Especialmente hay que proteger a los más vulnerables, que son los más débiles, o aquellos que pueden ser dañados o afectados fácilmente porque no saben o no pueden defenderse. Están en una situación de inferioridad frente a la sociedad y frente a los demás integrantes de la comunidad en su conjunto. Los animales no humanos son claramente parte de aquellos que son vulnerables y que requiere protección.

**Una perspectiva acerca de la (in)existencia
de sujetos de derechos no humanos**

LEONARDO DIEGO VILLAFANE³⁵⁸ (ARGENTINA)

³⁵⁸ Doctor en Derecho (UCSF). Secretario del Consejo de la Magistratura de Misiones. Docente Universitario de Derecho Procesal Civil y Derecho Ambiental (UCSF-UGD-UBA) Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la AAJC.

I. SITUACIÓN ACTUAL DEL DEBATE

A principios de este año 2017 se publica un fallo de un tribunal de Mendoza de fecha 03 de noviembre de 2016 donde se le reconoce el estatus de sujeto de derecho a un Chimpancé “C” generando otro precedente en tal sentido, esto es, reconocerle derechos a sujetos no humanos³⁵⁹.

Es por ello y en atención a los argumentos utilizados para tal decisión, que entendemos que es tiempo oportuno para referirnos a la cuestión y fijar posición al respecto, dada la trascendencia jurídica que puede acarrear este tema.

La relación del hombre con la naturaleza es, sin dudas, una columna central del problema ambiental. Desde siempre, en occidente particularmente, el hombre ha ocupado un papel excesivamente central en el modelo de desarrollo, desentendiéndose de la suerte que corría su entorno (e incluso los otros hombres).

Esto nos lleva a preguntarnos sobre la justificación teórica que permitiría definir la tarea del hombre y cuáles son los límites que debe poseer en el ejercicio de esas atribuciones. Constituyendo la otra cara de la misma moneda, el rol y el carácter de la naturaleza y sus elementos en tal relación.

Estas preguntas, y otras tantas, constituyen indagaciones éticas respecto de cuál es el tipo de interrelación que debe existir entre los hombres y el ambiente, plantean cuestionamientos morales respecto de las actividades antrópicas y, con cada respuesta, impactan en el sistema jurídico.

Las posiciones filosóficas sobre el medio ambiente y el rol humano buscan explicar en algún modo “**la naturaleza de la naturaleza**”. El debate sobre la ontología del entorno y si éste incluye al hombre o lo encuentra enfrentado es parte de estas interrelaciones.

Desde América Latina se viene gestando una nueva mirada que pretende instituir a la naturaleza como sujeto de derecho, lo

³⁵⁹ Tercer Juzg. Garantías Mendoza. “*Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto del chimpancé “C” sujeto no humano*”. Sup. Penal 2017 (marzo), 12. AR/JUR/70794/2016

que necesariamente conlleva a repensar el tradicional *antropocentrismo jurídico*, esto es considerar a la persona humana como eje del sistema.

De concretarse jurídicamente esta insinuación, implicaría una modificación fundamental y total del concepto de “*persona*” para la ciencia jurídica, pues tendría trascendencia en todos los ámbitos del derecho, tanto en lo sustancial como en lo procesal. Tal vez no resulte necesario llevar tan lejos las cosas.

Adelantamos una opinión muy crítica respecto de estos movimientos, con el convencimiento que, ello no implica mellar en lo más mínimo nuestro nivel de compromiso con la protección ambiental y los derechos humanos.

Al momento de escribir estas líneas entendemos que las doctrinas filosóficas que postulan tales reconocimientos a los animales no logra superar un test de razonabilidad y consistencia lógica interna del sistema que proponen; asimismo no pueden responder satisfactoriamente algunas preguntas que entendemos estructuralmente esenciales para cualquier ordenamiento coherente.

Nuestra posición, claro que en ningún caso irreductible, parte de una idea básica: no separar tajantemente a la naturaleza de los seres humanos, pues ello conlleva a potenciales peligros tanto para una especie como para los demás. La ampliación de la subjetividad jurídica a los no humanos solo aporta confusión, devalúa la dignidad humana y no consta de una base jurídica consistente.

Adheriremos a una alternativa ecléctica que propone una gama de doctrinarios de vanguardia acerca de una nueva relación entre sujetos y animales.

II. POSICIONES A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUS DE PERSONAS

Dado el acotado espacio que ofrece una ponencia y la complejidad de la cuestión a trabajar vamos a mencionar de manera sucinta algunas de las posiciones autorales, doctrinarias, normativas y jurisprudenciales que apoyan la posibilidad de declarar a los

animales como sujeto de derecho, sin que ello suponga la totalidad del espectro en tal sentido.

Al clásico abordaje de la ciencia del derecho desde la óptica del hombre natural (persona natural o física) desde hace un tiempo, y en forma coincidente con el nacimiento y la difusión del derecho ambiental, empezaron a sumarse movimientos denominados “*biocentristas*”, “*ecocentristas*” o “*geocentristas*” que propician el apartamiento del hombre como exclusivo centro de imputación y empezar a considerar a las demás manifestaciones de vida como algo más que cosas o bienes.

Desde una expresión mínima, estos movimientos, representan una moderación del antropocentrismo, o como dice Jaime Escobar Triana, se trata de un antropocentrismo débil que “...reconoce valores intrínsecos a los otros vivientes que comparten características con los seres humanos. El hombre es el punto de referencia para determinar la consideración moral.”³⁶⁰

En otras manifestaciones más desarrolladas de los movimientos [bio-eco] geocentristas se propugna el reconocimiento de los animales como “*seres sintientes*” en una búsqueda por lograr separar a éstos de las simples cosas o bienes.

Asimismo, ya más hacia los extremos, se debate la posibilidad de que se le reconozcan derechos y en consecuencia se le atribuya el carácter de sujetos de derechos o “*persona no humana*”.

2. 1. El caso de las Constituciones de Ecuador y Bolivia

América Latina constituye una de las mayores usinas de pensamiento en la materia, siendo sus mayores exponentes las naciones de Bolivia y Ecuador, quienes han reformado sus constituciones nacionales asignándoles un valor preeminente a la naturaleza.

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, menciona a la *Pachamama* en su preámbulo, luego en sus artículos 33 y 34 refiere al derecho ambiental. Asimismo en el art. 30 enumera una serie de derechos reconocidos a las comunidades aborígenes.

³⁶⁰ ESCOBAR TRIANA, Jaime. “*Bioética y ética ambiental*”. JA 2006-IV-1222

Esta Constitución se complementa con la Ley N° 300/2012 denominada Ley Marco de Derechos de la Madre Tierra y del Desarrollo Integral para Vivir Bien que establece los derechos del planeta y la orientación hacia el vivir bien a través del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para la construcción de una sociedad justa, equitativa y solidaria con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural del pueblo boliviano.

La Constitución de Ecuador en su art. 14 consagra el derecho de la población a un ambiente sano y al buen vivir, *Sumak Kawsay* (expresión de origen indígena que significa justamente buen vivir) y posteriormente le reconoce derechos a la *Pachamama*: a su existencia integral y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales.

Ambas expresiones tienen origen en los pueblos indígenas andinos (Aymará y Quechua) y expresan parte del núcleo de creencias y actividades ecológicas de dichos pueblos.

Sobre estas expresiones y culturas hay algo que no podemos dejar de percibir y resaltar: están muy vinculadas sus conductas a sus creencias o cuestiones de fe, aún cuando generen “*efectos jurídicos*”. La *Pachamama*, por ejemplo, para los pueblos puneños es, al decir de Merlino y Rabey, **otro Dios**, un dios más cercano, en la tierra³⁶¹.

Las culturas aborígenes consideran a la *Pachamama* como la “*madre tierra*” y posee un profundo vínculo con lo trascendental: de ella venimos y hacia ella vamos. En este contexto “*teológico*” es que se entiende al planeta y a los demás seres vivos en una interrelación armónica que incluye a la divinidad. En el mantenimiento del equilibrio asume la totalidad de las responsabilidades con su medio físico (que hace de nexo entre los planos divinos).³⁶²

³⁶¹ MERLINO, Rodolfo – RABEY, Mario. “*Resistencia y hegemonía: cultos locales y religión centralizada en los Andes del Sur*” Sociedad y Religión 10-11. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL - CONICET). Buenos Aires. 1993. Pág. 118.

³⁶² Ver VALENCIA PARISACA, Narciso. “*La pachamama: revelación del Dios Creador*”. Colección Iglesias, pueblos y culturas. N°52-53. Ed. Aby-Yala. Quito. 1999. En las páginas 25 a 28 se explica la cosmovisión Ay-

En definitiva: los cuerpos normativos que reconocen a la naturaleza derechos y estatus de sujeto de derecho no responden *exclusivamente* a cuestiones jurídicas o *cavilaciones ambientales* sino que responden a fundamentos en la cosmovisión que los pueblos originarios poseen de la Pachamama o Madre Tierra. Es decir que implica prioritariamente una mirada *teológica o religiosa* del tema. Aceptando esto podemos decir entonces que escapa a un análisis jurídico o estrictamente legal.

Sin perjuicio que más abajo expresaremos nuestra opinión sobre el tema, adelantamos, no creemos factible trasladar esta normativa a otros sistemas o países por cuanto el presupuesto necesario es la cosmovisión que le otorgan sus raíces y culturas indígenas. Los que no lo poseen no podrán encontrar en dichas normas los fundamentos para su validez, y por ende, la protección no resultaría eficaz.

2. 2. Doctrina, normas y jurisprudencia

Uno de los pioneros en esta materia es Peter Singer (Melbourne 1946) que hacia mediados de la década de 1970 proponía un movimiento ético que extendía el principio de igualdad entre los hombres a los animales entre sí y con el hombre mismo. Su obra "*Liberación Animal*" es al decir de Paula Casal la "*biblia de estos movimientos*" y posee una importante influencia al día de hoy.³⁶³

De la misma manera Tom Regan en una obra en los años 80's requería el reconocimiento de los derechos de los animales y pro-

mará entendida como un equilibrio entre tres dimensiones de dicha civilización incaica: una se llama *Alax Pacha* y suponía un equilibrio con la divinidad (lo que sería casi una religión en la actualidad); la otra es el *Aka Pacha* e implica el equilibrio en la tierra con la naturaleza dada y los seres entre si y sobre el cual textualmente dice: "*El aymarará, además de poseer una visión sobre lo trascendental, debe tener un adecuado conocimiento de su responsabilidad con el medio geográfico que lo rodea. Aka pacha es sagrado, es generador de todo cuanto existe...*". La tercera dimensión es el *Manqha Pacha* que es el equilibrio con el mundo de las tinieblas.

³⁶³ SINGER, Peter. "*Liberación Animal*". (Título original: Animal liberation) Trad. ANDA – Cecilia Monloio. 3° ed. Trotta. Madrid. 1999.

ponía la abolición de la venta de ellos, la prohibición total de la utilización en actividades antrópicas (como los deportes y la ciencia) y la igualación entre seres.³⁶⁴

Más acá en el tiempo encontramos varios autores como Miguel Ibañez Talegón – Miguel Capó Martín que refieren a la dignidad animal³⁶⁵. En el mismo sentido Ivanovic Barbeito propone diez claves que van desde la exigencia del reconocimiento de derechos básicos hasta la concepción del animalismo como un ecologismo integral.³⁶⁶

En la Argentina se destaca la obra del ex Ministro de la CSJN Eugenio Zaffaroni que justifica la personalidad de los animales en la Ley N°14.346 que reprime penalmente los malos tratos y los actos de crueldad hacia los animales³⁶⁷. Esta interpretación fue muy cabalmente tratada por Sebastián Picasso en una obra que recomendamos su lectura³⁶⁸.

Valeria Berros³⁶⁹ también propone como posibilidad la personalidad jurídica de la naturaleza, lo mismo que María Carman³⁷⁰ al referirse a las trampas del derecho ambiental.

Como **norma** a destacar encontramos la Declaración Universal de los Derechos de los Animales de Naciones Unidas del año 1978 y donde se establece una enumeración de los derechos que

³⁶⁴ REGAN, Tom. “*The case for animals rights*”. University of California Press. Reason Paper N°10. Spring. 1985. Págs. 113-124

³⁶⁵ IBAÑEZ TALEGÓN, Miguel - CAPÓ MARTÍN, Miguel. “*Derecho Animal frente al Derecho Subjetivo Humano*” Rev. Bienestar Animal. Universidad Complutense de Madrid. 2011. Pág. 44-48

³⁶⁶ IVANOVIC BARBEITO, Mireya. “*Bioética animal. Un decálogo animalista*”. Revista de bioética y derecho N°22. Barcelona. Mayo 2011. Pág. 56-66

³⁶⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. “*La Pachamama y el humano*”. Ed. Colihue. Buenos Aires. 2012. Pág. 28-36

³⁶⁸ PICASSO, Sebastián. “*Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujevo de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda*”. La Ley 16/04/2015. La Ley 2015-B, 915 AR/DOC/1144/2015

³⁶⁹ BERROS, Valeria. “*El estatuto jurídico de la naturaleza en debate. (meulen en el mundo del derecho)*”. Revista de Derecho Ambiental N°36 Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2013.

³⁷⁰ CARMAN, María. “*Las trampas de la naturaleza. Medio ambiente y segregación en Buenos Aires*”. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires. 2011.

poseen los mencionados animales y que permite considerarlos sujetos de derechos.³⁷¹

En materia de **precedentes** escogimos el fallo de la Justicia de Mendoza donde se hace lugar a un habeas corpus a favor del chimpancé “C” a fin de liberarlo del zoológico donde se encontraba alojado y que dio origen a estas líneas.

En los fundamentos el magistrado considera que debe tener carácter de sujeto de derecho (conforme el grado evolutivo alcanzado) y que poseen por ello derechos fundamentales a vivir, a la libertad y a morir según las reglas de la naturaleza.

Expresamente dice: *“El hábeas corpus interpuesto el fin de que sea liberado y enviado a su hábitat un chimpancé que reside en el zoológico provincial es procedente, atento a que ni la regulación procesal de la Provincia de Mendoza ni ley nacional alguna contemplan específicamente una vía procesal para evaluar la situación de animales en estado de encierro en establecimientos zoológicos o de cualquier condición de encierro en contrario a las necesidades básicas y al hábitat natural del animal. [...] Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar; no se trata de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie”*

Más abajo expresaremos nuestras observaciones sobre éste tópico y en particular, sobre los argumentos esgrimidos.

³⁷¹ Esta declaración fue adoptada por La Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977, que la proclamó al año siguiente. Posteriormente, fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

III. NUESTRA POSICIÓN

En relación a la temática ambiental y a la necesidad de modificar los hábitos, costumbres, culturas y actitudes del hombre en relación al entorno creemos que existe un mar de **coincidencias básicas**. Lo mismo sucede con el rol del derecho, que deberá modificar su rol clásico para permitir la plena aplicación del paradigma ambiental que exige el abandono de las estructuras rígidas y los preceptos normativos puramente teóricos por instituciones flexibles y dinámicas que obtengan resultados concretos y prácticos rápidos y útiles.

Entendemos que la vida y el futuro de la humanidad está en juego con este tema tan delicado: el cuidado del planeta, del entorno natural y cultural y de la conservación de la biodiversidad. También estamos convencidos que los animales son seres sintientes.

Ahora bien, creemos profundamente que no es necesario *desvestir a un santo para vestir a otro*. Esto es desproteger a los hombres para proteger a los animales. Porque, como veremos, creemos que el concepto de persona, que tanta sangre y tanta lucha ha llevado a lo largo de la historia, puede verse tergiversado otorgándole un estatus similar o aproximado a los animales.

Aún cuando la mayoría de los autores que reconocen los derechos de los animales intentan explicar que no buscan igualar a seres humanos con seres no humanos, el paralelismo es inevitable, pues se tratarían de dos sujetos con derechos (aunque claramente los segundos, no con deberes) lo que nos permitiría imaginar potenciales conflictos de ponderación de derechos.

Estamos persuadidos creemos que las posiciones extremas no satisfacen adecuadamente la protección de la biodiversidad en forma adecuada, ya sea por exceso o por defecto, y entonces preferimos ubicarnos en una posición moderada, casi en el medio de ambas, que denominamos **antropologismo**.

Esta visión entiende al hombre como único sujeto de derechos y deberes, pero en otra relación respecto del ambiente. Un hombre que, coherentemente, reconoce la necesidad ineludible, imperiosa y urgente de cuidar la naturaleza, el ambiente y el planeta, sustento físico de la vida y por ende de los demás derechos.

El antropologismo implica que la naturaleza no debe ser considerada como una realidad en sí misma divina, por tanto, no queda sustraída a la acción del hombre³⁷²; entiende al mundo como un sistema, el orden natural no resulta casual o determinado sólo por el hombre, por ello que empiecen a desaparecer especies afecta a todo el medio, y debe el hombre “custodiar” la correcta interacción entre todos sus elementos, incluido él. Y esto como consecuencia le acarrea al hombre calidad de vida.³⁷³

3. 1. *Objeciones y observaciones a los argumentos expuestos respecto de la posibilidad de declarar sujetos de derecho a los animales.*

La concepción de la naturaleza y los animales, específicamente, como sujetos de derecho presenta las siguientes objeciones u observaciones:

a).- Para el derecho argentino toda especulación sobre el carácter de sujeto de derechos de los animales es de *lege ferenda*.³⁷⁴ El ordenamiento jurídico argentino no admite otro sujeto de derecho que no sean las personas humanas.

