

DERECHOS HUMANOS PERSPECTIVA Y ACTUALIDAD

**TOMO I
DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Actualidad, perspectiva y las nuevas tecnologías**

PATRICIO MARANIELLO
DIRECTOR

REPÚBLICA ARGENTINA. AÑO 2017



Índice

Autoridades.....9

CAPÍTULO I

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

La Justicia Constitucional y los derechos humanos

PATRICIO MARANIELLO (ARGENTINA).....13

Derechos Humanos y Justicia Constitucional en Derecho Francés

FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE (FRANCIA).....71

El derecho a decidir y el principio democrático

JOSÉ TUDELA ARANDA (ESPAÑA).....99

Los principios ético-morales de la Sociedad Rural y el bloque de constitucionalidad en Bolivia

Su configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional

ALAN E. VARGAS LIMA (BOLIVIA).....131

Estado actual del recurso extraordinario federal - Claroscuros

GLADIS E. DE MIDÓN (ARGENTINA).....173

Dignidad Humana

ALEJANDRO MARTÍN AVALOS VALDEZ (PARAGUAY).....201

La dignidad humana

JUAN MARCELINO GONZÁLEZ GARCETE (PARAGUAY).....215

Los fallos “Fontevicchia” y “Schiffrin” de la CSJN

Apuntes para ordenar el debate

CARLOS D. LUQUE (ARGENTINA).....231

Las variables contemporáneas del control de constitucionalidad y de convencionalidad

PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ (PARAGUAY).....245

Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño

PLAUTO CAVALCANTE LEMOS CARDOSO (BRASIL).....275

Un nuevo mecanismo de la democracia constitucional: las audiencias públicas informativas en el Órgano Judicial

CARLOS IGNACIO GIUFFRÉ (ARGENTINA).....297

El llamado acceso a la jurisdicción

NORA NOEMI FARIÑA (ARGENTINA).....321

**Direitos humanos e os tratados internacionais
O direito humano dos refugiados ambientais à proteção do direito internacional e dos tratados internacionais**

CÉLIA TERESINHA MANZAN (BRASIL).....335

La protección judicial del derecho humano a la libertad física o ambulatoria a través del habeas corpus, en particular sobre el agravamiento en las formas y condiciones de detención de personas privadas de su libertad

IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO (ARGENTINA).....355

“La tutela jurisdiccional del derecho a la vivienda en Argentina”.

Apuntes de derecho comparado

SOFÍA RECA MILANTA | JIMENA MARÍA ZICAVO (ARGENTINA).....381

Le y de pueblos indígenas en Guatemala: omisión legislativa vs pluralismo jurídico efectivo

PABLO ANDRÉS BONILLA HERNÁNDEZ (GUATEMALA).....411

A liberdade de expressão e culto contra a pseudo homofobia a luz do direito constitucional

RICARDO APARECIDO DE SOUTO | AVELINO THIAGO DOS SANTOS MOREIRA (BRASIL).....441

Los derechos humanos en las unidades de detención argentinas: ¿realidad o utopía?

XIMENA PAULA MORALES (ARGENTINA).....465

CAPÍTULO II

DERECHOS HUMANOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....483

Derechos humanos y tecnología: hacia el siglo XXII

JUAN ANTONIO TRAVIESO (ARGENTINA).....485

Biotecnología y Derechos Humanos

Su impacto en el ordenamiento jurídico interno e internacional

MARIANA BLENGIO VALDÉS (URUGUAY).....499

La estructura de la norma y los cambios informales de la Constitución

ADRIANO SANT'ANA PEDRA (BRASIL).....517

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

La Justicia Constitucional y los derechos humanos

PATRICIO MARANIELLO¹ (ARGENTINA)

¹ Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

Introducción

Luego de la revolución constitucional norteamericana, el juez no solo debería resolver conflictos como juez ordinario, sino también debería velar por la supremacía y cumplimiento de la constitución, como juez constitucional².

En este último aspecto es donde podemos decir que nace la justicia constitucional, pues a partir de allí se diferenció de su rol anterior, desarrollando una tarea mucho más importante como poder del Estado, pues podía declarar la inconstitucionalidad de normas dictadas por los otros poderes (ejecutivo y legislativo) posicionándose como un poder muy fuerte dentro del mismo.

Esta última labor se la dividió en dos sistemas: difuso y concentrado. La tarea desarrollada en forma concentrada fue definida por la labor del juez(a) constitucional como legislador(a) negativo(a) adjudicada a Kelsen³ y posteriormente instalada en los Tribunales Constitucionales austriacos y checos en 1920.

Por su parte, el sistema difuso o norteamericano tuvo su origen en la Constitución de EEUU de 1787, en el caso “Marbury vs. Madison” en el año 1803 y en el libro el Federalista⁴. Este sistema se caracteriza por la diversificación o desconcentración en el control de constitucionalidad o judicial review, donde todos los jueces pueden desarrollarlo dentro de las causas que son sometidas a su conocimiento y decisión.

La justicia constitucional ha tenido a partir de la mitad de siglo pasado un rol muy diferente del que venía desarrollando históricamente, pues, como ya hemos señalado, de tener un rol institucional ceñido a la

² En Venezuela el vigente texto constitucional recoge en su artículo 7 el concepto siguiente: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejerzan el Poder Público están sujetos a esta Constitución

³ De la cual se ha preguntado si alguna vez rigió, un desarrollo de dicho análisis sobre el particular se encuentra en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional. México. Porrúa. 2006

⁴ Que fuera escrito por Hamilton, Madison y Jay en 1788.

protección de la supremacía constitucional, colocando a la constitución por sobre todo los ordenamientos jurídicos, pasó a tener una tarea expansiva denominada “constitucionalización del derecho” (tanto en sus efectos directos como en los indirectos⁵),

Ante ello, la justicia constitucional produjo:

1) La “constitucionalización del Derecho privado”. Aquí podemos observar como el derecho privado no está solo o aislado sino custodiado por el derecho constitucional, ejemplo de ello tenemos el artículo 1 del Código Civil y Comercial de Argentina⁶;

2) La “constitucionalización del derecho social”. Al plantear como responsabilidad del juez constitucional hacer cumplir los derechos sociales, debiendo desempeñarse como agente de integración social (con las responsabilidades de cohesión, inclusión, reconciliación y la prevención social que aquello involucra). Todo ello desde un rol de mediación social, bajo parámetros jurídicos, frente a los más relevantes problemas sociales o económicos de una sociedad.

3) La “constitucionalización del derecho internacional”, que también se la ha denominado la “constitucionalización de la política”⁷; debiendo liderar una convencionalización del Derecho, ya sea inter-

⁵ 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

⁶ Artículo 1°. - Los casos que este Código deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho

⁷ Una explicación de los alcances de este concepto, con especial énfasis a sus implicancias para el caso peruano la encontramos en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: "Balance a veinte años de vigencia de la Carta de

pretando 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 considerada contraria a dicho Tratado (en el ejemplo concreto que acabo de plantear, contraria a este Convenio o esta Convención).

Para Alfonso Martínez Lazcano y Mariscal Ureta⁸, 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.

De este modo 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–⁹.

Este motor de cambio reside primordialmente en los derechos humanos, como una respuesta para evitar repetir los horrores de la

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.

⁸ "Derechos humanos y la justicia transnacional", ponencia presentada para el Segundo Congreso Argentino de Justicia constitucional, en Villa La Angostura, Argentina, del 31 de agosto al 01 de septiembre de 2017.

⁹ Maraniello, Patricio A. y Cohn, Silvia N., Tratado de derecho de integración, tomo I, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, p. 381.

Segunda Guerra Mundial y autorespetar 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, económicos y culturales, 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 intereses internos de los países, porque está probado que el poder nacional sucumbe a los derechos humanos nacionales.

En Argentina, los Derechos humanos han sido materia de regulación y protección separados, tanto por normativas en el orden interno como en el orden internacional.

En este aspecto, existen dos posiciones doctrinales acerca del valor jurídico de los Tratados internacionales: a) dualista, que les asignaba idéntico rango jurídico que a las leyes, de suerte que la ley posterior derogaba al Tratado anterior¹⁰, y b) monista, que consideraba que los Tratados tenían un rango superior a la ley (es decir, supra-legal)¹¹, tesis, esta última, que recogió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de mención.¹²

Con la reforma constitucional Argentina de 1994, los Tratados – en la pirámide jurídica– exhiben dos niveles jerárquicos. Aquellos

¹⁰ Fallos 257:99; 271:7 y 311:401 y 1402, este último precedente con la disidencia del juez Bacqué (pág. 1081).