En un análisis jurídico actual del ordenamiento vigente entendemos que para considerar a la naturaleza como sujeto de derecho se requerirá modificar la concepción que se posee de lo que consideramos **persona** y con ello adecuar los tratados internacionales y la normativa constitucional e infra constitucional sobre el tema, sin adentrarnos en las consecuencias que implica dar por tierra con 400 años de luchas civiles por el reconocimiento normativo de los Derechos Humanos, que a partir del nuevo *reconocimiento* debería pasar a llamarse simplemente *Derechos*.

b).- La contemplación normativa en las Constituciones de Ecuador y Bolivia, como argumento a favor de los derechos de los ani-

³⁷² PAYÁ, Horacio. “*La relación del hombre con el ambiente*”. ED Adm. N° 11412 del 23 de diciembre de 2005

³⁷³ ROSATTI, Horacio D. “*Derecho Ambiental Constitucional*” Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2007

³⁷⁴ Ver PICASO, Sebastián. Ob. cit.

males, no puede ser considerada un aporte estrictamente jurídico, pues **no es una decisión exclusivamente en ese sentido**, sino que atiende a razones culturales, sociales y religiosas de los pueblos mencionados con fuerte raigambre indígena. Es el producto de una cosmovisión integral del hombre originario de dichas culturas.

Sobre éstas cuestiones partimos desde el mismo presupuesto: es el resultado de una cosmovisión más arraigada en cuestiones de creencias que en las ciencias jurídicas, y por ello, analizar transpolar a todo el derecho ambiental resultará una tarea titánica que requiere del recaudo ineludible de la fe. Importar dichas concepciones aisladas no se puede hacer sin que vengan acompañadas de las culturas y formas de ver e interpretar la realidad (y más allá aún) propias de los pueblos indígenas.

La poco recomendable separación entre naturaleza y seres humanos (lo que se logra efectivamente con el reconocimiento de que ambos son personas) se verifica en el caso de la Constitución Boliviana cuando enumera los derechos de las comunidades indígenas e incurre en indebidas repeticiones sobre derechos que ya son reconocidos a los habitantes. Esa repetición podría ser llevar a interpretar que no se los considera habitantes, o personas en todo el sentido de la palabra. Puede que se trate de una mala técnica legislativa pero son los riesgos innecesarios que se asumen.³⁷⁵

c).- Interpretamos de manera muy crítica a la Declaración de los Derechos de los Animales por cuanto incurre en numerosas inconsistencias o debilidades argumentativas. Por ejemplo declara que todos los animales son iguales ante la vida. Un pez, una vaca, un perro, una mosca, un león, una ameba, etc... todos son iguales y con derecho a la vida. Pero luego reconoce que pueden ser criados para ser muertos ya que se destinan a alimentación, aunque, omite los casos en que se destinan a la alimentación pero no son criados, sino que son cazados o pescados.

³⁷⁵ Ver el caso del derecho a un ambiente sano que se le reconoce a todos los habitantes en el art. ... Luego cuando en el art. ... enumera los derechos de las comunidades aborígenes menciona el derecho a un ambiente sano, como si no lo hubiera estado reconocido en otra parte de la Carta Magna.

Matar un animal, en caso de ser considerado persona, sería un delito; aún cuando sea para una de las operaciones necesarias para la vida humana como alimentarse, vestirse, cuidar su salud, etc.

En razón a la brevedad del trabajo destacamos estas incongruencias entra tantas otras, pero no podemos soslayar la norma Nro. 14 b) de dicha Declaración: “*Los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del hombre*”. Claramente he aquí un ejemplo de los peligros que puede generar este tipo de manifestaciones: igualar en protección y consideración los derechos humanos a los derechos de los animales.³⁷⁶

Igualmente hemos de rescatar dos importantes tratados suscritos por Argentina en relación al Ambiente:

La Declaración de Estocolmo en el punto 1 de su Proclama dice: “*El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse, intelectual, moral, social y espiritualmente... los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*. El punto 5 de la misma proclama dice: “*...De todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso...*”³⁷⁷

En el mismo sentido la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el Principio 1 dice: “*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*”.³⁷⁸

³⁷⁶ Creemos que no requiere mayor análisis la equiparación que pretende la Declaración de los Derechos de los Animales, pero para mayor recaudo recomendamos ver: ORDUNA, Jorge. “*Ecofascismo. Las internacionales ecologistas y las soberanías internacionales*.” 1º ed. Martínez Roca. Buenos Aires. 2008. Págs. 225/228

³⁷⁷ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano. Estocolmo, 5-16 junio de 1972. Fuente: www.medioambiente.gov.ar/

³⁷⁸ Declaración de Río de Janeiro Programa 21 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo Río de Janeiro Brasil 3-14 junio de 1992. Fuente: www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml

El hombre está legitimado para intervenir y modificar la naturaleza, solo que lo debe hacer respetando la noción de sistema del ambiente, con prudencia, haciendo uso racional y aprovechando sustentablemente los recursos. Por nuestra parte entendemos que la clave legitimatoria de las restricciones al dominio, las modificaciones axiales y jurídicas, las nuevas aperturas en el campo de la responsabilidad, acceso a la justicia, etc, encuentran un argumento más sólido en el desarrollo sustentable, en la equidad y la solidaridad intergeneracional, que en asignarles derechos a la naturaleza.

La protección al ambiente exhibe un máximo deber moral y ético de los seres humanos en relación a los demás seres, pues sus existencias constituyen el presupuesto para la vida misma en el planeta y del planeta.

d).- La postura de considerar sujetos de derechos a los animales no responde satisfactoriamente a algunas preguntas sobre como compatibilizar determinadas conductas humanas con el nuevo estatus por ejemplo y siguiendo a Picasso, lo transcribimos textualmente: *“Toda persona tiene, por definición, un poder para actuar en el ámbito jurídico, ya sea por sí misma o por medio de representantes. Dado que es evidente que los animales no pueden actuar por sí, ¿quiénes serían sus representantes? ¿Qué norma jurídica establece una representación animal? ¿Cuál sería, por añadidura, el patrimonio de los animales, rasgo común a los dos tipos de personas (físicas y jurídicas) que el derecho reconoce? Y también (cuestión nada menor): ¿cómo se concilia el supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales con el hecho de que la ley permite que sean comprados, alquilados, dados en usufructo, cazados, encerrados, devorados, utilizados para la experimentación científica, etc.”*³⁷⁸ Es evidente que poseerían un doble carácter: **sujetos y objetos**.

e).- Si la dignidad del humano es mayor y por lo tanto los Derechos Humanos se encuentran en la cúspide de la jerarquía normativa, ¿Cuáles son los derechos que se le reconocen a los sujetos no humanos? ¿Qué jerarquía normativa poseen y en qué casos por

³⁷⁹ PICASSO, Sebastián. Ob. Cit.

ejemplo poseen una valoración superior o igual a la de los humanos? ¿Serían una categoría de sujetos clase “B”? ¿Qué aporte concreto otorga entonces un reconocimiento en esas condiciones?

Reflexiona sobre el tema el jurista Edgardo I. Saux: *“Persona es un concepto jurídico, no biológico, ni zoológico ni antropológico [...] y como lo dijera Kant ya hace varios siglos, la persona es protagonista de las relaciones jurídicas, y la esencia humana es inherente a esa categoría conceptual. [...] Hay elementos naturales o materiales ... que los nuevos tiempos requieren que sean protegidos como plataforma esencial de subsistencia del cosmos, del planeta y de todas las especies que la habitan. Pero ello no los convierte en ‘sujetos de derecho’ sino en elementos que pueden ser integrativos de relaciones jurídicas.”*³⁸⁰

En el mismo sentido, y siendo su postura compartida por nosotros en un ciento por ciento, continúa el profesor santafesino diciendo: *“que en la línea de interpretación dinámica y evolutiva... existe probablemente la necesidad de pensar estatus jurídicos nuevos en relación con determinados protagonistas del mundo biológico... pero nos parece que postularlo de otra manera, personificando seres que no son personas, implica una riesgosa distorsión de elementos conceptuales básicos que hacen a la estructura misma de la ciencia jurídica.”*³⁸¹

f).- Los fallos hacen menciones a la necesidad de reconocimiento (pues no debe serles ajenos que no existe en el derecho argentino tal estatus) pero no logran más que caer en varias ambigüedades e imprecisiones que merecen al menos ser analizadas:

IV. CONCLUSIONES Y POSTURA FINAL

Como habrá de haber quedado claro no participamos de la idea de concederles carácter de persona a los demás seres no humanos.

³⁸⁰ SAUX, Edgardo I. *“Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas”* La Ley 06/04/2016 DPyF 2016 (mayo) 09/05/2016 AR/DOC/704/2016

³⁸¹ *Ibidem.*

No creemos viable, recomendable, ni necesario, pero admitimos que se podría pensar en la conveniencia de modificar las categorías existentes, más allá de “personas” y “cosas”

La restricción y modificación radical del antropocentrismo contiene un deber moral y ético con el medio que se traduce en una tutela adecuada de las otras especies. Debe ser prohibido (legal y éticamente) el uso banal o superfluo de los seres vivos por parte del hombre.

Consideramos un posible problema a futuro la ubicación de la naturaleza como sujeto de derecho, con igualdad en jerarquía pero diferente al hombre, pues parte de un supuesto necesario: están separados.

Elegimos el enfoque antropológico en razón de los peligros que podría acarrear asignarles derechos a la naturaleza, en un nivel de igualdad axiológica al ser humano. El antiguo concepto de esclavitud permitía entender a determinadas personas equivalentes a los animales (semovientes) y en consecuencia eran objetos susceptibles de apropiación³⁸². Es necesario mantener la dignidad superior de las personas, sin que ello importe desprestigiar a los demás seres y al ambiente en general.

Alejandra Petrella hace referencia al *ecologismo antropocéntrico* diciendo que éste “*respeto a la naturaleza pero a disposición del hombre para que la disfrute racionalmente, lo que implica tomar medidas que conserven el ambiente*”³⁸³. Además al tratarse de un bien colectivo no podrá *disfrutarse* si tal conducta perjudica o no permita el mismo goce o disfrute a los demás hombres e incluso a las generaciones futuras. Compartimos este criterio.

³⁸² WEISSBRODT, David. “*La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*”. Publicación de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra. 2002. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>.

³⁸³ PETRELLA, Alejandra. “*Mirada del conflicto ambiental a través de la jurisprudencia*”. en obra colectiva *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*. GARCÍA TORRES, Mariana- LOPEZ ALFONSÍN, Marcelo- MANCINI, María Teresa (Coordinadores). 1° ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2010. Pág. 217. .

Antonio Benjamin se pregunta, en caso de hablar de derechos de la naturaleza: “¿Quién o qué es titular de esos derechos?, ¿Los organismos individualmente?, ¿o las especies más allá? ¿sólo los componentes bióticos o los abióticos igualmente? ¿Cómo se relacionarían tales derechos con aquellos de que son titulares los seres humanos?”³⁸⁴. No son preguntas sin sentido, resultan de fundamental importancia y deberán ser respondidas por aquellos que le reconocen derechos a la naturaleza y se enrolan en el biocentrismo. Sebastián Picasso como vimos efectúa un test parecido y sin respuestas.

¿Por qué consideramos potenciales distorsiones al sistema jurídico? Porque las mismas son permeables a posiciones morales y éticas que terminen “cosificando” al ser humano o negándole la dignidad de personas que poseen.

Adviértase, por caso, lo expuesto por el Dr. Héctor Jorge Bibiloni: “*Por eso nuestra postura es biocéntrica, porque creemos que el centro no es el hombre, es la vida, y por lo tanto debemos proteger a la vida más que al hombre. Y entiéndase bien el concepto. No estamos diciendo que el homicidio no sea delito, sino que hay delitos más graves que el homicidio. No estamos diciendo que no merezcan protección los derechos subjetivos individuales, sino que hay derechos que merecen aún más protección que los de un sujeto determinado. Son los derechos de que gozarán otros individuos de nuestra especie, junto a los de otras especies que existen hoy, y además todos los individuos de todas las especies que están esperando su turno en la posibilidad creadora.*”³⁸⁵

Existen algunos casos, donde escondidos tras un supuesto “biocentrismo” y del “ecocentrismo”, consideran que la cuestión crítica del ambiente se debe a la superioridad del hombre y de los errores cometidos en esa concepción. Estos argumentos llevados

³⁸⁴ BENJAMIN, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?” en obra colectiva “*Obligaciones y Contratos en los Albores del siglo XXI*”. (AMEAL, Oscar J. director) Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001. (www.abeledoperrotonline2.com). Ver además MORELLO, Augusto M – CAFFERATTA Néstor A. “*La sociedad y la naturaleza como sujetos de derecho*”. ED 212-899.

³⁸⁵ BIBILONI, Héctor. “*El proceso ambiental*”. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2005. Pág. 69.

al extremo más acérrimo, permitió el surgimiento de movimientos que denominamos “ultras antiantropocéntricos” y que entienden absolutamente factible eliminar al hombre como solución a los problemas ambientales, pues si el hombre es la causa, su desaparición sería su solución.³⁸⁶

Por ello, entendemos que podría resultar más adecuado, comprender los derechos del hombre dentro de un sistema que permita la existencia de una **nueva categoría**, que no sea ni cosa ni persona. Se trataría entonces la necesidad de superar la clásica distinción entre sujeto-objeto. Lo debería hacer el derecho, en particular, el **derecho civil**.

Con este criterio se podría perfeccionar la protección de la naturaleza y sus componentes, sin caer en el extremo (arriesgado y peligroso) de igualar personas humanas y no humanas. La igualdad, además, no resultaría factible sin distinguir entre los diferentes animales, pues no todos serían personas, lo que constituye en sí mismo una contradicción.

Ello sin perjuicio de que, en rigor de verdad, y más allá de cualquier categorización, si no se cumplen las normas todo caerá en saco roto. Las herramientas para la protección real y concreta de la naturaleza no necesitan más que de la ley y su cumplimiento, pues se puede asignar, a través de ella, el mayor de los cuidados, asegurando su intangibilidad incluso, pero es necesario que se cumplan estrictamente, y eso, de nuevo **queda en manos de los humanos**.

³⁸⁶ ESCOBAR TRIANA, Jaime. “Bioética y ética ambiental”. SJA 8/11/2006 JA 2006-IV-1222. En el mismo sentido Estrada Oyuela advierte sobre los problemas que puede ocasionar el extremo de igualar al ser humano con el resto de las especies y es por ello que se inclina hacia una visión más antropocéntrica y dice: “*Este principio excluye definitivamente la población como factor de ajuste para la preservación ambiental o el desarrollo sostenible que se fundamenta en el equilibrio de tres soportes que son, respectivamente, de naturaleza económica, social y ecológica. Pretender ese equilibrio reduciendo o limitando artificialmente el crecimiento natural de la población para que los sobrevivientes puedan tener una porción mayor de los recursos económicos y se preserva la naturaleza como se ha postulado desde posiciones neomaltusianas, contradice este principio.*” (Ver ESTRADA OYUELA, Raúl A. “Comentarios sobre algunos principios de derecho ambiental”. ED Am -sin asignar- 25/07/2005 Nro. 11.306)

Resulta muy ilustrativa la frase usada por el Dr. Sebastián Picasso: *“Acaso algún día la ley declare, efectivamente, que los monos, los ciempiés o las comadreja son personas, pero mucho tememos que los destinatarios de tan augusta distinción no se conmovieran demasiado por ella. Porque al fin y al cabo, no serán esas nuevas “personas” quienes podrán expresar sus deseos y necesidades, y pelear por ellos ante un tribunal, sino que esa tarea corresponderá, obviamente, a sus “representantes” humanos. ¿Estamos tan seguros de que ellos sabrán cabalmente lo que sus representados necesitan?”*³⁸⁷

Entendemos que existe **una jerarquía entre los seres**, y en esa pirámide el ser humano posee una mayor dignidad por su naturaleza, y los demás seres –incluimos aquí a los bióticos y abióticos- poseen una dignidad inferior, aunque no por ello es prescindible. Todo lo contrario, resultan fundamentales, pero la vida del hombre no puede estar subordinada o equiparada a derechos de otros seres. En la base de la lucha por los **derechos humanos** se ratifica su primacía en tanto constituyen las condiciones mínimas y básicas para la realización de las personas en tanto tales y son titulares por su condición humana.

No significa que los demás seres sean solo contingentes, todo lo contrario, son fundamentales para la vida. Pero los derechos humanos son los que se ubican en la cima de la jerarquía normativa y debe de ser cuidada esa prevalencia. Los derechos humanos constituyen, al decir de Germán Bidart Campos, la *pauta axial del derecho constitucional contemporáneo*.

Encontramos entonces un problema ontológico a debatir: equiparar las especies *no humanas* al hombre podría derivar en “cosificarlo” y puede ser permeable a interpretaciones que cuestionen la vida humana en pos de otros valores por considerarlos iguales o superiores al hombre.

“*La realidad nos marca el camino*”³⁸⁸ decía el Dr. Mario Morello; lo que significa, que debemos afrontar la gravedad de la situación con soluciones que resulten factibles y lógicas, si continuamos

³⁸⁷ PICASSO, Sebastián. *Ob. Cit.*

³⁸⁸ MORELLO, Augusto Mario. “*La justicia, de frente a la realidad*” 1ªed. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 2002.-

esta senda la vida en el planeta corre serio riesgo. Hay que hacer las correcciones necesarias (en todos los aspectos), para dar respuestas a las nuevas exigencias sociales.

Por ello coincidimos con la propuesta que efectúa el Dr. Saux cuando entiende que **tal vez el problema no radique en el disenso sobre la naturaleza jurídica de los animales, sino por un tema de adecuada categorización**, estableciendo que determinados animales posean una categoría intermedia entre “personas” y “cosas” lo que permitiría protegerlos de la mejor manera posible, reconocerles el rol actual en la vida de los hombres y demás seres y respetarles su naturaleza de seres sintientes. El derecho ambiental puede servir de plataforma jurídica para tal transformación.

Por último queremos reivindicar la fe en la raza humana. El ser humano es el único ser con capacidad transformadora, que ha permitido el progreso de las ciencias y de la vida. Es el único ser que tiene conciencia de ese rol. Posee una dignidad de persona en tanto nace persona y no resulta esto una cuestión subjetiva o cultural. El sujeto de derecho es el hombre humano y deberá recaer sobre él todos los deberes que las normas prevean para la protección de los demás seres.

El concepto “humanidad” encierra en sí todo lo bueno que las personas podemos hacer. Por eso el gesto humanitario es un gesto caritativo y de amor. En esa actitud es que vemos viable la adecuación de las categorías como solución al problema, sin necesidad de intentar la peligrosa extensión de los derechos humanos a los animales.

BIBLIOGRAFÍA

- BENJAMIN, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?” en obra colectiva “*Obligaciones y Contratos en los Albores del siglo XXI*”. (AMEAL, Oscar J. director) Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001. (www.abeledoperrotonline2.com)
- BERROS, Valeria. “*El estatuto jurídico de la naturaleza en debate. (meulen en el mundo del derecho)*”. Revista de Derecho Ambiental N°36 Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2013.

- BIBILONI, Héctor. “*El proceso ambiental*”. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2005. Pág. 69.
- CARMAN, María. “*Las trampas de la naturaleza. Medio ambiente y segregación en Buenos Aires*”. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires. 2011.
- ESCOBAR TRIANA, Jaime. “*Bioética y ética ambiental*”. JA 2006-IV-1222
- ESTRADA OYUELA, Raúl A. “*Comentarios sobre algunos principios de derecho ambiental*”. ED Am -sin asignar- 25/07/2005 Nro. 11.306
- IBAÑEZ TALEGÓN, Miguel - CAPÓ MARTÍN, Miguel. “*Derecho Animal frente al Derecho Subjetivo Humano*” Rev. Bienestar Animal. Universidad Complutense de Madrid. 2011. Pág. 44-48
- IVANOVIC BARBEITO, Mireya. “*Bioética animal. Un decálogo animalista*”. Revista de bioética y derecho N°22. Barcelona. Mayo 2011. Pág. 56-66
- MERLINO, Rodolfo – RABEY, Mario. “*Resistencia y hegemonía: cultos locales y religión centralizada en los Andes del Sur*” Sociedad y Religión 10-11. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL - CONICET). Buenos Aires. 1993. Pág. 118.
- MORELLO, Augusto M – CAFFERATTA Néstor A. “*La sociedad y la naturaleza como sujetos de derecho*”. ED 212-899.
- MORELLO, Augusto Mario. “*La justicia, de frente a la realidad*” 1ªed. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 2002.-
- ORDUNA, Jorge. “*Ecofascismo. Las internacionales ecologistas y las soberanías internacionales.*” 1º ed. Martinez Roca. Buenos Aires. 2008. Págs. 225/228
- PAYÁ, Horacio. “*La relación del hombre con el ambiente*”. ED Adm. N° 11412 del 23 de diciembre de 2005
- PETRELLA, Alejandra. “*Mirada del conflicto ambiental a través de la jurisprudencia*”. en obra colectiva *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*. GARCÍA TORRES, Mariana- LOPEZ ALFONSÍN, Marcelo- MANCINI, María Teresa (Coordinadores). 1º ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2010. Pág. 217.
- PICASSO, Sebastián. “*Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeción de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda*”. La Ley 16/04/2015. La Ley 2015-B, 915 AR/DOC/1144/2015

- REGAN, Tom. *"The case for animals rights"*. University of California Press. Reason Paper N°10. Spring. 1985. Págs.. 113-124
- ROSATTI, Horacio D. *"Derecho Ambiental Constitucional"* Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2007
- SAUX, Edgardo I. *"Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas"* La Ley 06/04/2016 DPyF 2016 (mayo) 09/05/2016 AR/DOC/704/2016
- SINGER, Peter. *"Liberación Animal"*. (Título original: Animal liberation) Trad. ANDA – Cecilia Monloio. 3° ed. Trotta. Madrid. 1999.
- VALENCIA PARISACA, Narciso. *"La pachamama: revelación del Dios Creador"*. Colección Iglesias, pueblos y culturas. N°52-53. Ed. Abya-Yala. Quito. 1999.
- WEISSBRODT, David. *"La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas"*. Publicación de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra. 2002. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *"La Pachamama y el humano"*. Ed. Colihue. Buenos Aires. 2012. Pág. 28-36

**Los centros de zoonosis en la salud pública de la República Argentina
y la necesidad de la función como hospitales públicos**

NANCY CLAUDIA HERRERA (ARGENTINA)

ZOONOSIS. DEFINICIÓN Y ASPECTOS

En primer lugar, definiremos zoonosis. Zoonosis son enfermedades de animales que son transmitidas al hombre por contagio directo con el animal enfermo, ya sea por fluidos corporales, o mediante la presencia de algún intermediario, como ser el mosquito u otros insectos.

Asimismo, las zoonosis pueden ser causadas por consumo de alimentos de origen animal no controlado, frutas o verduras mal lavadas, y también por diferentes agentes, como parásitos, virus o bacterias.

Por ello, se debe tener en cuenta que el control de zoonosis es para la el cuidado de la salud pública.

Los CENTROS DE ZOONOSIS asisten al ciudadano mediante la atención clínica de mascotas.

PREVENCIÓN DE LAS ENFERMEDADES. NECESIDAD DE MAYOR ATENCIÓN VETERINARIA PÚBLICA Y GRATUITA.

La acción de mayor importancia sobre la que deben trabajar las autoridades es la ACCIÓN PREVENTIVA.

Debo destacar que para cuidar la salud pública es necesario tener en cuenta el cuidado de la salud de los animales, ya que estos son los que transmiten las enfermedades a los humanos.

De ahí la importancia de que los centros de zoonosis se especialicen en su atención clínica de mascotas conformando HOSPITALES PÚBLICOS VETERINARIOS y no como hasta ahora centros de zoonosis con cumplimiento de funciones totalmente limitadas.

Sin importar la índole de las limitaciones, es necesario tomar acciones para que LA SALUD PÚBLICA sea debidamente protegida.

Por ende, es necesario trabajar exhaustivamente sobre la SALUD DE LOS ANIMALES.

Es decir que los centros de zoonosis fueron creados para el cuidado de la salud pública mediante la “prevención” y el trata-

miento de enfermedades que se transmiten a las personas por medio de animales.

Por ello, el deficitario funcionamiento de estos centros no cumple con el rol debido de evitar la propagación de enfermedades.

Cada centro de zoonosis debe contar con los recursos humanos y materiales para diagnosticar y prevenir la aparición de enfermedades animales de transmisión al hombre, CON EL PROYECTO DE CREAR HOSPITALES PÚBLICOS VETERINARIOS, CON ATENCIÓN 24HS. Gratuita y especializada, se estaría cubriendo la mayor parte de la PREVENCIÓN necesaria para el cumplimiento del objetivo de las leyes que tratan el tema.

Asimismo, los actuales centros de zoonosis no cumplen con la debida atención a los ciudadanos.

Por otro lado, el ciudadano hoy no cuenta con la debida información y/o acceso a la información que se debería brindar sobre las acciones y decisiones a llevar a cabo día a día en cada de centro de zoonosis.

DEFICIENCIA DE LOS CENTROS DE ZONOSIS

Actualmente encontramos en la provincia de buenos aires, como para dar ejemplos, algunos centros que trabajan mejor que otros, pero en verdad, dicho trabajo depende mucho de la voluntad de los responsables de esos centros y de la existencia de ayudantes voluntarios, sobre todo para el tema de adopción de animales.

Puntos de trabajo:

Campañas de vacunación, diagnóstico y prevención.

Tiene, además, que disponer de la capacidad operativa para reducir el número de animales callejeros, encarando activas campañas de esterilización quirúrgica, contando con la colaboración de los veterinarios privados radicados en el partido, pero sin perder jamás de vista su razón de ser primordial.

Actualmente, los centros de zoonosis en la Argentina son - en su mayoría - un campo de concentración, donde la salud y el sufrimiento animal no son respetados.

A los Centros ingresan aquellos animales denunciados por los vecinos cuyo comportamiento agresivo configura un peligro para la sociedad.

Si bien hoy existe la ley no eutanásica que dispone que no puedan ser eliminados o aniquilados en modo alguno existen constantes denuncias efectuadas por las agrupaciones protectoras de animales, por carecer de la infraestructura necesaria y poseer precarias condiciones higiénicas y un muy reducido espacio, el cual les impide movilizarse dentro de las jaulas, así como denuncias de desapariciones misteriosas de animales sin existir constancia alguna de haber sido retirado o adoptados.

Distintos métodos de tortura llevados a cabo en estos centros:

1. Los animales son enlazados y enjaulados en verdaderos “mini centros de tortura”, donde no tienen capacidad de movimientos, a oscuras y sin ventilación ocasionándoles trastornos de conducta incompatibles con la tendencia mundial del “bienestar animal” y contrario a nuestra legislación.
2. Los animales quedan ahorcados con las sogas con las que son enlazados hasta el día de su retiro o de su muerte.
3. Los animales defecan y miccionan adentro de la jaula sobre su propio cuerpo.
4. Los animales son manguereados ya que es el único sistema que los jauleros conocen para supuestamente limpiar las jaulas.
5. Los animales quedan con los cuerpos mojados, lacerados por la orina, la diarrea y los granos de alimento balanceado que pululan en las jaulas
6. Los animales no reciben alimentación suficiente ni agua.

7. Hay jaulas que tienen perros junto a jaulas que tienen gatos. Esto les ocasiona severos problemas de estrés.

8. Contraen todo tipo de enfermedades y simplemente, esperan su muerte.

Esto es lo que hace el Estado provincial con los animales violando sistemáticamente la Ley provincial 13.879 y la Ley de Protección animal.

DEBER DEL ESTADO: DE CONCIENTIZACIÓN Y EDUCACIÓN AL CIUDADANO. DETECCIÓN TEMPRANA DE ENFERMEDADES. DEBER DE ATENCIÓN, PREVENCIÓN, TRATAMIENTO Y ERRADICACIÓN DE ENFERMEDADES.

Desde ya que un punto importante que debemos trabajar es el de CONCIENTIZACIÓN Y EDUCACIÓN AL CIUDADANO, desde la necesidad mínima para tener una mascota como la información necesaria para la prevención y tratamiento de enfermedades zoonóticas.

LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN AL CIUDADANO DE ACCIONES PREVENTIVAS Y DE CUIDADO son fundamentales.

Ya sea vacunación, desparasitado, control de la higiene, etc.

Esta concientización y educación al ciudadano colaboraría en la detección temprana de enfermedades comunes y no comunes que hoy en día desconoce la mayoría de los tenedores de animales, principalmente los domésticos.

El debido cumplimiento de PREVENCIÓN DE LAS ENFERMEDADES es el rol de mayor importancia que debemos tener en cuenta para el cumplimiento del objetivo para el cual fue creado cada centro de zoonosis, y la necesidad de la creación de HOSPITALES PÚBLICOS VETERINARIOS es de evidente y notoria, ya que solo en Capital Federal y algunos partidos de la Pcia. de Bs, Aires se han concientizado y creado estos hospitales veterinarios.

Asimismo, es necesario el funcionamiento de hospitales veterinarios públicos las 24hs. Para que cualquier ciudadano pueda acceder en cualquier momento a la atención clínica hospitalaria.

Hoy contamos con horarios reducidos de atención en los Centros de Zoonosis y con la existencia de HOSPITALES PÚBLICOS VETERINARIOS se cubriría la atención los 365 días del año las 24 hs.

HOSPITAL PÚBLICO VETERINARIO. PROYECTOS

Actualmente se encuentra en estudio el proyecto realizado por un colega el cual contiene los siguientes factores a tener en cuenta, a saber:

Centro de Atención Veterinaria pública y gratuita

El Hospital Público Veterinario podrá crearse utilizando la sede física en los inmuebles donde se encuentran la zoonosis. Deberá brindar atención veterinaria gratuita de alta complejidad y contar con una guardia permanente las 24 horas y todos los días del año. La esterilización quirúrgica de animales deberá realizarse en forma permanente, con un mínimo de esterilizaciones del 10% anual del total de animales en los departamentos o áreas correspondientes.

Centros Móviles de Atención Veterinaria

Atenderán de manera ambulatoria animales que necesiten tratamientos. En los cuales se brindarán servicios de vacunación antirrábica, esterilización y desparasitación, tratamientos antisárnicos entre otros.

Este servicio móvil contará con un laboratorio básico para análisis de urgencias y detección de anomalías. Los casos graves serán derivados a la sede física del hospital veterinario público.

Campaña de Firmas en apoyo a la creación del Hospital Público Veterinario

La consideración moral de los animales y el reconocimiento de ciertos derechos como por ejemplo la salud, la erradicación del dolor y el respeto a su propia naturaleza, está cada vez más admitida y aceptada por la sociedad. Una campaña de firmas de los habitantes podrá apoyar este legítimo reclamo ante las autoridades correspondientes.

Campaña de Control Demográfico Animal

Que estará destinada a la esterilización de animales domésticos o callejeros

Campaña de adopción responsable

Con previa vacunación, tratamiento contra parásitos y esterilización quirúrgica. Se busca lograr que cada animal abandonado tenga un hogar.

Cementerio y crematorio municipal

Un grave problema actual es la muerte de algún animal y qué hacer con su cuerpo. No hay cementerios públicos y los crematorios tienen elevados precios, por lo que muchas veces se dejan los cuerpos en la basura. Teniendo en cuenta que gran cantidad de personas viven hoy en departamentos sin posibilidad de enterrar a sus animales sería de gran apoyo a estas familias poder darle dignidad a los restos de aquellos que han compartido muchos años en familia.

Campaña de concientización contra el maltrato animal

Se planificará y desarrollará campañas de educación y concientización contra el maltrato animal en las escuelas e instituciones pú-

blicas y también campañas a través de medios gráficos, radiales y televisivos para poder informar, concientizar y educar a toda la población al respecto.

Erradicación de la Tracción a Sangre en el Municipio

Se entiende que es una obligación ineludible del Estado, en pos de la evolución de la sociedad, promover acciones tendientes a erradicar, en forma paulatina pero sostenida en el tiempo, la “tracción a sangre”.

La construcción del sujeto de derecho no humano: conceptos, imaginarios, abordajes

EDUARDO R. OLIVERO (ARGENTINA)

³⁸⁹ Abogado (UBA, orientado en derecho penal y derecho público. diploma de honor). Funcionario del Poder Judicial de Tierra del Fuego A. e I.A.S. (Juzgado Laboral, Ushuaia, Prosecretaría Contencioso Administrativa). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Belgrano). Posgrado en Derecho Constitucional Práctico (UBA). Diplomatura en Derecho Público (Universidad Austral). Docente-Investigador (UNTDF, en materias del Instituto Desarrollo Económico e Innovación y del Instituto Cultura, Sociedad y Estado; director del Proyecto de Investigación en Energías Renovables). Autor de libros y ensayos y participe en Tratados. Conferencista en temas de Derecho Público. Ex Secretario Legal y Técnico (Prov. TDF). Ex docente UBA XXI. Ex profesor invitado en la Especialización en Derecho Constitucional (UNLP). Ha ejercido la profesión liberal con especialización en el Litigio Estratégico (Prov. TDF). Miembro de la AAJC.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre “lo” humano, con su entorno, con otros seres vivos, con lo “natural”, como nos vemos, pensamos -y actuamos- respecto de “nosotros” y el “mundo” y como relacionamos (y nos relacionamos con) todo ello, conlleva visualizar a la Sociedad, la Cultura, al Ambiente, al Derecho y a los derechos -y sus categorías- cual ámbitos interrelacionados, cuyo abordaje (en el vertiginoso y cambiante mundo actual) compromete una necesaria reflexión crítica. Ello nos exige reconocer la complejidad (sistema abierto³⁹⁰)

³⁹⁰ En términos de E. Morin “Epistemología de la complejidad”, en Fried Schnitman, D. (comp.) *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México, 1994. Entre otras ideas: hay complejidad dondequiera se produzcan enmarañamiento de acciones, de interacciones, de retroacciones. Hay también otra complejidad que proviene de la existencia de fenómenos aleatorios, que agregan incertidumbre. Nada está realmente aislado en el Universo y todo está en relación. Nuestro pensamiento habitual es disyuntivo y reductor. El conocimiento es una traducción y una reconstrucción. Las nuevas disciplinas sugieren que habría que reemplazar la idea de objeto, que es cerrada, monótona, uniforme, por la noción de sistema. El sistema mismo puede ser considerado como parte de un polisistema y como rodeado por un ecosistema, ofreciéndonos así la posibilidad de reconsiderarlo en su entorno. Lo que nos circunda está inscripto en nosotros (no sólo la parte está en el todo, sino que el todo está en la parte). ...“*Castoriadis dice...El hombre es ese animal loco cuya locura ha inventado la razón... El hecho es que no se puede establecer una frontera entre lo que es sensatez y lo que es loco...En ese hombre que es sapiens y demens hay una mezcla inextricable, un pensamiento doble: un pensamiento que yo llamaría racional, empírico, técnico, que existe desde la prehistoria y es anterior a la humanidad (puesto que los animales ejecutan actos empíricos, racionales y técnicos), pero que, evidentemente, el hombre ha desarrollado. También tenemos un pensamiento simbólico, mitológico, mágico...El problema de la ecología, que parecía una cuestión totalmente exterior, se ha convertido en un problema político desde que comprendimos que la degradación que ocasionamos en la biosfera presenta consecuencias sociales y políticas...Es absolutamente necesario elaborar un pensamiento complejo capaz de comprender que la política se ha vuelto multidimensional.Y esto ocurre justamente, cuando más y más nos adentramos en la era planetaria; es decir, en el momento en que se producen innumerables interconexiones entre los diferentes segmentos del planeta...”.*

y la interdisciplinariedad³⁹¹ inherente al cuadro en examen, que bajo tales premisas se extiende al estudio y a la praxis del derecho. Con ello en mente, abordaremos la problemática de la *construcción del sujeto de derecho no humano*, cuyos conceptos, imaginarios, abordajes y propuestas poseen intrincadas aristas epistemológicas, teóricas, prácticas y operacionales. En primer lugar, delimitaremos un marco conceptual para “pensar” y “hacer” sobre la problemática del derecho animal, ambiental y su relación con “lo humano” (pilar 1: que revela la complejidad del abordaje de las dimensiones sociales, antropológicas, ambientales, naturales y jurídicas en juego). Seguidamente vamos a intentar extraer algunos aportes críticos a la luz del *imaginario de la sustentabilidad ambiental* (pilar n°2) como paradigma rector, cuyas propiedades pretendemos luego buscar armonizar y correlacionar con los parámetros interpretativos y protectorios concordantes, que según lo entendemos fluyen también del *marco de la Constitución Nacional* (CN, arts. 41, 43, 75 inc. 22 y ctes –pilar n°3-).