¹¹ Bidart Campos, Germán: (1986), Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo I, Ediar, pág. 104; y Hitters, Juan C.: "Algo más sobre el llamado Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho argentino". La Ley 1990-D:1059.

¹² Atribuyendo primacía supraconstitucional operativa a los compromisos internacionales sobre derechos humanos, antes de la reforma constitucional de 1994 (que les asignó jerarquía constitucional), cfr. Gordillo, Agustín: (1988), Derechos humanos, 3ª edición, Fundación de

con jerarquía constitucional –es decir al mismo nivel que la Constitución–, que integran el bloque de constitucionalidad federal, receptados por el artículo 75, inciso 22, –instrumentos internacionales de derechos humanos (derecho internacional humanitario)– y los demás, por debajo de la Constitución Nacional, pero por encima de las leyes (así, v.g. el derecho internacional corporativo)¹³, entendiendo por éstos los contemplados en el art. 27 de la Constitución, con sujeción a sus arts. 29 y 116 y consecuente reserva al art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹⁴.

Planteadas dichas cuestiones, nuestro análisis, en el presente trabajo, básicamente se circunscribirá a la gran transformación

Derecho Administrativo, capítulo III, págs.1 y ss. En la misma línea, Fallos 316:1669 (7/7/93, in re: "Fibraca Constructora c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande"). En doctrina, Barra, Rodolfo: "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso 'Francovich'". Una experiencia para el Mercosur", La Ley, Tomo 1993-D:1064/80, en especial pág. 1077 y ss., donde cita un tercer fallo de la CSJN, in re: "Servini de Cubría, María Romilda s/amparo", Fallos 315:1943 (8/9/92); cfr. también Fallos 317:1283 (13/10/94) in re: "Cafés La Virginia"; Apesteguía, Carlos Alberto: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional", La Ley Tomo 1994-C:881; Grün, Ernesto: "Acerca de las consecuencias del fallo 'Ekmekdjian' en el ámbito tributario", Impuestos, Tomo L-B:2066 y sus citas. Con matiz crítico, cfr. Herrendorf, Daniel: "El 'caso Fibraca' y un réquiem para el concepto clásico de soberanía". La Ley Actualidad, 7/10/93.

¹³ Colautti, Carlos E.: "Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución", La Ley, Tomo 1994-D:1145 y Sagüés, Néstor Pedro: "Los tratados Internacionales en la Reforma de la Constitución Argentina de 1994", La Ley, Tomo 1994 E:1036

¹⁴ Art. 27, CN:

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 derechos públicos establecidos en esta Constitución;

que ha producido los derechos humanos en la constitucionalización del derecho internacional, lo que se ha denominado la “Constitucio-

art. 116, CN:

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos... por los tratados con las naciones extranjeras; de los asuntos en que la Nación sea parte...;

y reserva al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica contenido en el instrumento de ratificación suscripto por el entonces presidente Alfonsín y su canciller Caputo enviado a la Secretaría General de la OEA con el siguiente texto:

El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de “utilidad pública” e “interés social”, ni lo que éstos entiendan por “indemnización justa”.

Dicha reserva fue efectuada y tramitada con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscripta el 23 de mayo de 1969 y cuenta con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Nuevas razones que abonan y confirman la perversa inconstitucionalidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales arbitrales del CIADI y otros procedimientos arbitrales, incluidas las transferencias de jurisdicción nacional en favor tribunales judiciales extranjeros (como son las demandas contra la Nación Argentina radicadas ante aquéllos en relación con operaciones de crédito público), es decir en materias en las que están involucrados actos de derecho público, la soberanía nacional y el orden público constitucional (arts. 27,29, 31, 116 y concordantes de la carta magna de los argentinos, cfr. Costante, Liliana B. Y Corti, Arístides Horacio M.: (2005) Arbitraje, Emergencia Económica, Soberanía y orden público constitucional. en Revista del Colegio de Abogados de San Isidro –N°115 (Julio/Agosto 2005); Costante, Liliana B., “Notas sobre prórroga de jurisdicción”, *La Ley*, Tomo 2004 F:1138/43 y Corti, Arístides Horacio M., “Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)”, *Realidad Económica*, N° 211, abril/mayo 2005, págs. 96/102. Cfr. también lo expuesto y citas “infra” nota 23.

nalización de los derechos humanos”; en Argentina básicamente a partir del precitado artículo 75, inciso 22, donde se han jerarquizado constitucionalmente los derechos humanos y los pronunciamientos de los organismos internacionales que controlan su cumplimiento, siendo estos vinculantes para los distintos niveles de gobierno, poderes y órganos del Estado Argentino, en cuanto los mismos definen las condiciones de vigencia de dichos instrumentos internacionales¹⁵.

¹⁵ Cfr. Pizzolo, Calógero: “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal”, *La Ley*, tomo 2006-D:1023 (y doctrina y jurisprudencia internacional y de la CSJN allí citadas). En especial acerca de la evolución de la CSJN respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de los órganos internacionales de control, no solo los de la Corte IDH sino también de la Comisión IDH, del Comité de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros órganos similares, cfr. sus capítulos VI (págs. 1036/40) y VII (págs. 1040/2). Es que, como bien señala Calógero Pizzolo en págs. 1041/2, cualquier discriminación al respecto “significaría llevar adelante una discriminación infundada” para “la tutela efectiva” de los derechos humanos; añadiendo que:

Demás está decir que una discriminación de este tipo (entre sentencias y recomendaciones) nada tiene de compatible con el objeto y fin de un instrumento internacional sobre derechos humanos... Si se des jerarquiza el valor de las recomendaciones elaboradas por la Comisión IDH no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional.

Cfr. también Gialdino, Rolando E.: “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos”, *La Ley*, tomo 2008-C:1295 y Violetto, Leonardo: “El Consejo Asesor de la Magistratura y el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, *Suplemento La Ley Constitucional*, 29/03/10, págs. 1/6 y Fallos 315:1492; 318:514; 319:1840; 321:3555; 328:1491, 2056 y 3399, 330:2361 y 331:916. De mediar contradicción entre la doctrina fijada por la Comisión IDH y la interpretación adoptada por la Corte

I. La Constitucionalización¹⁶

La Constitucionalización del orden jurídico supone un criterio de racionalización sobre lo Constitucional dejando de lado la superficialidad imperante, indagado como un nuevo marco teórico, no exento de polémicas, por cierto. Como también comporta un criterio metodológico para comprender lo Constitucional, que primordialmente supera a la teoría, para justificar la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

Consiste en la marcha y resultado de la transformación del Derecho causado por la Constitución¹⁷, conllevando la idea de impregnación de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales¹⁸. La Constitución pasa a tener una visión unificadora, posicionándose como remedio a los efectos destructivos del orden

IDH debe preferirse la segunda, cfme. Corte IDH, sentencia del 26/6/87, párrafo 29, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares (cfr. Albanese, Susana: (1997), Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas, Tomo I, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, pág. 51, nota 59, y Tomo II, págs. 639 y ss., en especial págs. 646/7.

Planteándose un valor vinculante restrictivo de la jurisprudencia de la Corte IDH cfr. Gelli, María Angélica, “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso `Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, La Ley, 01/06/10, págs. 1/3.

¹⁶ Villalba Bernié, Pablo Darío: “Las variables contemporáneas del control de constitucionalidad y de convencionalidad”, ponencia presentada para el Segundo Congreso Argentino de Justicia constitucional, en Villa La Angostura, Argentina, del 31 de agosto al 01 de septiembre de 2017.

¹⁷ García Figueroa, Alfonso, La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo, publ. en Neoconstitucionalismo, Edición de Miguel Carbonell, p. 163, Editorial Trotta, 2ª Edición, Madrid, España, Año 2005.

¹⁸ Guastini, Riccardo, La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, publ. en Neoconstitucionalismo, p. 49, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid España, Segunda Edición, Año 2005

jurídico, mediante una previsión de mayor rango, un derecho más alto¹⁹, de fuerza obligatoria incluso para el legislador, que debe condicionar su actuación a la misma. La premisa genera la noción de que, más allá de la literalidad normativa, están los valores y los principios inmanentes consagrados en la Constitución que no merecen soslayarse.

Plantea que no hay problema jurídico que pueda evitar estar constitucionalizado, irradia la creencia indubitada que no pueda ser posible una esfera politizada separada o inmune a la influencia constitucional. Según Prieto Sanchís, “no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado”²⁰, trasuntando que cualquier tipología jurídica desemboca en una argumentación de los derechos fundamentales²¹.