Intentamos poner de resalto la importancia de poder “pensar” y “hacer” de otro modo en estas temáticas (desarrollo del derecho animal y del ambiente), incorporando ciertas problematizaciones y formas críticas de abordaje y correlacionando todo ello -a su vez- con los enriquecimientos textuales constitucionales y con los aportes del imaginario social y colectivo.

El recorrido por los tres pilares indicados (cap. II) intenta pues conformar un *iter reflexivo y crítico*, propiciando la *incorporación y articulación –fluida, razonable- de saberes, tópicos y dimensiones*

³⁹¹ Conforme García, R. “Interdisciplinariedad y sistemas complejos”, en: Leff, E. (comp.), *Ciencias sociales y formación ambiental*, Ed. Gedisa, UNAM: Barcelona, 1994, pp.85-124: “...cuando se trata de un sistema ambiental complejo, no basta con visualizar desde cada disciplina los problemas allí involucrados para luego “poner juntos” los resultados de los respectivos análisis. Un sistema complejo funciona como una totalidad. Los procesos que allí tienen lugar están determinados por la interacción de elementos o subsistemas que pertenecen a dominios disciplinarios diversos y cuya contribución a cada proceso no es enteramente separable de las otras contribuciones. Esta consideración adquiere fundamental importancia cuando se estudia la evolución del sistema como tal, por cuanto la dinámica de la totalidad no es deducible de la dinámica de los elementos considerados aisladamente...”.

entrecruzadas que a nuestro modo de ver no escapan al derecho vigente, ya que incluyen y dicen relación con componentes de la dimensión sustancial de nuestro Estado Constitucional. El intento de problematizar estos asuntos y de obrar –idealmente- con humilde y fecunda amplitud hacia variadas dimensiones, perspectivas y tensiones en análisis: ¿nos puede llevar a traducir la problemática abordada en un *enfoque y lógica coherente de derechos humanos y no humanos?*; *¿Existen fuentes y razones constitucionales que avalan dicha mirada, junto a la consecuente tutela de sujetos de derechos no humanos?* Y en un plano relacionado: ¿qué rol juegan los presupuestos previstos por el art. 41, 43 y cctes de la CN?

Desde el camino señalado (cuyas conclusiones obran en el cap. III) vamos a sostener que las respuestas positivas a tales interrogantes son viables (en función de los conceptos, imaginarios y abordajes implicados) y que efectivamente nos permiten construir, representar y tutelar –fundadamente- sujetos de derecho no humanos en este ámbito problemático, tarea que recibe adecuado y fecundo encauzamiento y potenciación cuando todo ello se vincula al desarrollo, a la calidad de vida y a la sustentabilidad ambiental.

La propuesta de integración -crítica- de conceptos, imaginarios y derechos vinculados (cuadro armónico) adquiere adecuado sustento, como se verá, desde el marco de la propia CN: reflejando un plexo de valores, principios y derechos que integran un esquema ambiental integral, sano, equilibrado, que resguarda el futuro –en sentido intergeneracional- y sostiene una convivencia armónica entre derechos de personas humanas y de sujetos no humanos.

II. DESARROLLO

II.1) Pensar y hacer sobre lo natural, lo animal, lo humano: la innegable personalidad de la persona humana ... ¿y más allá hay sujetos de derecho?

Hemos dicho que se nos impone proceder desde una reflexión crítica. En dicho espíritu tenemos presente como puntos de

partida (ideas fuerza y cual formas de “encauzamiento” del “pensar” y del “hacer” sobre lo natural, lo animal, lo humano) los siguientes componentes:

i) El conocimiento como emergente de prácticas sociales: horizontes y complejidades del derecho animal y ambiental

Corresponde fundamentar y encuadrar el conocimiento y nuestras posiciones sin dejar de tener presente que ello -en rigor- trata de una construcción y un emergente de prácticas sociales³⁹², contextual, cultural e históricamente situadas, no neutrales y con racionalidad limitada (que, además, para mayor complejidad, vinculan el “pensar” y el “hacer” y son fruto de ellas). En estos tópicos cabe rememorar a Castoriadis³⁹³, sabiendo que la forma en que concebimos las cosas (representaciones) está íntimamente ligada a la forma en la que actuamos sobre ellas (prácticas)³⁹⁴.

³⁹² Por supuesto no necesariamente armoniosas y sobre todo lo cual no tenemos plena conciencia: S. Murillo, *Prácticas Científicas y Procesos Sociales*, Biblos, Buenos Aires, 2012, pág. 11 y ss. Para las consideraciones de este punto agradezco los aportes de los colegas (de otras disciplinas) con quienes integramos la materia “Introducción al Estudio de la Sociedad, la Cultura y el Ambiente” de la UNTDF.

³⁹³ C. Castoriadis *La institución imaginaria de la sociedad...* en Esther Díaz -ed.- *La ciencia y el imaginario social*, Biblos, Bs. As., 1996, cap. I. En otra obra, la misma autora sostiene: “*El conocimiento es una manera de relacionarse con la realidad, un modo de interpretarla, de dar cuenta de ella*” (en *Metodología de las Ciencias Sociales*, Biblos, Bs. As., 2010, pág. 13). Sin olvidar aquí que la racionalidad del conocimiento hunde sus raíces en luchas de poder (Michel Foucault, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992) y en factores que también influyen en cambios de paradigmas (en términos de Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013).

³⁹⁴ En buena síntesis: “*el humano siempre tuvo una actitud ambivalente frente al animal, dado que en buena medida se quiso conocer diferenciándose de éste e identificándose con Dios. Es interesante observar que, pese al presupuesto de que los animales son inferiores, les atribuyó virtudes y defectos humanos... son valoraciones humanas conforme a las que jerarquizó a los animales...lo que permanece vigente para injuriar o exaltar a otro ser humano...Desde la tradición griega hasta el presente se cruzan dos posiciones: o bien los humanos somos unos convidados más a*

Las formas en la que los seres humanos pensamos nuestra realidad y nos vinculamos (y hacemos, ¡actuamos) sea con nuestros semejantes y con las cosas o con otros seres que nos rodean no son “naturales”! ni responden a un único modelo de sociedad!³⁹⁵: están íntimamente ligadas a cómo las concebimos, según nuestro entramado social fundante. Nuestras formas de interpretar, de clasificar, de conocer y de hacer están pues necesariamente ligadas a nuestras (dinámicas) acciones, prácticas, intereses, valores y aspiraciones.

Asimismo, de modo interrelacionado, no solo no “reflejamos” la realidad (siendo el conocimiento y la ciencia un discurso –entre otros posibles- acerca de la realidad y una forma de ordenar nuestro mundo –natural y social / cultural-, para explicarlo y comprenderlo dentro de una red que posee connotaciones performativas³⁹⁶ y con múltiples intereses e ideologías relacionadas), sino que las formas de pensar el mundo y de actuar en él –prácticas- no son fijas ni a lo largo ni en un mismo tiempo.

participar de la naturaleza o ésta se creó para nuestro hábitat y, por ende, disponemos del derecho sobre ella...La disputa salta de la antropología filosófica a la ética y de ésta al derecho, con consecuencias diferentes en cada época...”, exponiendo desarrollos y efectos con implicancias en torno a la ciencia, el capitalismo, el colonialismo y el genocidio, E. Zaffaroni, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia” en Bolivia. Nueva constitución política del Estado, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2010, pág. 109/111.

³⁹⁵ Ver: J. V. Marqués, *No es Natural. Para una Sociología de la Vida Cotidiana*, Anagrama, Barcelona, 1982, cap. I.

³⁹⁶ Un movimiento del pensamiento que asume la singularidad como fuente primordial de multiplicidades y de diálogos entre lo heterogéneo, lo colectivo y lo diverso, al decir de Rodríguez Cuberos, Edgar Giovanni “Ciencia social performativa: alcances de una alternativa metodológica” en *Nómadas*, núm. 29, Univ. Central, Bogotá, Colombia, octubre, 2008, pág. 142-155: “...la actividad investigativa es la capa de la experiencia humana que conecta de forma concreta los saberes con lo cotidiano, con la presunción de interpretar el mundo como una sucesión de hechos en los que no existe una separación entre lo interno y lo externo, sino que complementa la percepción y amplía los horizontes desde los cuales nuevos mundos pueden ser vividos...”.

Si a todo ello agregamos que no dejamos de aplicar codificaciones culturales a las categorías y diferenciaciones (sea a las humanas³⁹⁷ y con mayor razón también a las cuestiones catalogadas como no humanas), aun cuando se trata de aquellas que afirmamos como “naturales”, comenzamos a advertir la mentada complejidad e interdisciplinariedad inherente a los horizontes de comprensión y a los alcances del derecho animal y del derecho ambiental interrelacionado, con sus implicancias críticas en todo lo relativo la construcción de los sujetos de derecho no humanos: ¿quiénes, con qué contenidos, bajo qué límites, etc.?; ¿en qué se diferencia esta mirada de la construcción de la personalidad humana?

No pretendemos poder dar respuesta a estos interrogantes, pero sí señalar que las divisiones y las clasificaciones importan actos culturales, a todo evento decisiones arbitrariamente impuestas sobre esquemas naturales: pero hasta donde creemos –de modo injustificado y pretendidamente autosuficiente- que tenemos fundamentos biológicos determinantes que validen las apreciaciones defendidas es algo que también impacta de algún modo en materia de las distinciones que quedan involucradas en este ensayo. Sostiene Marks, por ejemplo, que: *“...los chimpancés, los gorilas y los hombres se separaron hace unos 7 millones de años, por lo que los tres tienen la misma edad. La diversidad genética de la especie humana es sorprendentemente débil. Las distinciones entre los grupos humanos se establecen en gran medida más sobre la base de la diversidad cultural que sobre la diversidad*

³⁹⁷ En términos de J. Marks, “La raza, teoría popular de la herencia”, en *Mundo Científico* N° 185, pp. 1045-1051, quien enseña que el género humano presenta naturalmente variaciones graduales y nosotros lo dividimos en razas. Sostiene que, en los hombres, las diferencias biológicas son completadas y exageradas por las diferencias lingüísticas, comportamentales, vestimentarias y demás componentes del flujo histórico acumulativo que llamamos “cultura”. Que las categorías de la invención humana (convención - arbitrariedad) son mucho más importantes para nuestra vida cotidiana que los gradientes naturales presentes en el género humano. En suma, nos es mucho más fácil ver las diferencias (¿y cómo sabemos, además, si tienen fundamentos biológicos?) que los gradientes. Bien señala el autor citado que los signos distintivos intergrupales, las animosidades, las luchas a muerte tienen su origen en diferencias económicas, políticas, sociales y culturales, no así en la diferencia biológica.

genética”: ¿cómo se extiende e impacta esta forma de proceder, de catalogar –de índole cultural y social- en materia de los derechos que queremos –o no- atribuir a sujetos humanos o no humanos?; ¿Acaso la personalidad no es también es un dato cultural y social?; ¿hay lugar para una concepción armónica y hasta estratégicamente interrelacionada entre derechos de sujetos humanos y no humanos?

Numerosos filtros cambiantes –culturales, psicológicos, biólogos, economicistas, tecnológicos, etc.- pueden determinar nuestros sesgos y limitaciones en estas materias, lo cual –reitero- cabe conmovier y despejar críticamente, tal como ha ocurrido –por ej.- con las jerarquizaciones racistas (que, como lo vimos, no responden a entidades biológicas).

En suma: partimos de considerar que la experiencia humana (incluyendo sus interrelaciones con otros seres vivos) es vasta, compleja, dinámica, heterogénea y diversa y este esquema debe guiar nuestro análisis cuando intentamos construir aportes, explicar, clasificar, interpretar, relacionarnos y actuar con y sobre cosas, situaciones y realidades (naturales y sociales): por supuesto siempre con consecuencias, trasfondos, intereses y responsabilidades implicadas. De este punto de vista: ¿qué dato “natural” nos impide pensar –viendo al Derecho incluso como respuesta a las problemáticas presentes y futuras- una (más) justa relación entre lo humano, lo animal, el ambiente bajo otros paradigmas (por ej. el de una convivencia armónica, el de la sustentabilidad ambiental, etc.), donde podamos conceputar nuevos sujetos de derecho, previendo entonces las garantías pertinentes³⁹⁸ cuando sus derechos resultan violados?

¿Podemos hoy día *pensar y hacer –fundar- de este modo*, partiendo desde nuestra propia CN y/o desde los componentes del bloque de constitucionalidad?; ¿Es un dato limitativo la reafirmación de la dignidad y la personalidad humana como fundamento de los derechos, reflejadas en todo el derecho

³⁹⁸ Como el caso del Hábeas Corpus, por ejemplo. En esta línea: F. J. Rodríguez Peñaguirre, *Los derechos fundamentales de los seres vivos y el ambiente*, Centro Universitario, Queretaro, 2015. Cabe destacar que en la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia -2012- se concluyó que los animales no humanos tienen conciencia (aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/.../Material-Curso-de-Derecho-animal.doc).

internacional relevante de posguerra -1945 en adelante- y en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo?

Como lo sostienen algunos autores, cabe considerar además que la ciencia podría estar interpelando a la doctrina jurídica a fundar una nueva categoría de sujetos de derecho que presuponga su debida protección legal³⁹⁹. Se postula que existen fundamentos científicos atendibles⁴⁰⁰ para que a ciertos seres vivos no humanos –por ej. el caso de los primates, por sus capacidades cognitivas y emocionales, sus sentimientos y habilidades, entre otros atributos- se los deje de considerar como “cosas” (o limitados a la protección contra el maltrato) y se les garanticen ciertos derechos básicos (a la vida, a la libertad, a la integridad psico-física, etc).

Por ende, sobre tales bases: ¿qué justifica la creencia y categorización de que somos los únicos seres capaces de recibir justicia y pretender la protección del derecho?; Esta claro que los seres no humanos pueden vivir sin el derecho y que carecen de los atributos para participar del mismo, como también que es el humano en quien se piensa cuando se vinculan al sujeto de derecho, la dignidad, la persona y el desarrollo de la personalidad, pero: ¿por qué esta visión importaría negarles a aquellos seres

³⁹⁹ “...uno de los primeros estandartes de la bioética, ha brindado un conjunto de quince atributos que podrían ser utilizados para definir la personalidad humana: inteligencia mínima, autoconciencia, autocontrol, sentido del tiempo, sentido del futuro, sentido del pasado, capacidad para relacionarse con otros, preocupación y cuidado por los otros, comunicación, control de la existencia, curiosidad, cambio y capacidad para el cambio, equilibrio de razón y sentimientos, idiosincrasia y actividad del neocórtex. Los grandes simios, como por ejemplo la orangutana Sandra del fallo comentado, compartirían con los seres humanos la totalidad de estos atributos. Lo que cambia es el grado en que los simios participan de los mismos...Aparentemente, estas cualidades tampoco se agotarían con los grandes simios. El caso paradigmático par excelencia de autoconsciencia e inteligencia es el de los delfines...En lo respectivo a los elefantes, cuantiosos son los estudios y las experiencias que dan cuenta de su inmensa inteligencia...” (D’Onofrio, Héctor Facundo, *Personas no humanas y sujetos no humanos: nuevas categorías filosófico-jurídicas*, en DFyP 2015 marzo, 09/03/2015, 211, AR/DOC/592/2015).

⁴⁰⁰ Ver las distintas posiciones (D. Sabsay, P. Buompadre y otros) que así lo ponen de resalto, obrantes en La Ley, Derecho Ambiental, 29/4/15.

sintientes esos derechos básicos acordes a su existencia e identidad⁴⁰¹?

En el mismo orden de ideas: ¿No hay acaso un camino alternativo posible basado en interpretaciones dinámicas y armónicas por parte de los protagonistas del derecho?; ¿Acaso no compartimos el mundo, con derecho a la vida, a existir, a desarrollarnos según nuestra identidad –con respeto por cada especie-?; ¿No hay una realidad propia –desconocida, no tutelada, explotada- de los seres sintientes y vivientes y de la naturaleza que requiere nuevas categorías de análisis y compromisos tanto de las ciencias jurídicas y sociales como de los actores, las personas y autoridades públicas involucradas? Las etapas textuales y el propio enriquecimiento del constitucionalismo así lo vienen poniendo de manifiesto, como luego lo veremos.

De ser así, como lo creemos, cabe pues hoy día contribuir a pensar y a hacer mejor en torno a estas cuestiones⁴⁰². Como lo expone Buompadre⁴⁰³, el reconocimiento de la legitimación por representantes humanos de los animales y de la naturaleza –o el ambiente- en la justa defensa de sus derechos⁴⁰⁴ ha devenido pues un cambio paradigmático central en materia de los lineamientos típicos del derecho tradicional, constituyéndose en el paso lógico a seguir en materia de extensión del reconocimiento de los derechos (tal como previamente ha ocurrido con diversas minorías, que hoy gozan de la tutela judicial efectiva).

⁴⁰¹ En el proceso y las luchas que llevaron al reconocimiento de derechos a seres humanos tratados previamente como cosas, tuvo lugar un necesario cambio de concepciones imperantes, conformaciones de nuevas tablas de valores, luchas sociales y políticas. Sin desmerecer toda esta construcción afirmativa de la dignidad de todos los seres humanos (1948 D.U.D.H. en adelante) ello no necesariamente conlleva la consecuencia de negar derechos a sujetos no humanos (lo también depende de nuestras concepciones y valores y además cabe aplicar, como luego lo veremos, una visión alternativa y armonizadora que no ponga en riesgo ninguna función protectoria ni el fundamento dado a los derechos humanos).

⁴⁰² Cuestión que ya ha tenido diversas recepciones legislativas: ver el artículo de Arribas en la obra citada en la nota anterior, pág. 4.

⁴⁰³ Ídem, pág. 3.

⁴⁰⁴ Codificados por ej. en la Declaración Universal de los Derechos de los Animales (UNESCO, ONU).

Si hablamos de fines, valores y bienes sustanciales a tutelar – incluso obligadamente: por su reconocimiento positivo en calidad de categorías de incidencia colectiva, como luego lo veremos- dispuestos con fuerza normativa en el marco del Estado Constitucional, los aportes de las ciencias jurídicas y sociales han de potenciar pues las garantías tendientes a subsanar las antinomias y lagunas existentes: no pudiéndose restringir expectativas e intereses que han sido “puestos” por el ordenamiento, que como sabemos incluye en primer lugar al nivel constitucional⁴⁰⁵.

Fruto de lo hasta aquí expuesto, según lo coligo y como tesis principal a defender, no hay opción para desmerecer, ni para cosificar personas humanas o personas / sujetos no humanos⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ En términos de L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 106/107.

⁴⁰⁶ Señalando una suerte de relativización del antropocentrismo, Saux pone de resalto: “...el avance del denominado “biocentrismo” o “geocentrismo”, que propone una mirada en la cual sin llegar al extremo de personalizar al planeta o a la naturaleza o sus elementos, sí se reclama la atención sobre la necesidad de dejar de ubicar a la naturaleza y sus elementos (entre ellos, obviamente, los animales) como meras “cosas” (entendidas tradicionalmente como objetos materiales susceptibles de valor económico, conforme al artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2.015, que en ello siguiera la línea conceptual del anterior artículo 2.311 del Código de Velez), o su afectación como mero supuesto de hecho de una norma jurídica, para requerir mecanismos efectivos de tutela que resguarden su integridad” (Saux, Edgardo I. *Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas*, LA LEY 06/04/2016, AR/DOC/704/2016 y la nutrida bibliografía, autores, precedentes, datos de interés y planteos a favor y en contra allí considerados). Más adelante dicho autor destaca: “...Persona” es un concepto jurídico, no biológico ni zoológico ni antropológico. Hay una larga evolución hasta su consolidación actual —cimentada en una infraestructura constitucional-convencional internacional que a partir de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas luego de la Segunda Guerra Mundial quizás ya no admite debates en orden a su correlación con el ser humano en cualquier situación, condición o circunstancia—. Recordábamos al comienzo de estas digresiones la calificada voz de Immanuel Kant, para quien toda relación jurídica (como otro concepto basal de la ciencia del Derecho) sólo es pensable en tanto vincule dos arbitrios, nacidos de sujetos de derecho que tienen derechos y obligaciones.

No es viable legitimar la explotación reinante y sus devastadores efectos sobre humanos, no humanos, la naturaleza y el ambiente⁴⁰⁷: y de este principio básico nace el necesario reconocimiento en calidad de sujetos de derecho (por razones de bien común –como luego lo exponemos–). En el contexto constitucional actual –incluso como una cuestión derivada de la dignidad humana y con efectos en cuanto a la protección de aquellos seres vivos no humanos– corresponde, sobre todo, como tareas protectorias, tanto brindar adecuada y oportuna tutela integral a *los más débiles* (entre los que hoy corresponde incluir también a los sujetos de derecho no humanos, seres vivos y sintientes, al ambiente, etc.) como asimismo propender a aplicar

Y, hasta aquí, estamos persuadidos de que sólo el hombre (o determinadas agrupaciones de hombres que persiguen intereses comunes con proyecciones jurídicas, conformando las personas de ese singular rango) reúne tales calidades...el concepto jurídico de “persona” de alguna manera es una abstracción, pero... no arbitraria, sino valorativa. La historia nos muestra la existencia de seres humanos no personificados durante siglos (los esclavos, los muertos civiles, los desterrados, y en los hechos grupos humanos vulnerables que aún reconocidos como personas normativamente, no lo eran o no lo son en su realidad vivencial, como lo fueron los indios, las mujeres, los negros, los vencidos en las guerras, los desplazados territorialmente, los judíos en la Alemania nazi, y tantos más); y, a cambio, de personas sin soporte biológico...las personas jurídicas...Probablemente, como lo dispone el artículo 90^a del Código Civil alemán, los animales no son cosas, y en tal sentido debieran ser —al menos, algunos de ellos, que no impliquen plagas o riesgos para la humanidad— considerados “seres vivientes dotados de sensibilidad”, lo cual presupone admitir una suerte de “tertius genus” entre aquella diferenciación tajante de personas y cosas, creando una nueva categoría que tome prestado del régimen de las cosas las reglas relativas al comercio jurídico, y del de las personas la protección de su integridad física y su bienestar” (subrayado propio).

⁴⁰⁷ En cuanto al argumento de que el reconocimiento de derechos requiere poder ejercitarlos y exigirlos (en última instancia acceder a la justicia) junto a Zaffaroni nos preguntamos qué decir acerca que los humanos que carecen las capacidades implicadas (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) ante lo cual no cabe la tesis de las vidas sin valor vital. Es indudable que la ley les reconoce el carácter de personas y de víctimas (¿y lo mismo, acaso, no ocurre en cuanto a la protección legalmente brindada a otros seres vivos?).

(a dichos fines) una construcción armónica que integre los derechos de los seres vivos no humanos.

Ello es innegable, máxime cuando dicha postura viene correlacionada con la tutela de los fines, bienes, valores y derechos constitucionales de incidencia colectiva ya trazados, que se traducen en obligaciones (activamente universales⁴⁰⁸?) correlativas de protección, respeto y garantía por parte de los sujetos humanos obligados y del Estado (por ej. en su defensa y resguardo, conforme los parámetros contemplados por el art. 41, 43 y cctes de la CN).

ii) El imaginario colectivo: ¿en qué consiste? Vinculación con los textos constitucionales

De lo hasta aquí dicho cabe pues destacar la importancia de *estimular* y hacer conjugar realidades, posibilidades, alternativas, según las necesidades implicadas -al decir de Häberle⁴⁰⁹-, porque estos temas también conciernen a fines, objetivos, valores, derechos de incidencia colectiva y/o difusos, al orden económico y social, a la “justicia ecológica”, a los fines educativos, a las utopías,

⁴⁰⁹ P. Häberle *El estado constitucional*, Astrea, Bs As, 2007, pag. .139 y ss: “...el pensamiento de las posibilidades se hace tanto más necesario cuanto más elabore la ciencia del derecho constitucional conceptos fundamentales como espacio público, tolerancia, pluralismo, derechos de minorías, representación de intereses no organizados, derechos fundamentales sociales y culturales...como razonamiento de las alternativas se hace especialmente evidente a partir del racionalismo crítico...” (pág. 141): Más adelante agrega, analizando el enriquecimiento textual constitucional: “En forma paralela al terreno que han ganado los mandatos constitucionales, corre la penetración de las cláusulas de defensa... frecuentemente referidas a derechos fundamentales, las cuales conquistan cada vez más temas y campos problemáticos, sobre todo en relación con el medio ambiente...” (citando la Constitución de Brandemburgo, que dispone que los animales y las plantas son respetados como seres vivos. Deben conservarse y protegerse las especies y su hábitat” –pág. 205-).

esperanzas y responsabilidades, a la *calidad de vida en una democracia pluralista*⁴¹⁰ y porque de modo interrelacionado también reflejan los procesos intensivos de crecimiento de las tareas del Estado reconfigurándose de tal forma el bien común (ídem, págs. 384-386 y nros. 72, 72, 78 y 79: siendo frecuente la incorporación de términos como promover, proteger, valorizar, defender, preservar, etc. al ambiente y a los recursos naturales, entre otros tantos temas).

Como bien lo destaca el autor citado en su monumental obra (págs. 299 y ss.), en el Estado Constitucional juegan diversas imágenes (del hombre, del mundo, del Estado, etc.), que en este punto se condicen con los objetivos del desarrollo sustentable (ver pto. II.2 siguiente).

Para reforzar esta postura, vamos a recurrir al concepto del imaginario colectivo / social (distinto a la imaginación), que se constituye a modo de una compleja red de relaciones a partir de los discursos, las prácticas sociales y los valores sociales circulantes.

Como lo enseña E. Díaz⁴¹¹, podemos reflejar aquí las siguientes características y componentes ligados al imaginario social (I. S):

- El IS concita valores, gustos, apreciaciones, ideales y conductas (la cultura de una época determinada: según disponibilidades y exclusiones aplicables al dispositivo imperante).

- El IS se manifiesta en lo simbólico (lenguaje-valores) y en el accionar concreto (prácticas sociales). Implica coincidencias de valores (e interacciones individuales y colectivas) y también se constituye desde las resistencias.

⁴¹⁰ Unido a los elementos que veremos en los puntos siguientes, ver los apuntes de F. Zonis, *La calidad de las democracias y la eficacia del Derecho Ambiental*, JA, fasc., 2011-I, pág. 5.

⁴¹¹ Op, cit según nota 4. Entre otras cuestiones de interés, la autora nos dice: “*El lenguaje articulado es un elemento definitorio de lo humano...si un bebé es criado por animales y logra sobrevivir, deviene una especie de bestia que nunca se convertirá en ser humano. No puede desarrollar su capacidad racional. Ese ser nunca aprenderá a hablar...*” (pág. 15).

- Actúa como regulador de conductas y es un dispositivo móvil, cambiante e impreciso (señala tendencias, refleja situaciones conflictivas). Reúne parámetros para juzgar y actuar (capacidad colectiva de juzgar) e incide sobre las conductas, las palabras y las expectativas.
- El IS adquiere así un carácter referencial y además produce materialidad (efectos sobre la realidad).
- Interesa resaltar aquí que el IS interactúa con las individualidades, pero tiene una dinámica propia, independiente y se institucionaliza en todas las instancias sociales (la condición de la institucionalidad es la de la persecución de un objetivo en común).
- El sistema de la lengua (lo que básicamente nos diferencia de la animalidad, junto a poder representarnos nuestro lenguaje) es un componente fundamental del IS.
- Nadie es tan autosuficiente para formar su propio yo: inciden el entorno, las otras personas y el lenguaje. Además, nos reconocemos como sujeto empíricos, históricos y psicológicos, donde el yo objetivado se convierte en sujeto -más propiamente en una instancia subjetivo / social-. Somos libres de decidir nuestras acciones, pero acotados en términos biológicos y sociales.
- El discurso (proposiciones dotadas de sentido) circula por la sociedad: las reglas que lo disciplinan surgen de las funciones grupales y las circunstancias. Su eficacia depende del éxito en conseguir los objetivos (avalados por las prácticas). De la interrelación entre discursos y prácticas surgen valores y apreciaciones sobre la realidad (que son un bagaje importante del IS).
- El espacio y el tiempo también tienen que ver con el imaginario (y con el imaginario científico).

Tengamos pues presente, sobre todo, que lo individual y lo social (el yo y el sujeto son dos caras de la misma moneda) implica una relación –cambiante, crítica, fluida- no solo con otros humanos, sino también con el entorno (junto al lenguaje, a los discursos, valores e ideales).

Se pueden “disolver” sujetos e imaginarios y sus efectos materiales y ser reemplazados por otros, cuestión que engarza perfectamente con los ya mencionados enriquecimientos textuales constitucionales (procesos y comunidades de recepción y producción) y sus diversidades de técnicas y funciones contemporáneas (que la obra de Häberle describe magistralmente).

II.2) Aportes desde el imaginario de sustentabilidad ambiental

Sentada la importancia de poder “pensar” y hacer de otro modo”, incorporando ciertas problematizaciones y formas de abordaje que desde múltiples dimensiones aplican también al desarrollo del derecho animal y del ambiente y habiendo vinculado dichas temáticas con los procesos de enriquecimiento textual de las constituciones -junto al imaginario social y colectivo-, corresponde como siguiente paso de nuestro estudio abordar mínimamente qué aspectos críticos y concordantes pueden resultar útiles a la luz de los aportes del imaginario de la sustentabilidad ambiental.

En este punto vamos a seguir a E. Leff⁴¹², quien poniendo de resalto la “alarma ecológica” y el “riesgo ecológico global” (la muerte entrópica del planeta), nos indica que este es el resultado de un modo de pensar y un modo de producir el mundo que han instituido globalmente un “mundo insustentable”. Entre otras tantas cuestiones (sobre lo que aquí no podemos abundar) cabe destacar:

- Que se impone una reflexión sobre la responsabilidad social ante el curso que ha tomado la tecnociencia y la capitalización de la naturaleza en la evolución de la naturaleza y la biodiversidad, en

⁴¹² En *Imaginarios sociales y sustentabilidad. Cultura y representaciones sociales*, año 5 núm. 9 UNAM, México, 2010, pág. 42-121.

la intervención tecnológica de la vida y en las condiciones de la vida humana en el planeta vivo que habitamos (debido a un proceso productivo global que se expande impulsado por una *racionalidad económica anti-natura*. Nuestro autor destaca en definitiva el *potencial neguentrópico del planeta para construir una sociedad humana fundada en una racionalidad productiva sustentable*).

- Que cabe discutir incluso la capacidad de respuesta de la “modernidad reflexiva” (que reflexiona sobre sus propios procesos) ante el riesgo ecológico global: ¿Es posible dar una respuesta desde los mismos marcos teóricos –ciencia moderna: en cuanto al conocimiento y la valorización de la naturaleza- e instrumentales que provocaron esta crisis (y la excesiva mercantilización de la vida)?; ¿Es posible confiar en las capacidades de la economía y la tecnología de “ecologizarse” – conciencia ecológica-?; ¿O es necesario recurrir a otra racionalidad, una que nos permita sentar las bases para un futuro sustentable? (se postula incluso la intervención efectiva desde una democracia ambiental “*que abra nuevos cauces para una comprensión renovada de la naturaleza de la naturaleza, de la vida de la vida y de la existencia humana en este planeta vivo*”).

- Se habla así de una racionalidad fundada en los potenciales ecológicos y en los sentidos culturales de la vida; en una ética de la otredad y una política de la diferencia. Esta nueva racionalidad se basa en la emergencia de una *complejidad ambiental entendida como la intervención del mundo por el conocimiento* (la Tierra como un sistema complejo donde el saber forma parte de esa totalidad. La naturaleza no es solo un recurso, sino que es parte de un todo, donde juega pues la necesidad de la pluralidad de saberes).

- Que dejando de lado las leyes derivadas del proceso de racionalización de la vida (la economía, la tecnología y el derecho: que sustentan el Estado moderno), corresponde visualizar otras leyes: como las *de la vida, de la cultura y de la naturaleza* (principios de la vida que arraigan en el imaginario social de la naturaleza y de la sustentabilidad: procesos sociales de

construcción de mundos sustentables de vida, manifestaciones de un ser cultural, que se construyen desde su autonomía y diversidad).

- Se rescata el papel que juegan los imaginarios sociales (a partir de conceptos como el *habitus*) como una fuente de lucidez y creatividad (resistencia, reinención) capaz de movilizar la energía social para de-construir en el pensamiento y combatir en la práctica política la racionalidad insustentable.

En el imaginario de la modernidad y su racionalidad inherente, la relación con la naturaleza se funda en principios económicos, de recursos. Es una clara relación de dominación y explotación. De lo hasta aquí expuesto, tengamos pues presente que como nuestro autor lo indica, los imaginarios se convierten en bastiones de resistencia y medios de emancipación, en significantes estratégicos para legitimar otras formas de vida frente a la invasión de la globalización y ante los imperativos de la sustentabilidad. Poseen un potencial de creatividad y alteridad en la construcción de sociedades sustentables⁴¹³.

II.3) Hacia la construcción del sujeto de derecho no humano: conceptos y avances jurisprudenciales

En función de los componentes críticos aportados por el imaginario de la sustentabilidad, corresponde verificar su engarce

⁴¹³ "...otro imaginario cultural —más arraigado en las cosmovisiones y tradiciones de los pueblos originarios andinos—, ha empezado a manifestarse en los foros de debate sobre la sustentabilidad. El imaginario del "vivir bien" se ha inscrito ya, después de la Cumbre de Cochabamba, en las agendas sobre el cambio climático como parte de las estrategias de los pueblos para ocupar su lugar en los debates y en la toma de decisiones que afectan sus condiciones de existencia. La discusión del "vivir bien" ocupó importantes espacios en la agenda y en las conclusiones de la Cumbre Mundial de los Pueblos ante el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, celebrada en Bolivia en abril de 2010. Por su parte, la ética del "buen vivir" y los "derechos de la naturaleza" se han inscrito ya en la nueva Constitución de Ecuador como principios rectores de la planificación del Estado ecuatoriano..." (E. Leff, op.cit).

con los elementos interpretativos jurídicos relacionados, que también hallamos dentro de la recepción de la temática ambiental propia de los arts. 41, 43 y cctes de la matriz de la CN. Ello nos permitirá avanzar y tratar de fundar (buscando el por qué y las razones de fondo determinantes) la pretendida construcción del sujeto de derecho no humano, que anclamos en los derechos de incidencia colectiva y en las pautas interpretativas pertinentes previstas por la CN –reforma 1994- (existen así componentes críticos que podemos claramente vincular con el imaginario del “vivir bien” y con el imaginario de los derechos de la naturaleza, que tienen recepción constitucional en el constitucionalismo contemporáneo⁴¹⁴).