Sin dudas, la Constitucionalización retrata la imagen que el orden jurídico se visualiza constitucionalizado, comporta que las normas de rango inferior tienen que estar acorde con los principios y valores formales y axiológicos de la Constitución²², pero no solo eso, sino que en cada casuística deben aplicarse programáticamente los principios y valores consagrados en la norma superior.

Dicho proceso de constitucionalización es una de las tareas más innovadoras para la justicia constitucional, porque debe armonizar todos los derechos bajo parámetros constitucional, con un complemento colaborativo por parte de los tratados Internacionales de derechos humanos.

¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, p. 39, Editorial Trotta, 6ª Edición, Madrid, España, Año 2005.

²⁰ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, p. 213 y sgtes., publ. en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Dir. Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, España, Año 2007

²¹ Tamayo Jaramillo, Javier, *La decisión judicial*, T. I, p. 83, Editorial Diké, Medellín, Colombia, Año 2011.

II. Tratados internacionales de derechos humanos

Los tratados de derechos humanos difieren del resto de los tratados multilaterales debido al especial objeto que persiguen. Mientras que los tratados multilaterales clásicos responden a una lógica sinalagmática en la cual los Estados contratantes reciben derechos y obligaciones en forma recíproca, los tratados de derechos humanos ponen en cabeza del Estado obligaciones orientadas a brindar protección a las personas bajo su jurisdicción, sin recibir beneficios directos a cambio. Mónica Pinto lo sintetiza de la siguiente forma:

“...La obligación de respetar exterioriza la alteridad. El Estado se compromete en instrumentos en los que como entidad no adquiere derecho alguno, ya que todos ellos son en cabeza de otro sujeto de derecho, el individuo...”²²

Otra diferencia determinante consiste en que los tratados de derechos humanos persiguen un interés general y no ya un interés individual como es el caso de un Tratado multilateral. Por tal motivo, todo Estado que tome conocimiento de una violación por parte de otro Estado a los derechos básicos reconocidos a la persona por su condición de tal, debe activar los mecanismos previstos para demandar la responsabilidad internacional de aquél.

Como corolario de la diferencia apuntada, podemos mencionar otra distinción: en tanto la reciprocidad es un principio que rige en los Tratados en general, el mismo no se aplica en los tratados de derechos humanos. Esto puede graficarse con el siguiente ejemplo: en muchas ocasiones, cuando un Estado incumple las obligaciones asumidas, los otros Estados contratantes suelen realizar actos en represalia a tal falta, por ejemplo con un bloqueo económico. En los tratados de derechos humanos ello no es posible, atento que los mismos responden a objetivos de carácter humanitario, de manera que

²² Pinto, Mónica, *El derecho internacional, Videncia y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, Buenos Aires, 2008, p.97.

jamás la violación a tales derechos por parte de un Estado habilitará a otro u otros Estados firmantes a violar idénticos derechos a personas bajo su jurisdicción.

III. Instrumentos internacionales de derechos humanos

A partir de la creación de la Carta de las Naciones Unidas, el mundo, en su búsqueda de paz y de seguridad, dio inicio a una proliferación de instrumentos internacionales de derechos humanos que se detallan a continuación:

* Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual no es vinculante pues ha sido instituida a través de una resolución de Naciones Unidas.

* Los pactos del año 1966, conocidos como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, crean, como ya se dijo en el punto anterior, un sistema de control y fiscalización para el cumplimiento de los Estados del respeto a los derechos humanos.

* La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada mediante resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 la cual entró en vigor en fecha 3 de septiembre de 1981.

* La Convención sobre los derechos del niño adoptada mediante resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, la cual entró en vigor en fecha 2 de septiembre de 1990.

* La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de adoptada mediante resolución 2106(XX) del 21 de diciembre de 1965; la cual entro en vigor en fecha 4 de enero de 1969.

*La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes adoptada mediante resolución 39/46 de 10 de diciembre 1984, la cual entró en vigor en fecha 26 de junio de 1987.

* La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada mediante resolución 23/91 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968; la cual entro en vigor en fecha 11 de noviembre de 1970.

* La Convención sobre la esclavitud de 1926 modificada por el protocolo el 7 de diciembre de 1953; la cual entró en vigor en fecha 7 de julio de 1995.

* Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud adoptada mediante resolución 608 (XXI) de fecha 30 de abril de 1956, la cual entró en vigor en fecha 30 de abril de 1957.

* La Convención sobre los derechos políticos de la mujer adoptada mediante resolución 640 (VII) de 20 de diciembre de 1952 la cual entró en vigencia en fecha 7 de julio de 1954.

* La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid adoptada mediante resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973 que entró en vigor el 18 de julio de 1976.

* La Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, adoptada mediante resolución 40/64 G, del 10 de diciembre de 1985.

*Convenio (N. 105) relativo a la abolición de trabajo forzoso de fecha 25 de junio de 1957; el cual entró en vigor e fecha 17 de enero de 1959.

*Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado mediante resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 el cual entró en vigor en fecha 25 de julio de 1951.

*Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de fecha 27 de junio de 1989, que entró en vigor en fecha 5 de septiembre de 1991.

*Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada mediante resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990.

Con relación a las normas regionales de derechos humanos, tenemos como las más importantes:

*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950, el cual entró en vigor en fecha 3 de septiembre de 1953.

*Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (carta de Banjul) de fecha 27 de julio de 1981.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1979.

IV. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Podemos sostener, conforme Gerardo Prado Herrera²³, que la búsqueda principal de protección de la comunidad internacional en su conjunto, y por ende del derecho internacional público, han sido los derechos humanos, que son aquellos derechos inherentes al hombre, es decir, los que el hombre tiene desde el momento de nacer y los posee por el solo hecho de haber nacido e incluso antes de nacido, con todas las connotaciones y propiedades que hemos desarrollado.

²³ Prado Herrera, Gerardo Gianni: "Introducción al derecho Internacional Público". Ed. Grafsol, La Paz, año 2008.

Al respecto, aclara Prado Herrera, el Derecho Internacional Humanitario no debe confundirse con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; este último abarca el estudio de los derechos humanos en general; el primero, en cambio, "es la rama del derecho internacional público aplicable en los conflictos bélicos de carácter internacional y de carácter interno; mediante el cual se trata de garantizar el respeto a la persona humana en la medida compatible con las exigencias militares y con el orden público, así como de atenuar el rigor de las hostilidades y rige para las personas civiles que no son parte del conflicto así como para aquellas que han dejado de ser parte del mismo".

El Derecho Internacional Humanitario se basa en los cuatro convenios suscritos en Ginebra en 1949: 1) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; 2) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en el mar; 3) Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra; 4) Convenio sobre protección de civiles en tiempo de guerra.

Históricamente, la doctrina de manera unánime coincide en que una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, y estatuida la Carta de las Naciones Unidas, se estableció como principio de Derecho Internacional el respeto de todos los Estados para la paz y la seguridad internacionales con la obligación y la prohibición del no uso de la fuerza, como advirtiéramos en el punto anterior²⁴.

Y, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "el Derecho internacional público se transforma, se humaniza desmembrándose una rama nueva conocida como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

IV.1. Definición

Por eso para definirla señala que el "DIDH puede entenderse como: "aquella rama del Derecho Internacional Público que estudia, regula y

²⁴ Sorensen Max: "Manual de Derecho Internacional Público". México. Fondo de Cultura Económica. 1985.

promueve los Derechos Humanos en toda la comunidad internacional y establece el procedimiento con el que el individuo puede acceder a tribunales internacionales para la protección de sus derechos a través de principios internacionales, normas internacionales y tratados”.

Aclara Prado Herrera²⁵ que precisamente después de promulgada la Declaración de Derechos Humanos se vio "la necesidad de crear otras normas internacionales de carácter vinculante ya que la Declaración de los Derechos Humanos no es vinculante para los Estados".

En su ponencia, Carlos R. Constenla²⁶ destaca que “hasta no hace muchos años era impensable suponer que se aplicara la sentencia de un tribunal internacional dentro de un Estado determinado; y mucho menos imaginar que los procedimientos desarrollados en un país serían reconocidos como válidos para enjuiciar y condenar a ciudadanos que cometieran crímenes de lesa humanidad en otro. Sin embargo, con el correr del tiempo, esto fue posible. Un nuevo derecho, generado como reacción frente a los hechos atroces producidos durante la última guerra mundial y después de ella, se fue abriendo camino, y a pesar de no haber obtenido una plena consolidación, dado que la mayoría de los Estados son aún renuentes a su plena aplicación, es hoy una realidad tangible”.