⁴¹⁴ Constitución de Ecuador: “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.

Sentado ello, partimos de considerar la importancia que adquiere como bienes protegidos (y como lo veremos más adelante: incluso como valores propios, inherentes) la vida, la salud, el bienestar, la existencia y la realización de los animales y todo lo ya apuntado de modo acorde sobre el imaginario de sustentabilidad de la naturaleza y del ambiente, insertando a la vez nuestro análisis dentro del mentado contexto del dialogo de saberes propio de la renovada racionalidad ambiental (que busca abrir el campo de lo posible hacia el devenir de un futuro sustentable, que funda una nueva manera de pensar el mundo posible, que convoca en la arena política una estrategia y una ética de la otredad y una política de la diferencia y la convivencia).

Cabe coincidir con Enrique Leff cuando en la obra antes citada expone que la racionalidad ambiental se abre al diálogo con una diversidad de imaginarios sociales, siendo que: *“La modernidad ha generado problemas que no pueden solucionarse por la vía de una modernidad reflexiva, porque el problema de la ciencia no es solamente su limitada capacidad para conocer el mundo de la vida, sino para explicar y anticipar los impactos que ha generado y continua produciendo en el planeta, en la naturaleza y en la vida su forma hegemónica de comprensión del mundo, su conocimiento para el control y dominio de la naturaleza que ha llevado a la degradación del ambiente, al riesgo de la vida y a la pérdida del sentido de la existencia humana...”* (pág. 108).

Para una mejor exposición de esta parte del trabajo, vamos a dividir el análisis en los siguientes dos puntos a considerar (que no obstante se encuentran interrelacionados):

Constitución de Bolivia: “Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”.

i) Se trata de seres vivos sintientes: no pueden ser tratados y categorizados como “cosas”. Consecuencias jurídicas

Si es cuestión de entrar en un debate de categorizaciones (y no de esencias), hemos ya adelantado que hay un claro interés público asumido normativamente en contra de cualquier forma de desprotección, maltrato injustificado -indiferencia, crueldad-, uso irracional, desmejoramiento, falta de preservación, de prevención, como ante la no conservación de la diversidad biológica, la alteración del equilibrio y la dinámica ecológica, el des-manejo y la falta de desarrollo sostenible, etc. Se trata de una perspectiva conjunta que incluye a los animales, las especies, el ambiente, los recursos y la vida –ciclos vitales- de la naturaleza en general (el cuadro surge nítido ya desde la Ley 14.346, junto a la Ley 22.421, la ley 25743, la ley 26331, la Ley 26675 y otras concordantes).

Cabe admitir aquí que considerar a los seres vivos como sujetos -no humanos- de derecho en lo sustancial delimita obligaciones éticas y jurídicas (activamente universales), representaciones y responsabilidades a cargo de las personas humanas y/o jurídicas, del Estado en general y en sus diversos niveles (tal como fluye de la citada “Declaración Universal de los Derechos del Animal” aprobada por la UNESCO y por la ONU, que contempla derechos a la vida según el ritmo y las condiciones propias de su especie, a la existencia, a la coexistencia de las especies en el mundo, como también el derecho al respeto, a la no explotación, al cuidado y la protección humana, al buen trato, a vivir libremente, etc.). Por lo que dejar de considerarlos como “cosas” o “bienes” sería el primer paso del camino expansivo correcto y deseable a seguir en la materia (máxime en el sentido de asegurar la tutela creciente de grupos -humanos o no humanos- considerados como los “más débiles”, o en situación de vulnerabilidad⁴¹⁵).

⁴¹⁵ “...de igual manera que las desigualdades entre los seres humanos no facultan para esclavizar a otros individuos para la consecución de sus fines (económicos, culturales, científicos, etc.), lo mismo ocurre en el vínculo con los animales no racionales, careciendo de justificación moral la desconsideración al sufrimiento y la consumación de actos que impliquen la muerte innecesaria por maltratos o cuestiones irrazonables... el status

Como todo paso progresivo (con las inercias e intereses acarreados) no los llamemos aún “personas” si es cuestión de evitar cualquier riesgo u objeción que se considere en orden a la “desnaturalización” del sistema jurídico (y frente a cualquier derivación autoritaria o totalitaria vinculada o incluso ante los trans-personalismos) creado en tutela de los derechos humanos y/o fundamentales, donde la dignidad y la personalidad se insertan como premisas antropológico-culturales básicas⁴¹⁶ y en conjunto se despliega así una función antropológica del derecho⁴¹⁷ de innegable valor y utilidad para la fundamentación, inclusión, promoción, protección y garantía de aquellos derechos de la especie humana (de los miembros de la “familia humana” - D.U.D.H., 1948-, como lo refleja en lo sustancial la etapa del desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos desde la posguerra en adelante, con sus múltiples y plurales fuentes en retroalimentación⁴¹⁸).

legal de los animales es incuestionable: sin embargo, no existe igualación con el concepto de “derechos subjetivos” pertenecientes a las personas, con todos los elementos que componen esa noción fundamental; sino que se trata en el caso de los animales de la viabilidad que el Derecho puede imponer al Estado, a la sociedad y a los responsables de su tenencia en cuanto al cumplimiento de obligaciones atinentes al debido cuidado en todos los órdenes (vida, alimentación, diversión, salud, etc., etc.)...estamos asistiendo al surgimiento de nuevas formas de protección que, siendo vehiculizadas por los humanos, se dirigen a la salvaguarda de seres no humanos que conviven en cercanía con las personas, asumiendo éstas deberes de protección y respeto en tanto y en cuanto no peligre la vida humana...” (J. Vanossi, *La protección jurídica de los animales*, LA LEY 2015-A, 850).

⁴¹⁶ En términos de P. Häberle *El estado constitucional*, Astrea, Bs As, 2007, cap. V.

⁴¹⁷ Ver A. Supiot, *Homo Juridicus*, S. XXI, Bs As, 2007, caps. 1 y 6.

⁴¹⁸ Ver por todos: Humberto Nogueira Alcalá, *Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia*, *Corpus iuris regionis revista jurídica regional y subregional andina*, 6 (Iquique, Chile, 2006) pp. 29 – 58: “La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin. Tal

Como lo reconoce el último autor citado y prácticamente unánime doctrina, hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que establece un bloque constitucional de derechos integrados por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos a partir de un cúmulo de renovados principios⁴¹⁹.

Pero entonces bastará, a los fines protectorios buscados, con referirnos a ellos como sujetos de derecho no humanos, diferenciando así y reconociendo al mismo tiempo la relación estructural y complementaria con los Derechos Humanos. Nada nos impide, como lo vimos al principio del ensayo, establecer una vinculación fructífera, armónica y estratégica entre los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza y otros seres vivos, metodología que se advierte

dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos...Las Constituciones latinoamericanas utilizan los conceptos de “derechos”, “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, como asimismo de “derechos humanos”, “derechos constitucionales” o “derechos fundamentales” ...La denominación utilizada de derechos “esenciales”, fundamentales o “humanos”, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico...en el Estado Constitucional democrático, los derechos operan como derechos de defensa frente al Estado y los individuos, salvaguardando la dignidad de la persona y, al mismo tiempo, se objetivizan operando como elementos del ordenamiento objetivo, incorporando un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del Derecho...”.

⁴¹⁹ Me remito a E. R. Olivero, “Los principios del derecho público argentino: la armónica recepción de la legalidad supranacional y sus implicancias para el interés público” (en Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica –n° 1-, IJ Editores, 11-07-2012. IJ-LXV-150).

potenciadora de las propiedades del imaginario de sustentabilidad ambiental (I.S.A.):

“...aceptar que la Naturaleza es sujeto de derechos...ubica con claridad por dónde debería marchar la construcción de una nueva forma de organización de la sociedad, si realmente ésta pretende ser una opción de vida, en tanto respeta y convive dentro de la Naturaleza...A lo largo de la historia del derecho, cada ampliación de los derechos fue anteriormente impensable. La emancipación de los esclavos o la extensión de los derechos a los afroamericanos, a las mujeres y a los niños y niñas fueron una vez rechazadas por ser consideradas como un absurdo. Se ha requerido que a lo largo de la historia se reconozca “el derecho de tener derechos” y esto se ha conseguido siempre con un esfuerzo político...Lo central de los Derechos de la Naturaleza... es rescatar el “derecho a la existencia” de los propios seres humanos (y por cierto de todos los seres vivos)...no se podrá asegurar los derechos a un ambiente sano si no se respetan los Derechos de la Naturaleza...siendo analíticamente diferenciables, se complementan y transforman en una suerte de derecho de la vida y a la vida...”⁴²⁰

Sin desconocer ni afectar ni alterar los trascendentes reconocimientos de los derechos humanos, sus obligaciones correlativas y el desarrollo de las garantías pertinentes⁴²¹, conjunto que importa conceptualarlos como “inherentes a la persona humana” o a modo de “atributos de la persona humana”, siempre en calidad de derivaciones directas de la dignidad de los seres humanos, entiendo que más allá de no necesitar llegar a hablar de personas o de personalidad, existen razones de “peso” que desde las miradas y enfoques que venimos postulando,

⁴²⁰ Alberto Acosta y Esperanza Martínez -comps.- *La naturaleza con derechos de la filosofía a la política*, Ediciones abya-yala, quito, 2011, el trabajo de Acosta en pags. 340/356

⁴²¹ Con todo su potente sistema de operacionalización (principios, obligaciones, estándares, indicadores, etc.): Sandra Serrano- Daniel Vázquez, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, FLACSO, México.

motivan la necesidad de equipararlos (por analogado) a aquellos sujetos titulares de derechos humanos, por lo que cabe reconocerles *a tales fines* la calidad de sujetos de derechos no humanos, representables por sujetos humanos.

En casos -como los que motivaran los avances jurisprudenciales producidos recientemente en nuestro país- donde esté en juego la tutela de la vida, la libertad, la integridad psico-física de seres vivos sintientes (dotados de dignidad⁴²² en función del respeto a sus

⁴²² Ver: Muñiz, Carlos M, *Los animales ante la ley. De objetos y sujetos*, LA LEY2016-A, 547, quien comentando jurisprudencia de interés resalta que hay “un salto lógico cuando de la (jurídicamente necesaria) protección de los animales y las normas que la receptan se deriva inmediatamente (en forma dogmática) la idea de su carácter de sujetos de derecho, cuando éste no resulta expresamente de ninguna disposición...Para el Código de Vélez los animales son cosas, en la especie cosas muebles conforme el artículo 2318. La situación no parece ser muy distinta en el CcyC. Las personas son humanas (art. 19) y jurídicas (art. 141). La definición del art. 2318 del Código de Vélez es recogida por el nuevo art. 227, resultando los animales comprendidos en la definición de cosas muebles, en la especie “semovientes”. Los animales son expresamente considerados bienes propios o gananciales, dependiendo del caso conforme los arts. 464 inc. f y 465 inc. i. Son cosas que se pueden apropiar según el art. 1947 inc. a ii o no susceptibles de apropiación según el inc. b ii y iii del mismo artículo. Los artículos 1948 a 1950 abordan específicamente la forma de su apropiación mediante la caza, la pesca y la particular situación de los enjambres. El artículo 2130 inc. c se refiere al usufructo de un conjunto de animales, en sentido concordante con los artículos 2141 y 2153. El único matiz posible, si bien no implica una diferencia concreta de efectos jurídicos lo podemos encontrar en los artículos 1310 y 1759. El primero (más dudoso) se refiere al transporte “de animales” como distinto del de “cosas frágiles”. En el caso del artículo 1759 se hace referencia al daño causado por animales en un artículo especial distinto del 1757 que refiere al daño causado por el riesgo o vicio de las cosas. La diferenciación conceptual no tiene impacto en el régimen jurídico que se mantiene uniforme. En síntesis, conforme lo sostuviera Tobías los animales son en nuestro derecho civil objeto del derecho de propiedad y no sujetos de derechos. Si el legislador hubiera pretendido transformarlos en sujetos, debería haberlo dicho expresamente, y hubiera tenido que determinar el modo de su representación ante su evidente incapacidad de ejercicio. Ahora, la cuestión no es tan sencilla... Solucionar el problema como si sólo estuvieran involucrados derechos de propiedad sobre las cosas, nos conduce a una solución que se presenta como injusta y manifiestamente contraria a criterios axiológicos compartidos por

condiciones de realización, de su vida y existencia) cabe reconocer que frente a situaciones lesivas (indignantes, injustas, crueles, que afectan la realización y la identidad de aquellos, su bienestar, etc.) que conformen un cuadro análogo al que motivaría la urgente tutela de los derechos fundamentales de las personas humanas, corresponde allí validar (por razones de interés público y por los valores propios e inherentes en juego –de incidencia colectiva-) la extensión de la protección y de las garantías jurídicas pertinentes aplicables a los humanos, para lo cual debemos considerar a aquellos como sujetos de derecho no humanos (lo que ciertamente optimiza las formas de tutela y el acceso a la justicia a dichos fines –tal como lo demuestra la propia experiencia tribunalicia-). La legitimación y el recaudo del caso se encuentran reunidos, cuando de tal forma se tutela un derecho colectivo, un bien colectivo en sentido propio -Halabi- (por ej. una especie en peligro crítico de extinción, preservar la diversidad biológica, impedir actos de crueldad y sufrimiento, asegurar condiciones adecuadas -hábitat- y actividades que preserven sus habilidades y capacidades, etc.).

De los criterios seguidos por la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (caso Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA s/amparo”, expte. A2174-2015/0, en diversas instancias) fluye con claridad el principio que indica que aquellos seres vivientes no deben ser tratados como cosas, lo que justifica su trato como sujeto de derecho consecuentes, lo que no se equipara a la titularidad de los derechos de las personas humanas⁴²³ pero sí

a comunidad.”. Agregaría aquí que contrarios también a la matriz constitucional imperante y los valores reconocidos: arts. 41, 43, 75 inc. 19, 22 y cctes.

⁴²³ “El concepto de persona, actualmente elevado al panteón de la sacralidad cívica, trae consigo la exigencia de cierto nivel de respeto. Es más: El razonamiento se ha hecho reversible, de tal suerte que, para que un ente merezca respeto, tendemos a cubrirlo con el manto conceptual de la personalidad. Hay ejemplos recientes. En algunas constituciones latinoamericanas, la naturaleza (incluso simbolizada por la Pachamama) tiene atribuida la condición de persona de derecho, para fundar obligaciones difusas de carácter ambiental. Aún más cerca en el tiempo, la orangután Sandra fue declarada “persona no humana” como base para

deriva de la referencia como “ser sintiente” (llegándose a considerar incluso el aseguramiento de estructuras sociales, la estimulación y el enriquecimiento ambiental, indicadores de bienestar animal, de complejidad conductual y de estados afectivos, entre otros).

Algunos autores⁴²⁴ (sin considerar útiles tampoco posturas intermedias, como la reflejada en la reforma del Código Civil francés -su nuevo artículo 515-14, que dispone: “Los animales son

disponer su liberación del zoológico y su traslado a un lugar (un “santuario”) donde pudiera vivir en algo parecido a la libertad. Ciertamente, esta atribución inversa es jurídicamente innecesaria, pero la relación está política y psicológicamente consolidada. Moraleja obligada: Hay que respetar a las personas, no sólo por razones morales, sino por imposición semántica...” (R. Guibourg, *Pluralismo y respeto*, LA LEY 08/06/2015, AR/DOC/1676/2015).

⁴²⁴ Con cita de Kelsen, Orgaz, Nino y muchos otros S. Picasso (*Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda* en LA LEY2015-B, 950) expone: “...desde el punto de vista técnico jurídico, nada impediría que la ley declarase que todos los animales, o algunos de ellos, son “personas”. Con eso, como acabamos de decirlo, no se estaría describiendo ninguna “realidad ontológica” —si tal cosa existiera-, sino que simplemente se estaría empleando una técnica jurídica que permite facilitar el análisis de las muy complejas relaciones que involucran el funcionamiento de los derechos subjetivos, mediante la instauración de una categoría a la que se asigna la titularidad de ciertos derechos y deberes...compartimos la inquietud de Zaffaroni por incrementar la protección de los animales, y de la naturaleza en general, contra las actividades depredadoras de los humanos. Sin embargo, no adscribimos a la idea de personificar de ese modo a todos los seres que componen el medio ambiente. Por un lado, porque nos parece discutible el punto de partida de aquella teoría, y por el otro, porque estimamos que esta última presenta serios inconvenientes en el plano práctico... ¿Quién establecerá qué es lo bueno para la Pachamama? ¿Cuáles serán las reglas a las que habremos de someternos para respetar sus derechos “naturales”? Es evidente que cada quien dará la respuesta que le plazca, y así como simpatizamos con las que proporcionan los ecologistas, nos preocupan las que puedan plantear personas, grupos o movimientos políticos no tan bien intencionados... Ya en el plano práctico, estimamos que una postura “de máxima”, que confiriese personalidad jurídica plena a los animales, las plantas, los ríos, las piedras, etc., se toparía con serios inconvenientes, cuya solución no parece evidente...alerta Malinvaud acerca de la vastedad de especies denotadas por el sustantivo “animal”, y la dificultad de aplicar a todas ellas un mismo régimen jurídico. No es preciso

seres vivientes dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”-), admiten que la noción de persona es cultural y social y sostienen que una reforma legal que considerase a los animales sujetos de derecho sólo sería viable a condición de modificar drásticamente el concepto de persona, es decir, se precisaría crear una categoría específica que reflejara ciertos caracteres propios de la “personalidad animal”.

Hablar de sujetos de derecho no conlleva (desde el ISA y las normas de tareas y funciones protectorias y de defensa constitucionalmente previstas: ver el pto. ii siguiente) un necesario trastrocamiento de elementos conceptuales básicos de la ciencia jurídica (integrativos de relaciones jurídicas -patrimoniales o extrapatrimoniales, etc.-). Como más abajo lo exponemos y ya lo adelantamos en el análisis del I.S.A., se encuentra fundada la necesidad de tutela de la naturaleza como algo que posee valores inherentes y lo mismo sus elementos vitales. Solo un modelo “antropocentrista” y una mirada excesivamente estrecha - incompatible con el I.S.A. y sus objetivos ya vistos- puede pretender sostener la existencia de una necesaria distorsión de los conceptos jurídicos centrales para la tutela de las personas humanas a partir

añadir que el problema se potenciaría si entre esas nuevas personas se incluyese a los vegetales y los minerales. Por otra parte, nos encontraríamos con la paradoja de que todas esas “personas” serían entonces, al mismo tiempo, sujetos de derecho, pero también objeto del derecho de propiedad que la ley reconoce a los humanos sobre ellas, y que parece casi imposible abolir. Otra contradicción se plantearía con la posibilidad de dar muerte a los animales para emplearlos como alimento, o con su uso con fines experimentales...si todos esos entes son personas, entonces deberían poder hacer valer sus derechos no sólo contra los seres humanos, sino incluso frente a otros animales, vegetales o minerales...Ni qué decir del hecho de que la personalidad jurídica no implica únicamente la existencia de derechos, sino también la de obligaciones, con lo cual cabría preguntarse de qué modo lograremos que los animales, los bosques o las piedras acaten los mandatos del legislador...Con razón decía Coviello que los animales son incapaces de tratar con nosotros y darnos a conocer sus determinaciones, por lo que no puede haber sociedad entre el hombre y el animal, condición necesaria del derecho. En el mismo sentido, Arauz Castex señalaba que los animales son ajenos a la posibilidad de tener conducta, que es la materia del derecho...”

del reconocimiento de sujetos de derecho no humanos. No interesan desde este prisma las conductas animales y su justiciabilidad, sino localizar las razones de interés público, del bien común, del desarrollo sustentable, etc. que motivan la protección buscada y ante lo cual debe responder positivamente el sistema jurídico y el aparato institucional (obligaciones de respeto, protección, garantía).

En tal sentido, Saux expone que la noción de persona posee una vertiente relacionada al concepto de “humanidad” cual correlato inexorable de la admisión de que el hombre es el protagonista esencial del derecho y el destinatario de sus preceptivas. Y otra (que es una de las ficciones del derecho) que se vincula con la necesidad de “personificar” determinados entes, que resulta imprescindible para movilizar en el vasto campo del Derecho los intereses de grupos de seres humanos de toda índole (los intereses)⁴²⁵. ¿cuál sería la razón para que desde las perspectivas que venimos postulando no quepan nuevas extensiones en el reconocimiento de derechos, sobre todo si de tal forma se establece una vinculación fructífera, armónica y estratégica entre los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza y otros seres vivos?

⁴²⁵ Destacando las siguientes tres premisas ordenadoras: “...ante todo, que la “persona” es sujeto de derechos con aptitud para ser titular de ellos — como regla, salvo los casos excepcionales de incapacidades puntuales de derecho— y para ejercerlos por sí mismos (salvo los supuestos de incapacidad o limitación a la capacidad de ejercicio que la ley contempla, en intención tuitiva), lo cual equivale a concluir en que la capacidad es la manifestación más relevante de la personalidad. Además, de que no basta sólo con ser titular de derechos, sino que la persona es también titular de deberes jurídicos, que en ciertos casos —mayoritariamente— se singularizan como obligaciones a cumplir frente a otros, o frente a la comunidad. Y en tercer lugar...que el derecho debe reconocer personalidad como correlato jurídico de la admisión de su esencia biológica a TODOS los seres humanos, desde su gestación y hasta su muerte biológica o natural, cualquiera sea su condición. El reconocimiento o no de personería a otros entes colectivos es tema de conveniencia u oportunidad, o incluso de licitud o ilicitud, noción bipolar ajena a la esencia humana (no hay seres humanos “lícitos” e “ilícitos”, sino seres humanos que en ejercicio de su libertad asumen conductas “lícitas” o “ilícitas”)...” (op. cit).

Es innegable que el interés público configurado y relacionado con la tutela de los derechos de incidencia colectiva implicados, determina del mismo modo la *licitud –y por supuesto la plena conveniencia- de los vínculos armónicos entre ambos derechos y la consecuente ilicitud de la afectación de los mismos.*

Para abonar dicho entendimiento, corresponde en último lugar que formulemos algunas precisiones adicionales respecto del claro vínculo entre los mandatos constitucionales receptados y los objetivos del I.S.A.

II. ¿QUÉ ROL JUEGAN LOS MANDATOS DE LA CN –ART. 41 Y CCTES- EN RELACIÓN CON EL I.S.A.?

Como lo venimos exponiendo, en estos como en otros tantos temas correlacionados, juego un necesario reconocimiento de la relación dada entre valores intrínsecos, derechos y tutela institucionalizada (técnicas de garantía), incluso por razones de “bien común”, de “interés público”⁴²⁶ (ver así también, además de la legislación ya adelantada, lo normado por el art. 240 del nuevo CCCN, que expresamente liga al interés público con la sustentabilidad).

Como ya lo adelantamos, postulamos una visión armónica en torno al reconocimiento de los valores intrínsecos y de los derechos de la Naturaleza y de los seres humanos, en tanto los primeros no niegan ni afectan a los segundos (y todos por ende pueden tener sus derechos básicos asegurados: derecho a la vida, a la existencia, a la igualdad frente a ser, a su realización, al respeto

⁴²⁶ Sostuve la necesaria correlación con los derechos fundamentales en E. R. Olivero, *El interés público ante el “enfoque de derechos”: análisis doctrinario y jurisprudencial*, Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derecho Administrativo (Coord.: C. Botassi), 2013-IV, fasc. 9º, del 27/11/2013. SJA 2013/11/27- 20; JA 2013-IV. En la misma línea de no cosificación de los seres sintientes y de tutela de los derechos colectivos implicados se orienta el reciente fallo dictado en el caso de la Chimpancé Cecilia (Tercer Juzgado de Garantías, Mendoza, acción de hábeas corpus, Exp. P-72.254/15, del 3/11/16, reconociendo que la calidad de vida se encuentra implicada -con cita de Bustamante Alsina, Lorenzetti y otros, en un pronunciamiento ciertamente encomiable).

por sus ciclos vitales, etc.; en un catálogo mucho más desarrollado, por supuesto, para los seres humanos -sobre todo post 1948, la D.U.D.H. en adelante-. Por lo contrario, creemos que nuestro ordenamiento constitucional vigente recepta elementos propios del imaginario de la sustentabilidad ambiental antes comentado y que no establece una tabla o escala de valoraciones (ni jerarquías) que excluya las múltiples y diversas dimensiones que así se encuentran en armónica correlación y que venimos poniendo de resalto en el ensayo (dentro de una matriz de complejidad e interdisciplinarietà).

Cabe postular que hay *un puente -innegable- entre el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva implicados en clave de “derechos humanos” pero que también y a la vez “protegen al ambiente” (para nosotros el caso de los arts. 41º y 43º CN) y los componentes del imaginario de sustentabilidad*, del buen vivir, del desarrollo sustentable, etc. que permiten sostener -sin reafirmaciones antropocéntricas- aquella concepción armónica de los derechos (los de la naturaleza, de otros seres vivos y de los seres humanos) y generar y potenciar las correlativas obligaciones de respeto, protección y garantía⁴²⁷.

La calidad de vida y el desarrollo sustentable como renovados parámetros ambientales así lo imponen, de modo acorde a las lógicas, enfoques y miradas que venimos desarrollando.

Para ello debemos partir de la premisa que sienta que no solo los seres humanos (individuos que conocen, que tienen voluntad “libre”, racionalidad, etc.) pueden generar valores merecedores de tutela por el sistema jurídico. El mandato ecológico (constitucionalmente receptado entre nosotros también: art. 41º CN) exige reconocer la existencia de tales valores, que fundamentan derechos, condiciones, responsabilidades y obligaciones que recaen sobre los humanos. Como lo sintetiza la doctrina que seguimos⁴²⁸, hay un claro mandato

⁴²⁷ Ver en tal sentido el trabajo de D. Murcia, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez -comps- *La naturaleza con derechos de la filosofía a la política*, Ediciones abya-yala, Quito, 2011, pág. 287 y ss.

⁴²⁸ Eduardo Gudynas, “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez -comps.- *La naturaleza con derechos de la filosofía a la política*,

ecológico implicado en torno a los derechos a un ambiente sano, los derechos de la Naturaleza, a la conservación de la biodiversidad, a la evaluación del impacto ambiental (correctamente reflejados en la ya mencionada Constitución de Montecristi), que frente al reconocimiento de los problemas que inciden en los indicadores ambientales (tales como la reducción de áreas silvestres y su fragmentación, el deterioro de los bosques nativos, los diversos problemas de contaminación -por ej. el manejo inadecuado de residuos-), conlleva el paralelo y trascendente reconocimiento de los valores propios e intrínsecos en juego, en base a los cuales no cabe otra conclusión que considerar al ambiente ya no como un objeto (sino como un sujeto de derechos: también en el sentido independiente de la utilidad y la instrumentalidad asignada por el hombre).

Ello implica que: *“cada especie debe aprovechar su entorno para llevar adelante sus procesos vitales, y lo mismo se aplica al ser*

Ediciones abya-yala, quito, 2011, pág. 239 y ss: *“...son mucho más que una mera adición ambientalista...esos derechos implican un cambio radical en los conceptos de ambiente, el desarrollo y la justicia...estos derechos deben ser tomados en serio, y cuando así se hace el ambiente debe ser valorado en sí mismo, en formas independientes de cualquier utilidad o beneficios para los seres humanos...estos derechos reconocen atributos en la Naturaleza independientes de los seres humanos y que permanecen aún en ausencia de éstos. Parafraseando a los ecólogos profundos, en un mundo sin personas, las plantas y animales continuarán con su marcha evolutiva y estarán inmersos en sus contextos ecológicos, y esa manifestación de la vida es un valor en sí mismo. Sea en los seres vivos o en los ecosistemas, estos valores inherentes son independientes de cualquier conciencia, interés o reconocimiento de los humanos...el locus del valor...puede estar en objetos, plantas, animales, o las personas, y la fuente de la valoración...está en el ser humano...ya no será imprescindible demostrar que un impacto ambiental dañará la propiedad de unas personas, afectará la salud de otras, o que impactará en la economía, como justificación para actuar. Asimismo, tampoco se dependerá de convencer a políticos y empresarios sobre la pérdida inminente de un lugar hermoso o sobre la posible extinción de una especie insignia. Estos y otros desencadenantes seguirán presentes y tendrán sus papeles para desempeñar. Pero el cambio hacia los derechos de la Naturaleza es que se podrá invocar la protección de las especies y los ecosistemas aún en los casos donde ninguno de estos aspectos esté en juego...”*

humano. Es más, la ecología profunda siempre ha defendido entre sus postulados centrales el uso de la Naturaleza para asegurar la calidad de vida de las personas y erradicar la pobreza...sí es cierto que si los derechos de la Naturaleza se toman en serio, surgen nuevas condiciones de viabilidad a ese aprovechamiento, en tanto éste debe ser realizado de manera que no se destruyan ecosistemas o se extingan especies...Los defensores del biocentrismo, si bien reconocen los valores propios de la Naturaleza y de todas las formas de vida, no afirman que unos valen más que otros, y reconocen que las especies no son iguales entre sí, y no es lo mismo una persona que una hormiga. El sentido que le dan a la idea de igualdad se refiere a que todas las especies son “iguales en sus derechos a vivir y florecer y alcanzar sus propias formas de desplegarse y auto-realizarse” (ídem, pág. 261/270, lo que incluye la aplicación de criterios propios de la justicia ambiental y de la justicia ecológica, que asegura la sobrevivencia de las especies y sus ecosistemas, como conjuntos, sin resultar de su incumbencia las cuestiones indemnizatorias).

Al decir de Acosta, “...debemos aceptar que lo humano se realiza en comunidad, con y en función de otros seres humanos, como parte integrante de la Naturaleza, sin pretender dominarla. Esto nos conduce a aceptar que la Naturaleza, en tanto construcción social, es decir en tanto término conceptualizado por los seres humanos, debe ser reinterpretada y revisada íntegramente si no queremos poner en riesgo la vida del ser humano en el planeta...”⁴²⁹.

Como bien se expone en el fallo citado en la nota 37, existe una regla de experiencia innegable que indica que las sociedades evolucionan en sus conductas morales, pensamientos y valores y lo mismo en sus legislaciones: es hora de estar a la altura de la plena realización, protección y desarrollo de la calidad de vida y del desarrollo sustentable en nuestro medio, reconociendo tanto los derechos de los sujetos no humanos como los pilares interpretativos y fundantes que fluyen del art. 41 y cctes de la CN y guardan una sólida relación de concordancia con los objetivos

⁴²⁹ Ver su trabajo en la misma obra colectiva citada en la nota anterior, pág. 318.

del I.S.A. Seamos pues, ante estos desafíos, más humanos dignos, racionales y libres!

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- Hay un puente -innegable- (no aún desarrollado) entre el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva implicados en clave de “derechos humanos” pero que también “protegen al ambiente” (para nosotros el caso de los arts. 41° y 43° CN) y los componentes del imaginario de sustentabilidad, del buen vivir, del desarrollo sustentable, lo que exige el consecuente reconocimiento tanto de los valores inherentes (de la naturaleza y sus ciclos, de los seres sintientes) como de los sujetos de derecho no humanos y sus vías de tutela.

2.- Dentro del contexto constitucional referido (donde la calidad de vida y el desarrollo sustentable van de la mano y tienen fuerza constitucional, constituyéndose en objetivos de interés público que están parcialmente desarrollados por la legislación *infraconstitucional*), no hay opción para desmerecer, ni para cosificar personas humanas o lo mismo personas / sujetos no humanos.

3.- La integración -crítica- de conceptos, imaginarios y propuestas de abordajes que conlleva el reconocimiento de derechos de los seres sintientes y de la naturaleza, arraigan en los pilares interpretativos de la propia CN (reflejando un plexo de valores, principios y derechos que integran un esquema ambiental integral, sano, equilibrado, que resguarda el futuro –en sentido intergeneracional- y sostiene una convivencia armónica y una relación estructural y complementaria entre derechos de personas humanas y de sujetos no humanos).

4.- Ningún dato “natural” nos impide pensar –viendo al Derecho incluso como respuesta a las problemáticas presentes y futuras- una (más) justa relación entre lo humano, lo animal, el ambiente

bajo otros paradigmas (por ej. el de una convivencia armónica), donde podamos conceptualizar nuevos sujetos de derecho, previendo entonces las garantías pertinentes cuando sus derechos resultan violados. Claramente podemos contribuir a *pensar y hacer –fundar-de este modo*, partiendo desde nuestra propia CN y/o desde los componentes del bloque de constitucionalidad, sin que sea un dato limitativo la reafirmación de la dignidad y la personalidad humana como fundamento de los derechos humanos.

5.- El reconocimiento de la legitimación por representantes humanos de los animales y de la naturaleza –o el ambiente- en la justa defensa de sus derechos (caso) ha devenido pues un cambio paradigmático central en materia de los lineamientos típicos del derecho tradicional, constituyéndose en el paso lógico a seguir en materia de extensión del reconocimiento de los derechos (tal como previamente ha ocurrido con diversas minorías, que hoy gozan de la tutela judicial efectiva). Por analogado, ello despliega obligaciones activamente universales: de respeto, protección y garantía.

6.- Hemos visualizado y expuesto (con nuestras limitaciones) un marco conceptual para “pensar” y “hacer” sobre la problemática y los horizontes del derecho animal, ambiental y su relación con “lo humano”, revelando la complejidad y la interdisciplinariedad del abordaje de las dimensiones sociales, antropológicas, ambientales, naturales y jurídicas en juego. Podemos al respecto afirmar que son innegables los aportes críticos aparejados a la luz del *imaginario de la sustentabilidad ambiental* como paradigma rector, cuyas propiedades efectivamente armonizan y se correlacionan con los parámetros interpretativos concordantes que fluyen del *marco de la propia Constitución Nacional* (CN, arts. 41, 43, 75 inc. 22 y cctes).

7.- En este marco, corresponde bregar por que el sistema legal y las prácticas institucionales incorporen y desarrollen las garantías propias de un *enfoque y lógica coherente de derechos humanos y no*

humanos, reconociendo que existen fuentes y razones constitucionales “de peso” que avalan dicha mirada, junto a la consecuente tutela de derechos no humanos, todo lo cual permite construir, representar y tutelar –fundadamente- sujetos de derecho no humanos en este ámbito problemático, tarea que recibe adecuado y fecundo encauzamiento y potenciación cuando todo ello se vincula al desarrollo, a la calidad de vida y a los parámetros de la sustentabilidad ambiental. Estas cuestiones no dejan de integrar nuestra propia construcción moral y ética, ¡nuestra dignidad... pensemos y hagamos mejor! concretemos un buen uso antropológico (en su ámbito) y biocéntrico (justicia ecológica) del derecho... cuyos contornos y complejidades nos exceden y nos desafían (¡aprendamos de ello!)