Precisamente, aclara que ese derecho se trata del llamado DIDH, el que califica de "gravitante y expansivo capítulo del Derecho Internacional Público de este tiempo".

IV.2. Vigencia

La vigencia efectiva de la DIDH está, según Constenla²⁷, directamente vinculada a las vicisitudes del derecho interno, y aclara que: “La je-

²⁵Prado Herrera, Gerardo Gianni, ob.cit.

²⁶ Constenla, Carlos R: “Aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina”, ponencia presentada en el XXI Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos., organizado por Asociación Defensores del Pueblo de la República Argentina.

²⁷ Constenla, Carlos, ponencia citada.

rarquía de los distintos instrumentos internacionales en general y en particular sobre derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por lo tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un Tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho estatal. En términos generales las Constituciones les otorgan a estos instrumentos internacionales cuatro tipos de rango o valor: 1) Supraconstitucional; 2) Constitucional; 3) Supra legal; y 4) Legal”.

La Constitución histórica Argentina de 1853/60 había acogido la vigencia de los Tratados internacionales como derecho interno, con una neta aplicación de la doctrina dualista. Advierte Constela²⁸ que "la República Argentina, suscribió los instrumentos internacionales fundamentales que rigen el sistema de los derechos humanos. Votó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Desde 1952 fue parte de la Convención para la Prevención del Delito de Genocidio y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial vigente desde 1969. En 1984 se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). No solo adhirió a la parte dogmática de este acuerdo, sino que también aceptó los mecanismos de control y jurisdiccionales que él establece. Se sometió a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus fallos. Se hizo parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo en 1986; de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1985; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en 1986 y de la Convención de los Derechos del Niño en 1989”²⁹.

²⁸ Ponencia citada.

En atención a la redacción del artículo 31 de la CN, se entendía que la exigibilidad ante nuestros tribunales de un derecho en virtud de una convención internacional era programática, y para hacerse válido dependía de su tutela por parte de normas internas del Estado. En tal sentido, subyacía la teoría de que siendo una ley la que ratificaba un Tratado, otra ley podía derogarla o modificarla, desvirtuando así su contenido.

Como hemos señalado, a partir del difundido caso "Ekmekdjian" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina³⁰, es que se puede considerar que se inició el reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno.

La doctrina entiende, sin lugar a dudas, que mediante el mismo se resolvió que los Tratados tienen jerarquía superior a las leyes federales, de modo que una ley posterior no puede modificar su contenido, y quedó establecido que el derecho que se invoca con fundamento en una norma internacional es directamente operativo.

La Corte destacó que, cuando se trataba de la aplicación de un Tratado internacional por parte de un tribunal de justicia, su resolución debía conformarse a la jurisprudencia de los órganos internacionales aplicados a la interpretación del instrumento internacional (en el caso la Corte Internacional de Derechos Humanos)

La reforma constitucional de 1994, como señaláramos en los acápites a los que remitimos, creó un nuevo bloque de constitucionalidad (artículo 75° inc. 22) que sigue en lo esencial lo resuelto en el caso Ekmekdjian y que pone en la cima de la pirámide jurídica junto a la Constitución, a los tratados y declaraciones referidas a los derechos humanos.

²⁹ Moncayo, Guillermo: Criterios para la Aplicación de las Normas Internacionales que Resguardan los Derechos Humanos en el Derecho Argentino en La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales (obra colectiva). Ediciones del Puerto, Buenos Aires 1997, p. 89.

³⁰ CSJN in re: "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 07/07/1992 (Fallos: 315:1492).

Un escalón más abajo se ubican los Tratados internacionales suscriptos por la República y, en un tercer nivel, las leyes.

Esto implica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene supremacía jurídica, normativa, fuerza coactiva e imperatividad.

Se está en suma ante “un rango Supranacional de los derechos humanos”, y los Tratados de Derechos Humanos instituyen un régimen común en interés y beneficio de un indeterminado número de personas sin distinción de ninguna especie. “Hay obligaciones de dar, de hacer y de omitir que derivan de dichos instrumentos y, por ende, débitos de prestaciones positivas a cargo del Estado y en favor de las personas. De este modo su acatamiento por parte de los gobiernos compromete a la comunidad internacional y su incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Las normas sobre derechos humanos deben ser aplicadas necesariamente ajustándose al principio *pro hominis* que determina que, con relación a las disposiciones que establezcan algún derecho, siempre debe estarse a la aplicación que resulte más favorable a la persona. Al mismo tiempo, cuando se trate de una norma que los restrinja, debe interpretarse la norma en el sentido que menos limite un derecho subjetivo.

Precisamente, de dicho principio se extrae que corresponde la aplicación de derechos reconocidos por normas internacionales en el derecho interno, aunque no estén expresamente reconocidas por éste, e inclusive en los casos en que el Tratado que lo estableciese no hubiese estado suscripto por el Estado de que se trate.

Lo mismo sucede a la inversa. Cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos no reconozcan un determinado derecho y sí lo haga una norma del derecho interno, debe interpretarse aplicando la norma de este último, ello producto del rasgo fundamental del derecho de los DDHH que es estar siempre a favor del hombre, siendo de este modo de aplicación la llamada “Lid Cons-

³¹ Ampliar en: Maraniello, Patricio: “La lid constitucional, una justa y equilibrada solución a los conflictos ...”, www.cienciajuridica.ugto.mx › Inicio › Vol. 3, Núm. 1 (2014) › Maraniello.

titucional³¹, único instrumento aplicable atento su rol armonizador y protector de los derechos humanos.

Y como destacamos oportunamente, debe tenerse presente que la Constitución establece que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no son derogatorias de ninguna de las normas del Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional y la Corte extendió el criterio de complementariedad de las normas de los derechos humanos, a la llamada parte orgánica de la Constitución.

Sin olvidar que conforme señaláramos, el artículo 75° inc. 22 de la Constitución Nacional enumera un determinado número de tratados internacionales a los que acuerda jerarquía constitucional, pero dicha enumeración no es taxativa porque el legislador, mediante un procedimiento especial puede asignar esa categoría a otros no mencionados explícitamente en la norma pero que tienen un sentido semejante.

Una vez que un Estado asumió un compromiso en materia de derechos humanos, no es posible la vuelta atrás" (remitimos al artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que analizáramos reiteradamente).

Constela³² concluye que: "El mayor avance que debe reconocerse a la DIDH es que si en sus orígenes se procuró proteger los derechos humanos a partir de la internacionalización de su reconocimiento, hoy estamos frente a la nacionalización de esos derechos a través de su incorporación al derecho interno y a su directa operatividad".

Puede afirmarse que la aplicación universal del DIDH no debe interpretarse como mengua de la dignidad de un Estado o de sus nacionales. Juan Bautista Alberdi, reconocido por ser uno de los fundadores del Derecho Internacional Latinoamericano, introdujo en 1866 la idea de que los derechos de las personas deberían ser materia de protección por parte del Derecho Internacional porque tanto eran sus sujetos los Estados como los seres humanos³³. De

³² Constenla, Carlos, ponencia citada.

³³ Palacios, Alfredo L.: "Nuestra América y el imperialismo", Editorial Palestra, Buenos Aires 1961 p. 312

ese modo, sostuvo que una persona que viera afectados sus derechos podía pedir al mundo su protección en nombre propio, cuando el gobierno del Estado del que fuese nacional los desconociese o atropellara.

La persona del hombre no puede ser extraña al derecho de gentes. Son miembros de la humanidad como sociedad, no solo los Estados sino los individuos que componen los Estados. En último análisis, el hombre es la unidad elemental de toda asociación humana y todo derecho por colectivo que sea se resuelve al fin en un derecho del hombre. El derecho internacional es, pues, un derecho del hombre como lo es del Estado, y si puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, tanto puede invocar su protección el hombre como el Estado. Quien dice invocar el derecho internacional, dice pedir la intervención de la sociedad internacional o del mundo, que tiene por ley la existencia de ese derecho, en defensa del derecho atropellado. Así cuando uno o muchos individuos de un Estado son atropellados en sus derechos internacionales, es decir, de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país.³⁴

V. Constitucionalización del Derecho Internacional de Derechos Humanos

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.

En el plano internacional propiamente dicho, los Tratados de derechos humanos tienen una dimensión "Constitucional", no solo en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el de-

³⁴ Alberdi, Juan Bautista: "El crimen de la guerra", editorial Luz del Día, Buenos Aires 1957 p. 32

recho interno de cada Estado, sino también en el sentido mucho más avanzado, pues construye, 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 Bazán³⁵ "la creciente trascendencia de la intersección del Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras de afianzamiento real y no solo 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 internacionales; 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".

³⁵ 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.

³⁶ Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de

Para el especialista en derechos humanos, Ernesto Rey Cantor³⁶: “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 Tratados, 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”.

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

Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.

³⁷ Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte (Interamericana de Derechos Humanos) acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires (Art. 64.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos). La Corte Interamericana de los Derechos Humanos determino en el caso “Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala (2012)”, que “el Parámetro de Convencionalidad se extiende a otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano”.

de Protección de Derechos Humanos³⁷, 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 Ramírez. Esto no quiere decir que solo 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".

En el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (2006), la Corte Interamericana estableció que el Control de Convencionalidad es obligatorio y debe realizarse "ex officio", y lo sostuvo estableciendo 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".

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de con-

vencionalidad” fundamentado en los siguientes aspectos:

1. Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten; y
2. 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.
3. Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y;
4. 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, sea a través de la jurisdicción administrativa o judicial, 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”.

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 los jueces y todos los órganos administrativos 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.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos reafirmó dicho criterio en los casos *López Mendoza vs Venezuela* (2011) y *Átala Riffo y niñas vs Chile* (2012), donde estableció la “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”.

En el caso *Gelman vs Uruguay* (2011), la Corte interamericana analizó un conflicto entre los derechos humanos y la democracia, donde se 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 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 determinado 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 solo del Poder Judicial.

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”.

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”, por lo tanto, dicho instrumento es dinámico, adecuándose a las necesidades inherentes a la protección de los derechos humanos.

VI. Garantía de cumplimiento

Siguiendo a Rubén Flores Dapkeviciu³⁸, cabe preguntarnos ¿cuál es la forma para que los derechos humanos sean efectivamente respetados?

La pregunta nos conduce, dice este autor a la distinción entre derechos y garantías.

La garantía es un instrumento para la defensa de los derechos humanos en el sentido de su consagración plena y de defensa en el supuesto de agresión o amenaza de agresión.

Las garantías se clasifican en genéricas y específicas. Las específicas refieren a determinado derecho, por ejemplo, el principio de libertad (las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados en general), y en lo que a este estudio importa, por ejemplo, el hábeas corpus y el hábeas data.

Las garantías genéricas son, en principio, de todos los derechos, por ejemplo, el amparo.

Otros ejemplos son la necesidad de ley en sentido orgánico formal para regular los derechos reconocidos en la Constitución, la regulación del poder de emergencia, suspensión de la seguridad individual, etc.

Esas garantías, obviamente, pueden desembocar en diversas acciones jurisdiccionales.

Otra clasificación es la que distingue, al igual que los derechos, las garantías de primera, segunda y tercera generación. La clasificación alude a los instrumentos de protección de los derechos de

³⁸ Flores Dapkevicius, Rubén: “Amparo, hábeas corpus y habeas data incluye análisis de casos y normativas de derecho comparado”, Montevideo, B de F, Euro, 2004.

primera, segunda y tercera generación, a los que corresponden en una relación temporal. De esta forma el hábeas corpus es una garantía de primera generación, la acción de amparo es una garantía de primera, segunda y tercera generación porque, por su amplitud, es la garantía de principio en la protección de los derechos humanos y, por último, el hábeas data es una garantía de tercera generación.

Tales medios han de estar a disposición del titular del derecho tanto cuando el sujeto pasivo cargado con la obligación sea el Estado, como cuando se trate de obligaciones a cargo de particulares.

Si los Derechos humanos están reconocidos en la Constitución, la lesión originada a un derecho por el Estado y por los particulares no es solo una lesión al titular del derecho sino también es lesión de la Constitución, y por ende la conducta es inconstitucional.

Los tres pactos incorporados al derecho interno argentino sobre derechos humanos son:

1) La CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), aprobada internamente por la ley 23054 y ratificada el 5 de Setiembre de 1984.

2) El PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), aprobado internamente por la ley 23313 y ratificado el 8 de agosto de 1986.

En él, los Estados partes, tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconoce que estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

3) El PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) aprobado por la ley 23313 y ratificado juntamente con el PIDCP. Este Tratado también reconoce los derechos como inherentes a la persona humana.

Cabe aclarar, que, al momento de ratificar dichos pactos, el país se obligaba internacionalmente y, a través de las garantías,

asegura que se hará de efectivo cumplimiento el derecho reconocido a través del respectivo Tratado.

VII. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH)

El 24 de octubre de 1945, representantes de 50 países se reunieron en la ciudad de San Francisco (Estados Unidos) y redactaron la Carta de las Naciones Unidas, que dio origen a la organización internacional ONU, destinada a "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

Esta carta es un documento jurídico obligatorio y sus disposiciones no pueden contradecirse por ninguno de los gobiernos de los Estados que componen la organización.

Poco tiempo después, el 10 de diciembre de 1948, los delegados de cada Estado en la ONU aprobaron el texto de "Declaración Universal de Derechos Humanos".

Esta declaración no es una norma jurídica obligatoria, aunque con ella comienza la internacionalización de los derechos humanos, caracterizados por un consenso generalizado en la comunidad internacional, respecto de los cuales los referidos derechos son inherentes a la dignidad del hombre, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión de las personas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consta de un preámbulo y de 30 artículos, repartidos en 4 grupos de disposiciones.

VIII. Semejanzas y diferencias entre la DUDH y la CADH

Entendemos que por la importancia que tiene la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, y la que reviste la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica) de noviembre de 1969, resulta una tarea interesante

analizar las semejanzas y diferencias que existen entre ambas, aspecto en el que nos detendremos a continuación.

El Preámbulo de la Declaración Universal de 1948 refiere en su segundo párrafo a la realidad histórica que exigía su dictado, para ello indicó que era necesaria “considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, propio del momento post bélico de su dictado, tomando en consideración que hacía menos de un lustro que había concluido la segunda guerra mundial.

Precisamente, esta redacción deja de lado la que en su oportunidad justificara la declaración de 1789 que decía “considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos”. Entendemos que la diferencia en las razones del dictado surge palmaria del propio texto.

Cabe recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos recién se perfecciona con dos pactos internacionales aprobados en el seno de las Naciones Unidas: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, ambos de 1966, sobre los que nos hemos referido en extenso en otro de los Capítulos de este Libro, pero que la coyuntura histórica de su dictado es la salida de la segunda guerra mundial.

Merece destacarse que previo a la Convención de San José de Costa Rica se creó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y se constituyó así en el primer instrumento internacional en materia de derechos humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, en el año 1948 y se adelantó en ocho meses a la “Declaración Universal de Derechos del Hombre”, y sus normas generan efectos jurídicos para aquellos Estados miembros de la Organización, que aún no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

El preámbulo de la Convención Americana hace una remisión

a diferentes textos internacionales, al decir: “Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”. Y, en su párrafo segundo, reafirma: “su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, propios de las democracias endebles que ya para esos años, y posteriores existieron y existen en América.

Sentada esa primera mención, entendemos que se justifica la segunda observación histórica, al decir la Convención Americana que “con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria”, en tanto que la Declaración a nuestro entender refería a un aspecto más propio del momento y de menor alcance al señalar “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Consideramos que el espectro de libertad de la Convención es más amplio y no se encuentra circunscripto a la de la palabra y las creencias, lo que se observará luego en el desarrollo mismo de los derechos y sus alcances en cada texto.

IX. El alcance y la naturaleza de los derechos humanos

Cerrando el análisis de los preámbulos, entendemos que corresponde detenernos en qué alcance y naturaleza se les ha dado a esos derechos en los documentos en estudio.

Así, el preámbulo de la Declaración Universal de 1948 considera que “el reconocimiento de”, y el de la Convención Americana indica que “reconociendo que los derechos esenciales del hombre...”.

Con estas redacciones se observa en primer término que existe en ambos textos un reconocimiento del derecho.

Así se ha dicho que: “Los derechos humanos no son una creación del Derecho. Su consagración en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 les reconoce una existencia anterior, al punto de que el Texto revolucionario lo único que hace es declararlos y sacarlos del olvido, de la ignorancia o el desprecio a que se veían sometidos. Los derechos humanos, existen antes de la ley, pero es la ley la que los reconoce y limita”³⁹.