Derecho Animal

JULIA BUSQUETA (ARGENTINA)

I. DERECHO ANIMAL

El Derecho animal, como nueva rama del derecho tiene como objetivo romper la brecha que en el área del derecho nos separa a los animales humanos de los no humanos. Existe una inclinación o tendencia humana a distinguir por razones tales como el género, la raza o la religión. Esta tendencia ha conducido a masacres y guerras. Hoy se rechaza la discriminación por estas tres causas, pero queda en pie la discriminación por especie. No obstante, en el siglo XXI podemos afirmar que ni la inteligencia, ni la capacidad para hablar ni el caminar sobre nuestros pies son fundamento suficiente para otorgar derechos.

Es la dignidad la que nos hace adquirir nuestro ser, nadie puede obligarnos a sufrir, reducirnos a la esclavitud o encerrarnos sin proceso judicial.

Los animales no humanos también tienen dignidad, tomando en cuenta la complejidad que tiene cada especie.

El derecho animal busca acabar con cualquier acto de explotación hacia los animales y reconocer que tienen derecho a una vida digna.

Para ello es necesario un cambio de paradigma, evolucionar del ANTROPOCENTRISMO que considera al hombre como la medida de todas las cosas al SENSOCENTRISMO que considera la sensibilidad como medida de todas las cosas.

II. CREACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO ANIMAL- OBJETIVOS

En el mes de septiembre de 2016 comenzó a funcionar en el Colegio de Abogados de Neuquén el Instituto de Derecho Animal, siendo los principales objetivos:

- El análisis de jurisprudencia, de legislación municipal, provincial y nacional relacionado al tema.

- Discusión y análisis de distintas situaciones que se plantean en el tema como ser la regulación de los animales en el régimen Civil y Penal, la legitimación para efectuar denuncias penales, el concepto de víctima del delito (ley de maltrato animal 14.346 y otras).
- Constituirnos en órgano de estudio y colaboración en el asesoramiento de distintas asociaciones y agrupaciones protectoras y proteccionistas
- Propender al fomento del estudio y crecimiento de esta nueva rama del derecho, ser el espacio para la investigación y el debate sobre las distintas problemáticas (maltrato y explotación animal, tenencia responsable, medidas, legitimaciones, etc).
- Organizar Jornadas de exposición, participación y debate, cursos, seminarios, etc., invitando a participar a distintos sectores de la sociedad, entendiendo que en el estudio y construcción de esta rama de derecho así como en la solución de las distintas situaciones de injusticia que se dan actualmente, son protagonistas diversos sectores e instituciones de la sociedad (Poder Legislativo Provincial y Municipal, Poder judicial (Ministerio Publico Fiscal), Asociaciones protectoras, Instituto de juegos de Azar, Consejo Provincial de Educación, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

III. ROL DEL ESTADO

Entendemos que la problemática y las soluciones deben ser abordadas desde los tres poderes del estado: legislativo, ejecutivo y judicial, a nivel nacional, provincial y municipal; siendo por ello que debemos trabajar en coordinación con los tres poderes y en los tres niveles.

En relación al Poder Legislativo, consideramos necesario y urgente la labor legislativa para actualizar la normativa vigente de fondo (ley 14.346), apoyando y trabajando en los proyectos de reforma desde nuestro lugar.

En igual sentido y en miras del cambio de paradigma es necesario que el Código Civil deje de considerar a los animales no humanos como cosas, y pase a reconocerles un *statu quo* de “seres sintientes” o “seres sensibles”. Lamentablemente, el nuevo Código Civil y Comercial en vigencia en Argentina desde el año 2015, mantiene la condición jurídica de cosas de los animales y la clasificación del Derecho determina que los derechos están reservados solo a las personas, físicas o jurídicas.

A nivel provincial, Neuquén fue una de provincias predecesoras de la Ley Nacional 27.330 de fecha 2 de diciembre de 2016, ya que prohibió las carreras de Perros, mediante la ley Provincial n° 3005 de julio de 2016.

Desde el Instituto hemos mantenido reuniones con el legislador que presentó el proyecto de ley de Hospital Público Veterinario, el que establece la creación en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Neuquén la Dirección Provincial de Salud Pública Animal, en el ámbito de la Dirección Provincial de Salud Pública Animal el programa integral para el cuidado de animales domésticos de compañía, que tendrá por objetivo contribuir a la protección, cuidado y atención de los animales domésticos en el territorio de la Provincia, y consiste en:

- La conformación del sistema de salud pública para animales domésticos de compañía y en situación de calle, integrado por Hospitales Públicos Veterinarios fijos de atención de media y alta complejidad, y Centros Móviles de Atención primaria.
- El diseño y puesta en marcha del Plan de educación ciudadana sobre tenencia responsable de animales domésticos, destinada a la sociedad en general y a las autoridades en particular.
- La conformación y funcionamiento del comité consultivo multidisciplinario destinado al diseño, promoción, control y seguimiento de la normativa vinculada al presente Programa.

La creación de Hospitales públicos veterinarios y centros móviles de atención pública veterinaria para animales domésticos en el territorio de la Provincia.

En relación al Poder Ejecutivo, lamentablemente advertimos una ausencia de medidas y políticas de prevención y contención respecto a los animales, relacionadas al control de natalidad, falta de control de caza furtiva, etc, entendiéndose necesaria la decisión política de hacer efectiva la aplicación de la normativa vigente y destinar el presupuesto necesario a tal fin.

En relación al Poder judicial, hemos efectuado distintas denuncias por maltrato animal, trabajando en conjunto con AFADA (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales, ya que la vicedirectora del Instituto es representante local de dicha ONG) y en función de los fallos pioneros en el país, que reconocen como sujeto de derecho no humano a los animales (caso Sandra – ex Zoológico de Bs. As. Que se encuentra actualmente en Ecoparque) (y caso Cecilia Zoológico de Mendoza con derivación al santuario de Sofocaba – Sao Paulo - Brasil) con asociaciones protectoras de animales, asimismo, en el entendimiento de que el poder judicial tiene un rol fundamental en cuanto la aplicación de las leyes penales son ejemplificadoras socialmente, y es necesario que la población conozca sobre el procedimiento para efectuar correctamente las denuncias por maltrato animal efectuamos una charla gratuita y abierta al público con la Fiscalía de Neuquén a tal fin.

IV. PROBLEMÁTICA LOCAL

La problemática local es amplia y diversa, entre las principales podemos nombrar numerosos casos de maltrato animal, carreras y peleas de perros, faena de carne de caballos, caza furtiva, superpoblación canina y la ausencia de políticas para resolverlas.

Respecto a la superoblación canina podemos decir que según la OMS se considera una población sana y aceptable 1 perro cada 10 ciudadanos.

En Neuquén capital hoy en día se aproxima una cifra de 1 perro cada 5 habitantes, según cifras publicadas por la Municipalidad de Neuquén.

En Centenario, segunda ciudad más grande de la provincia, se estima una super población canina de 1 perro cada 3 habitantes, debido a la falta de políticas durante años.

Las poblaciones caninas se dividen en tres: animales sin familia, animales en situación de calle con una persona a cargo y animales con familia.

El último grupo representa la mayor causa de población, debido a la falta de educación respecto a La esterilización.

Muchos animales en situación de calle viven en condiciones extremas de salud, razón por la cual no llegan a concretar la preñez.

La ciudad de Neuquén contamos con una ordenanza modelo en materia de control de poblaciones caninas y educación ciudadana (que fue tomada del municipio de Almirante Brown provincia de Buenos Aires), cuya correcta aplicación daría excelentes resultados, pero lamentablemente no es la realidad.

Caza:

Neuquén es una sede mundial de caza “deportiva”, hay mucha caza de ciervos y jabalíes Se realiza generalmente en estancias ubicadas cerca de las localidades de Junín de los Andes, San Martín de los Andes, Aluminé y Zapala. También hay cotos de caza mayor en áreas de los Parques Nacionales Lanín y Nahuel Huapi.

En la región existen tres variedades exóticas de ciervos que pueden ser cazados: el ciervo colorado, la dama y el axis. Cazar especies autóctonas está totalmente prohibido.

(Pudu: es el ciervo más pequeño que existe. La especie se encuentra amenazada de extinción en Argentina, debido a la caza furtiva, la tala de bosques y los predadores carnívoros. En la Isla Victoria existe una estación de cría. El Pudu se reproduce en cautiverio)

Mara: también llamada liebre patagónica, La mara es una especie amenazada por la caza furtiva y la extensión de los cultivos y pastoreos.

Puma: o león americano ha visto reducido su dominio a las zonas montañosas, boscosas o desérticas, donde es casi imposible divisarlos. Como todos los felinos, es muy ágil, tiene el olfato y oído muy desarrollado. Posee hábitos nocturnos y solitarios. Alcanza los 2 metros de largo y los 60 kilos de peso. Las hembras tienen dos o tres cachorros tras 90 días de gestación.

Huemul (*Hippocamelus bisulcus*) es un ciervo americano que habita en las alturas andinas. Es un animal robusto. El macho tiene un par de cuernos con dos puntas.)

La temporada de caza mayor del ciervo colorado se extiende desde principios de marzo a fines de mayo, mientras que la del jabalí europeo comienza a principios de marzo y concluye a fines de octubre. La actividad mayor, en lo que respecta al ciervo se desarrolla todos los años desde el 1 ° de marzo hasta el 30 de abril. El jabalí puede cazarse todo el año, al igual que el puma, con la salvedad, con respecto a éste último, que su caza está prohibida en toda el área de los parques nacionales, exigencia que es común a todos los parques nacionales del país en lo que respecta a las especies autóctonas, no así con las introducidas o exóticas.

La caza menor encuentra especies como la perdiz, pato, martineta, codorniz y liebre europea. La temporada se extiende desde principios de mayo hasta fines de julio

Existen 47 establecimientos de campo en los cuales se alquilan cotos de caza y 26 cotos oficiales, entre provinciales y nacionales, muchos de los cuales ocupan sectores amplios del Parque Nacional Lanín. Cada establecimiento privado cuenta con guías y peones que secundarán al cazador.

En el caso de los cotos oficiales, en las zonas de concentración, como Junín y San Martín de los Andes existen registros, nacionales y provinciales, con los nombres y domicilios de los guías, información que también se suministra en la Administración de Parques Nacionales.

En la provincia hay estancias, con decenas de miles de hectáreas, donde funcionan cotos privados.

Tanto en San Martín de los Andes como en otras localidades de nuestra provincia, como Junín de los Andes, Chos Malal y Zapala, el robo de ganado y la caza furtiva, caza indiscriminada es una problemática constante, en violación a la ley de conservación de la fauna n° 22.421

Es importante destacar que el 31 de marzo de 2016 AFADA solicitó un informe al Ministerio de Seguridad, Trabajo y Ambiente, Dirección de Fauna y Flora de Neuquén, sobre caza deportiva, modalidades del ejercicio de la actividad, temporadas y cupos de caza (mayor y menor), registro y nominas de cazadores, permisos y licencias de caza, credenciales de legítimo usuario de armas, clases y calibres de armas de fuego, aprobación de los exámenes teórico prácticos de capacitación, permisos de caza otorgados, personería jurídica otorgada en la jurisdicción, estatuto, lista de socios activos, y requisitos establecidos por el Registro Nacional de Cazadores Deportivos, normativa sobre caza con jauría o al acecho de jabalíes u otras especies silvestres, aplicación del Decreto 666/97, etc y, ante la falta de respuesta, en fecha 08/06/16 AFADA presentó un pronto despacho sobre el pedido de informe, sin haber recibido a la fecha respuesta alguna.

A fines de 2016 se presentó en la legislatura de la Provincia de Neuquén un proyecto de ley para prohibir los cotos de casa en toda la provincia, prohibiendo la caza recreativa de animales autóctonos y exóticos en estos sitios permitidos. También inhabilita cualquier autorización o permiso a los propietarios del coto de caza. Proyecto de ley que cuenta con el apoyo del Instituto.

V. ACCIONES ESPECÍFICAS

En relación al Poder Legislativo:

El Instituto presentó a la legislatura de Neuquén el proyecto de ley para adhesión a la Declaración Universal de los Derechos del Ani-

mal (ONU 1978). La declaración, proclamada el 15 de octubre de 1978, fue aprobada por la Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

La misma es la base protectoria, ya que es un código de conducta y de respeto hacia todos los animales, es una declaración universal, que debería ser tomada como punto de partida, por cada una de las legislaciones estatales, ya que si bien en cada uno de los Estados existen individuos, que son conscientes a título individual de la existencia de tales derechos y una reducida parte de ellos lucha por su reconocimiento, es necesario que se produzca un reconocimiento jurídico estatal e internacional de los mismos, para que no se reduzcan a una mera declaración formal.

El objetivo es presentar proyectos de ley y seguir trabajando en conjunto con los legisladores en los distintos proyectos de ley como el de Hospital Público Veterinario, Prohibición de caza, etc.

Poder Ejecutivo: en relación al Poder Ejecutivo, el objetivo del Instituto es llamar a un comité de acción para coordinar políticas Nacionales, Provinciales y municipales con el fin de resolver las distintas problemáticas, advirtiendo que el camino no es subestimar la problemática en relación a la prevención, cuidado o delitos contra los animales ó entrar en discusiones sobre el Poder de Policía o jurisdiccionales, sino entender la necesidad de una acción coordinada, concertada, conjunta del estado y de las decisiones políticas de efectivamente resolver los diversos problemas.

Poder Judicial:

Continuaremos trabajando en conjunto y coordinación con el Ministerio Público Fiscal y con el Poder judicial para la aplicación de la ley.

Es importante destacar que desde enero de 2014 se encuentra vigente en nuestra provincia el nuevo código de procedimiento procesal penal, la provincia cuenta con un Ministerio Público Fiscal que es el responsable de fijar la política de persecución penal del Estado, y lo hace con autonomía funcional, es decir define qué, cómo, cuándo y quién va a investigar”.

El cambio implicó dejar el sistema inquisitivo para pasar al sistema acusatorio, el cual como sabemos consiste en que los representantes del Ministerio Público Fiscal son responsables de impulsar la persecución penal contra los sospechosos de cometer un delito, y que los miembros del Ministerio Público de la Defensa garantizan el derecho a defensa de los acusados. Los/as jueces mantienen un rol imparcial sin involucrarse en la investigación, y resuelven luego de escuchar los planteos del fiscal y del defensor. Todos los debates se hacen en audiencias, motivo por el cual dejó de existir el expediente de papel ya que todo el proceso es oral.

Las denuncias que se realizan en sede policial o en una oficina del Ministerio Público Fiscal, son derivadas en forma exclusiva a un/a fiscal que tiene el rol de dirigir la investigación con la colaboración de la Policía. De acuerdo al tipo de delito denunciado, se define qué fiscalía interviene ya que los/las fiscales trabajan en forma especializada, según los diferentes hechos.

Es por ello que desde el Instituto tenemos como objetivo lograr que los delitos contra los animales sean considerados dentro de las políticas de persecución penal del Estado y en consecuencia se forme una fiscalía especializada para esos delitos.

Además de entender que la problemática y las soluciones deben ser abordadas desde los tres poderes del estado, consideramos fundamental la necesidad de incorporar la cuestión del Derecho Animal en la educación, desde los niveles iniciales, hasta las Facultades de Derecho a lo largo y ancho del País.

Es dable destacar que en la UBA desde marzo de 2015 se dicta la materia Derecho Animal, en el C.P.O de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires, lo que marcó un hito en la historia de la facultad y la Universidad de Buenos Aires

Desde hace pocos años también se dicta en la Universidad Nacional de Córdoba.

En fecha 9 de junio de 2016, meses antes de la formación del IDA, en el Colegio de Abogados de Neuquén se realizó la primer Jornada de Derecho Animal en la que disertaron los docentes Dres. Maria de las Victorias González Silvano; Gerardo Biglia y Nuria Kojusner (Veterinaria), y que fue declarada de Interés por

la Legislatura de la Provincia de Neuquén mediante Declaración n° 1836 del día 18 de mayo de 2016.

El 13 de mayo de 2017 realizaremos en el CAPN una charla gratuita y abierta al público con el objetivo de fijar un protocolo consensuado de acción, con funcionarios del Poder Judicial (fiscal y funcionarios del Ministerio Público Fiscal) ante la creciente demanda social y el aumento de casos tipificados en la ley 14.346, entendiendo necesario difundir a colegas, funcionarios judiciales, policiales y público en general, las pautas procesales indispensables para evitar dispendios jurisdiccionales innecesarios y asegurar el resultado de las medidas judiciales en pos de la efectiva aplicación de la norma. Los temas son: 1.- Maltrato Animal: Concepto. Norma Aplicable y Sanciones; 2.- Denuncia: Procedimiento. Entidades facultadas para su recepción. Requisitos; 3.- Procedimiento: Medidas probatorias. Medidas protectorias. Allanamiento.; 4.- Casuística.

Nuestro objetivo es continuar proponiendo y organizando encuentros, capacitaciones y la labor conjunta e interdisciplinaria con el objetivo de evolucionar y resolver las diversas cuestiones y problemáticas actuales.

Finalizamos el presente compartiendo la reflexión del autor italiano Valerio Pocar, “La batalla por el reconocimiento de los derechos de los animales es ciertamente una autentica batalla revolucionaria, sin embargo, como trato de demostrar, para nada precoz, porque afrontar la cuestión de los derechos de los animales no humanos significa precisamente también afrontar el nudo crucial de los derechos humanos. El éxito de esta batalla llegará, quien sabe cuando, como le sucede justamente a las revoluciones, que ven en corto plazo nacer las ideas que las inspiran, pero se cumplen, si es que se cumplen, en tiempos no previsibles. Considero que ésta será la gran batalla por los derechos del Tercer milenio” “Los Animales no Humanos. Para una sociología de los derechos”, Laterza, año 2005.