Para fundamentar los derechos humanos existen argumentos dispares, entre los que caben mencionar: a) el iusnaturalismo, que considera que los derechos humanos son derechos naturales, y sus seguidores sostienen que hay exigencias subjetivas de justicia, derechos que vienen predeterminados en el hombre por su condición de tal, derechos innatos. b) El positivismo jurídico que, partiendo de la concepción de que el derecho es una creación humana, llega a la conclusión de que no existen derechos que no hubiesen sido creados por el hombre, por ello, no existen derechos humanos o derechos del hombre en cuanto tal o derechos esenciales. Lo que el positivismo jurídico descalifica son tesis centrales del iusnaturalismo. La primera es que sea posible justificar una “esencia humana” como soporte de unos derechos. La segunda tesis iusnaturalista que descalifica es que esas exigencias sean estrictamente derechos.

Serían para los iuspositivistas en realidad exigencias éticas, reivindicaciones políticas, pero no auténticos derechos subjetivos que, según esta postura solo son aquéllos que están contenidos en las leyes positivas.

El positivismo jurídico, evitando una fundamentación metafísica de los derechos humanos, siempre remitirá a los pactos sociales que, desde la libertad e igualdad de todos los sujetos, se pueden establecer para constituir un orden político y jurídico justo.

³⁹ López Calera, Nicolás: “Introducción a los derechos humanos”, edit. Comares S.L., Granada, 2000, p. 19.

⁴⁰ López Calera, Nicolás, ob.cit.

Esto es de interés para López Calera⁴⁰, hasta el punto de insistir en positivismo jurídico, si bien no explícitamente, de manera tácita, afirma un principio trascendental: “Todos los seres humanos son iguales y libres y así han de participar y ser tratados a la hora de construir un orden jurídico y político histórico o concreto”.

Otro doctrinario, Gregorio Peces-Barba, propone una tesis, si se quiere mediadora; un modelo dualista de los derechos humanos, a tenor del cual los derechos humanos deben ser tratados bajo dos perspectivas: a) una perspectiva filosófica, y b) una perspectiva científico-jurídica.

Desde la perspectiva filosófica, Peces-Barba⁴¹ considera que los derechos humanos no son derechos, sino solo valores que deben incorporarse al derecho positivo, no siendo tampoco correcto afirmar cualquier derecho como derecho válido, sea cual sea su contenido, como proponen los positivistas voluntaristas.

En su opinión, hay que afirmar la autonomía de la realidad de los valores de los derechos fundamentales, que han de ser analizados históricamente desde la perspectiva de la situación económica, social, cultural y política de cada momento y desde la perspectiva del pensamiento político y filosófico.

La perspectiva científico-jurídica trata de considerar “el derecho de los derechos fundamentales”; es decir, la inserción de esos valores en las normas jurídicas, en el derecho positivo y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos.

Elida Aponte Sánchez⁴² considera que “en tanto una sociedad política no reconoce e incorpore a su derecho unos derechos humanos, no se puede hablar de éstos en un sentido jurídico, en sentido estricto, ni pueden alegarse ante los tribunales competentes en el caso de su desacato o infracción”.

Es decir que tanto la Declaración de 1948 como la Convención

⁴¹ Peces-Barba, Gregorio: “Los valores superiores”. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 16-24.

⁴² Aponte Sanchez, Elida: “Fundamentación, naturaleza y universalidad de los derechos humanos hoy”, Revista La Ventana, Nro. 15, Venezuela, Año 2002.

Americana de 1969, siguiendo el criterio de la Declaración de 1789, parten del presupuesto de que esos derechos preexisten y, mediante los respectivos documentos, “se los reconoce”.

En base a ello cabe destacar que la Convención indica que dichos reconocimientos “no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, en tanto que la Declaración considera que ese reconocimiento tiene por base “la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, del texto mismo ya surgen las diferencias sobre los cuales se asientan éstos, en uno habla de los atributos, en el otro de la dignidad intrínseca.

X. Caracteres de los derechos humanos

Así, la doctrina concuerda en señalar que los derechos humanos son:

- **Generales.** Son generales porque los tienen todos los seres humanos sin distingo alguno y porque para estos derechos no caben limitaciones de fronteras políticas, ni creencias, ni razas.
- **Intransferibles.** Porque el derecho subjetivo que de ellos emana no puede ser cedido, contratado o convenido para su pérdida.
- **Permanentes.** Porque protegen al ser humano desde su concepción hasta su muerte.

También que son:

- **Inherentes.** Porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento por parte del Estado.

- Universales. Por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.
- Absolutos. Porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.
- Inalienables. Por ser irrenunciables, al pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título.
- Inviolables. Porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.
- Imprescriptibles. Porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no.
- Indisolubles. Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial, al tener igual grado de importancia.
- Indivisibles. Porque no tiene jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos por encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.
- Irreversibles. Porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.
- Progresivos. Porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se ex-

tienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales, o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona.

Algunos adicionan:

- **Prioritarios.** En el sentido de que al entrar en conflicto son otros derechos tienen que ser protegidos de una manera prioritaria.
- **Innegociables.** Ninguna sociedad debe negar la protección de esos derechos a sus miembros. Si, por ejemplo, carece de los medios necesarios para satisfacer en un momento dado lo que vamos a llamar "derechos económicos, sociales y culturales" de todos sus ciudadanos, (conforme nos detuviéramos al analizar el artículo 26 de la Convención Americana y el carácter programático de la disposición) no podría conformarse alegando que le resulta imposible; ha de esforzarse por conseguir los medios necesarios y por distribuirlos de tal modo que todos vean satisfechos sus derechos.

XI. El principio pro homine o pro persona (art 29 CADH)

Siguiendo a Fabián Salvioli⁴³, podemos definir el principio pro persona como "un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".

⁴³ Salvioli, Fabián: "Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos en "En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos", pp. 143 – 155; ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003.

El sistema interamericano de derechos humanos no encuentra un mismo nivel de aplicación, ya que hay diferentes grados de vinculación en la materia para los miembros de la Organización de los Estados Americanos, según estos hayan o no ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, y entre los primeros si aquellos han o no efectuado la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Podemos identificar claramente un mínimo standard de obligaciones en materia de derechos humanos que son comunes para todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Algunas de ellas surgen de los preceptos pertinentes de la propia Carta de la OEA, y otras emanan de la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, de varias disposiciones que se encuentran en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del ejercicio completo de la función consultiva de la Corte, y finalmente de determinadas normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, tanto la Comisión como la Corte tienen actuaciones que incumben a todos los países que integran la Organización de los Estados Americanos, sin tener en cuenta otro requisito que no sea la pertenencia del Estado a la entidad.

Precisamente, cabe a fin de comprender el mencionado principio traer a colación el texto del artículo 29 de la Convención Americana, el que dispone que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Este artículo 29, relativo a normas de interpretación, dispone que ninguna norma de la Convención, así como otros actos internacionales de la misma naturaleza, pueden ser interpretados por los Estados partes como facultados para limitar o excluir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los preceptos internacionales de derechos humanos, así como otros derechos y garantías del libre y pleno ejercicio inherentes al ser humano.

Luis Coto⁴⁴ considera que con este principio "se termina toda la discusión en torno a la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos", ya que deviene abstracta, "por cuanto el intérprete debe siempre elegir la norma que ampare de modo más amplio los derechos humanos", el Principio Pro Homine debe entenderse como "la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana".

En este tema varios autores se han detenido y, siguiendo especialmente a Karlos Castilla⁴⁵, resulta fundamental destacar sintéticamente que el principio pro hominis "tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma

⁴⁴ Coto, Luis: "Los principios jurídicos en la Convención Americana y su aplicación en el Derecho Peruano", Ed. Laureate, Universidad Europea de Madrid, año 2002.

⁴⁵ Castilla, Karlos: "El principio pro persona en la Administración de Justicia en Cuestiones Constitucionales. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos México. Año 2009

⁴⁶ Ibidem.

y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/res-tricciones al ejercicio de los derechos humanos".

Siguiendo con el extenso análisis efectuado por Castilla⁴⁶, podemos sintetizar que el principio pro persona se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, que permite asegurar en y para todos los niveles el respeto y la vigencia de los derechos humanos. En tal sentido entiende que es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Asimismo, permite que resplandezcan los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico.

La preferencia de normas del principio pro persona se presenta cuando a una determinada situación concreta le es posible aplicar dos o más normas vigentes. Esta regla aporta una solución práctica de gran importancia, ya que desplaza la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno, superando con ello el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras.

La doctrina de manera unánime advierte que la norma más amplia o menos restrictiva predominará ya sea sobre otra igual, inferior, –lo que no genera conflicto normativo– o incluso de superior rango en la jerarquía jurídica de cada Estado, pues lo importante es asegurar el ejercicio y garantía de los derechos humanos, preservar la dignidad y alentar el desarrollo de los seres humanos.

Por eso Castilla⁴⁷, en su análisis subraya que aquí no está en juego un problema de derogación ni abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango. "Todo ello sin perjuicio de los tradicionales problemas técnicos que apareja calificar a una norma como más protectora de los derechos humanos, al momento de compararla con otra".

Por ello creemos que no será lo mismo su aplicación en una nación que en otra, o en una circunstancia política que en otra, porque no solo hay que atenerse estrictamente al texto e interpretación de las normas en discusión, sino a que su aplicación en vir-

⁴⁷ Ibidem.

tud de las condiciones imperantes en cada Estado podrá hacer variar la benignidad de la disposición en cuestión y variar la conveniencia en la aplicación de unas u otras y que ello será ya propio de las dificultades prácticas más que de los principios rectores que rigen en la materia, los que conforme analizáramos se encuentran debidamente instaurados en el artículo 29 de la Convención y le corresponderá al juez o intérprete decidir y evaluar la conveniencia en la aplicación de la forma más amplia y proteccionista, lo que constituye su deber último, que es procurar la máxima protección de los aludidos derechos.

Precisamente consideramos que la Convención buscó con las normas previstas entre los artículos 29 a 31 preservar los derechos reconocidos en ella, por eso señaló en su artículo 30 que las restricciones permitidas por la Convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Al respecto, consideramos que nadie mejor ha podido señalar el alcance que ha de asignársele a esta disposición en conjunción con el artículo 27 y 29 que estamos analizando que la propia Corte Interamericana.

Por ello analizaremos parcialmente la Opinión Consultiva N° 08/86 del 9 de mayo de 1986 en base al pedido efectuado por Uruguay a fin de que se aclare si la utilización del concepto "leyes" debe ser considerado en sentido material o formal, ello en las partes que consideramos más importantes para comprender la protección que se ha pretendido establecer a los derechos humanos mediante la normativa en estudio, más allá que la aludida Opinión Consultiva ha sido materia de examen cuando abordamos la cláusula de democracia y derechos humanos.

Así, la Corte entendió acerca del alcance de la expresión leyes empleada por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal –norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución–, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento ju-

rídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico que:

1°) la interpretación de esta norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el Tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Ello porque los términos empleados limitan las restricciones posibles a los derechos y libertades reconocidos por la Convención a los casos en que ellas deriven de leyes que cumplan con las exigencias impuestas por el propio artículo. (conf. considerando 13).

2°) El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella.

La Corte aclara que solo en circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27).

En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30).

Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras "al goce y ejercicio", clarificó conceptualmente la cuestión (considerando 14).

3°) Para analizar la disyuntiva de si la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita se refiere a leyes en sentido formal o si en cambio se la usa en sentido material, no cabe dar una respuesta

aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como "leyes", "ley", "disposiciones legislativas", "disposiciones legales", "medidas legislativas", "restricciones legales" o "leyes internas", porque en cada ocasión en que tales expresiones son usadas se debe determinar específicamente su sentido (considerandos 15 y 16).

4°) No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos.

En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.

5°) El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos.

Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas (considerando 17).

Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades.

Para ello se requiere:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c. que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas. (considerando 18)

6°) Por ello la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes. Algunos se inscriben en el sistema del "common law" y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de leyes no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación. Precisamente el sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (considerandos 21 y 22).

7°) La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.

En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder. Por ello, no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual " los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. (considerandos 23 y 24)

8°). La expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento.

9°) La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (considerando 32).

10) Las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención. Ello no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención (considerandos 35 y 36).

Por ello la Corte concluye que "la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes" conforme el análisis que desarrolláramos de los considerandos que destacáramos precedentemente.

XII. Los derechos humanos en el derecho de integración

El 16 de diciembre del 2004, durante la Cumbre Presidencial de Ouro Preto, el Consejo del Mercado Común firmó la Decisión CMC N° 40/04, mediante la cual creó la Reunión de Altas Autoridades en el área de Derechos Humanos (RAADDHH), conformada por los organismos gubernamentales competentes en la materia y las respectivas Cancillerías.

Este órgano subsidiario del Consejo del Mercado Común, cuyas actividades son coordinadas por el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), durante la I RAADDHH, llevada a cabo

el 4 de mayo de 2005 en Asunción (Paraguay), elaboró el proyecto de Protocolo sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, conocido como “cláusula de derechos humanos” y el proyecto de Declaración Presidencial de Asunción sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

El Consejo del Mercado Común mediante Decisión CMC N° 17/05 aprobó la suscripción del protocolo proyectado que fue firmado el 20 de junio de 2005

En este acuerdo los Estados Partes se comprometen a “cooperar mutuamente por la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR” (art. 2).

Reconoce su vigencia, aún en caso de registrarse graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, en situaciones de crisis institucionales o estados de excepción en algún Estado Parte.

En esas circunstancias prevé la activación de un mecanismo de consultas que, de ser infructuoso, habilita a los demás Estados a adoptar medidas que abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración a la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (art. 4 2° párrafo).

Por otra parte, en la XXVIII Reunión del CMC y en oportunidad de conmemorarse el 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR y de los Estados Asociados suscribieron la Declaración de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el MERCOSUR y Estados Asociados (del 20 de junio de 2005).

Esta Declaración ratifica la vigencia de los compromisos adoptados por los países firmantes en el ámbito internacional alentando a un fortalecimiento institucional a nivel nacional y regional que garantice el respeto de los derechos humanos. Asimismo, compromete a los Estados signatarios con la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos, vector de la región para intercambiar información, experiencias y responder a las peticiones y denuncias de los/as ciudadanos/as.

- Reuniones de Altas Autoridades en el área de los Derechos Humanos.

Atentas a no haberse definido específicamente en su instrumento constitutivo, la competencia y estructura de esas reuniones, durante la II RAADDHH, realizada en la ciudad de Montevideo, los días 26 y 27 de septiembre de 2005, las delegaciones consideraron necesario contar con un Reglamento Interno y un Plan de Trabajo en el que figurasen sus próximas actividades.

Fue así como se solicitó al Sector de Asesoría Técnica de la Secretaría del MERCOSUR su elaboración; los documentos fueron aprobados durante la IV Reunión en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en junio 2006.

Desde entonces, el reglamento interno sienta las bases estructurales de organización y funcionamiento de las RAADDHHs, su naturaleza y composición.

De conformidad a su arts. 1: “La Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (en adelante “RADDHH”), constituye una reunión especializada dependiente del Consejo del Mercado Común cuyo seguimiento es realizado por el Foro de Consulta y Concertación Política, en los términos del párrafo único del artículo 2 de la Decisión CMC N° 40/04”.

La evidente perspectiva e influencia regional de las problemáticas debatidas en las RAADDHHs hizo que, poco después de su creación, fueran incorporados institucionalmente no solo los Estados Asociados sino también abrió un espacio de diálogo con las organizaciones de la sociedad civil.

En tal sentido, una de sus características distintivas ha sido la convocatoria y participación permanente de los Estados Asociados del MERCOSUR, conformándose en un foro regional de intercambio de buenas prácticas en materia de derechos humanos y la interacción con las organizaciones de la sociedad civil, como actor relevante en el fortalecimiento de las políticas en esta materia, en un espacio de diálogo constante.

La RAADDHH tiene entre sus funciones: elaborar y promover estrategias, políticas y acciones comunes en materia de derechos humanos, actuar de manera conjunta en los foros multilaterales, a los fines de ampliar la visibilidad del bloque regional en su promoción y protección, realizar reuniones conjuntas con otros órganos institucionales del MERCOSUR que traten temas vinculados a los derechos humanos e invitar a organismos internacionales a participar de sus sesiones, formular recomendaciones al Consejo del Mercado Común en el área de su competencia, y colaborar con el Foro de Consulta y Concertación Política, coordinando actividades en la temática relacionada con las libertades fundamentales.

Sus reuniones están coordinadas por el Estado a cargo de la Presidencia Pro Tempore, y si bien se reúnen, generalmente dos veces por semestre, de manera ordinaria, nada obsta a que, en cualquier momento, pueda convocarse a reuniones extraordinarias por pedido de cualquiera de los Estados Parte o Asociados.

En la práctica, el Estado a cargo de la Presidencia Pro Tempore informa a las delegaciones de los demás Estados Parte, Estados Asociados y a la sociedad civil, la fecha y lugar de la reunión con una antelación de 45 días aproximadamente, a cuyos efectos también adjunta la agenda pertinente.

Las sesiones plenarias se han estructurado de manera tal que su duración sea de dos días, en los cuales, una vez aprobada la agenda, se consideran los informes presentados por los grupos técnicos, se analizan estrategias para coordinar acciones en los órganos multilaterales y regionales de derechos humanos, se debate sobre la aplicación interna de las recomendaciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, se informa sobre el estado de ratificación y depósito de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, se discute sobre la incorporación de nuevas temáticas a abordar y se brinda un espacio para el diálogo con otros órganos del MERCOSUR, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil.

Los acuerdos a los cuales arriban las distintas delegaciones en estas reuniones son tomados por consenso; ellos y sus correspondientes deliberaciones deben constar en actas.

Si bien el art. 6 del Reglamento preveía la posibilidad de dividir las sesiones en tipos diferenciados de acuerdo a los temáticas abordadas, la práctica generalizada, fundada en la convicción de la relevancia institucional de una activa y profusa participación democrática, conllevó a que, los Estados Asociados integrasen las reuniones en todas sus etapas de discusión y se brindase un espacio de diálogo a las organizaciones de la sociedad civil, a los fines de elevar requerimientos, intercambiar opiniones y presentar propuestas.

- Objetivos

Entre los objetivos de la RAADDHH podemos señalar:

- Coordinar acciones en los órganos multilaterales de derechos humanos.
- Crear un Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR.
- Luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia.
- Impulsar la temática relativa al Derecho a la Verdad, a la Memoria y a la Justicia.
- Iniciativa Niñ@sur para la promoción y protección de los derechos de la infancia y adolescencia.
- Intercambiar mejores prácticas de información y cooperación para la prevención y el combate a los delitos de trata y tráfico de personas.
- Profundizar y coordinar acciones en materia de Educación, Formación, Cultura en Derechos Humanos.

- Avanzar en el desarrollo de un sistema de indicadores de derechos económicos, sociales y culturales que posibilite monitorear y evaluar la progresividad del cumplimiento de esos derechos.
- Elaborar una Carta del MERCOSUR para la protección de los derechos humanos y de las minorías étnicas y socioculturales, en conjunto con la sociedad civil.
- Profundizar la protección y promoción de los derechos de los/as migrantes.
- Impulsar la protección de los derechos humanos de los/as adultos/as mayores promoviendo condiciones de seguridad económica, de salud, de participación social y de educación.
- Impulsar la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad.
- Promover los mecanismos regionales para la prevención, investigación y sanción de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.
- Impulsar la protección de los derechos humanos y la no discriminación de lesbianas, gays, intersexs, transexual y bisexuales promoviendo legislaciones antidiscriminatorias y políticas públicas en la materia.

Para completar el análisis relativo a las RAADDHHs, una mención especial merece los grupos técnicos o de trabajo.

XIII. A modo de conclusión

La Justicia Constitucional tradicional estaba basada en la rigidez de la Constitución, en la garantía jurisdiccional de la Constitución y en la aplicación directa de las normas constitucionales y la interpretación de las leyes conforme a la Constitución.

Luego, en una etapa intermedia de la Justicia Constitucional, se estableció el reconocimiento constitucional de un amplio y nutrido elenco de valores sustantivos –y no ya formales o procedimentales– a cuya vigencia se sujeta la validez de las leyes ordinarias.

La incorporación creciente de preceptos que, a tenor de la dicotomía terminológica de Ronald Dworkin⁴⁸, podrían venir catalogados, más que como reglas, como principios, llamados a presidir todos los ámbitos de la actividad pública administrativa (incluyendo la organizativa) e incluso las relaciones entre los individuos y los grupos sociales.

Ello dio lugar posteriormente a la ampliación de los derechos fundamentales del individuo, que ahora constituyen una totalidad tan grande y ambiciosa que resulta prácticamente seguro el surgimiento de antinomias y colisiones (y no de lagunas)⁴⁹, por lo

⁴⁸ Principalmente en sus obras *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2012, pp. 61-208, y *Una cuestión de principios*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 53-102.

⁴⁹ Una extraordinaria exposición de las colisiones y antinomias y su diferenciación con las lagunas, a partir de la filosofía analítica del Derecho (y de la interpretación jurídica) se encuentra en dos obras capitales del máximo exponente de la escuela realista genovesa: Guastini, Riccardo, en ellas el autor asume que las lagunas son creación del interprete en el proceso interpretativo de la disposición jurídica analizada, en cambio las primeras (conflictos entre normas) son producto de un suerte de “descubrimiento” al momento de la aplicación de la norma jurídica (resultado interpretativo) al caso concreto; así, con provecho: *La sintassi del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014 (Hay traducción castellana: *La sintaxis del Derecho*, Álvaro Núñez Vaquero (traducción), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 253-265, 341-354); *Lezioni di teoria costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 2001 (Hay traducción castellana: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Cesar E. Moreno More (traducción), Legales Ediciones, Lima, 2016, pp. 169 y ss.). Un tratamiento más profundo y analítico de las antinomias en los razonamientos judiciales a la luz de la doctrina realista puede verse en Chiassoni, Pierluigi. “Antinomias” en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Santiago Ortega Gomero (Editor), Ara editores, Lima, 2010, pp. 269 y ss.

cual los derechos así declarados o reconocidos actúan, nuevamente, más como principios (por su estructura, mas no por su valor)⁵⁰ que como reglas en sentido estricto.

El Estado de Derecho Constitucional adquiere un concepto más rico y profundo, pues ya no se limita a su núcleo mínimo original que en parte él mismo ha dictado, donde el poder público no solo esté sujeto a la obediencia de las leyes, de la Constitución, del Derecho –principios de legalidad y juridicidad–, sino también como obligación principal a la protección de los derechos humanos.

Se modifica los puntos de inicio y la finalidad de la Justicia Constitucional, subordinando la interpretación constitucional a valores y fines de los poderes públicos, que no son solo los expresamente declarados en el texto de la Carta Magna, sino también los exigidos por la realidad social y por el propósito al que aspira a servir el ordenamiento jurídico-constitucional en su conjunto.

El nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional y Social ha dado lugar a una progresiva constitucionalización del derecho, que invade y condiciona tanto la legislación como la jurisprudencia.

En el periodo más actual y moderno de este siglo XXI, estas transformaciones han suscitado un interés a nuestro modo de ver en cuestiones: 1. la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico; 2. La ampliación de la Justicia Constitucional a la protección y respeto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En este aspecto, la Lid Constitucional juega un rol muy importante, pues a través de ella los conflictos entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que puedan suscitarse se resuelven a través del test de armonización, con una amplia protección de los derechos humanos.

⁵⁰ Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición, Madrid, 2007, pp. 67 y ss. Peces-Barba Martínez, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 3º reimpresión, 2014, pp. 417-423.

Ello así, podemos decir que se ve superado el paradigma del positivismo legalista, hegemónico en la filosofía jurídica contemporánea, toda vez que la fidelidad al derecho realmente existente parece ahora reclamar que se invoquen, en la aplicación misma de las leyes, con consideraciones axiológicas dentro de ellas, alegando la fuerza vinculante de los valores, con un no-positivismo inclusivo, propio de Robert Alexy⁵¹, con una propuesta actualmente más que minoritaria de recuperación de un derecho natural⁵².

Por lo tanto, la gran influencia en este siglo XXI que ha tenido la Justicia Constitucional fue el carácter preponderante y rector de los derechos humanos, colocando al Poder Judicial como custodio de la Constitución, pero principalmente de sus valores y los derechos, desplazando la supremacía constitucional por la supremacía de los derechos humanos.

Castilla destaca que esta regla, asimismo, ayuda a superar otro tradicional debate relacionado con la jerarquía de las normas, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor otorgue vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico.

⁵¹ El pensamiento teórico jurídico de Alexy, en lo que podría llamarse su teoría general del Derecho puede encontrarse en su obra *Der Begriff und Geltung des Rechts*, publicado por Verlag Karl Albert GmbH, Munich, 1992, de la que existe traducción castellana: *El concepto y la validez del Derecho*, Jorge Malem Seña (traducción), Editorial Gedisa, Barcelona, Buenos Aires, 2008. Una inicial y sucinta aproximación a su teoría general del Derecho puede verse en "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", en Luc J. Wintgens (editor), *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 22-45.

⁵² La "nueva teoría del Derecho natural" surge en el mundo angloamericano a la luz del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, y tiene como principal exponente en Estados Unidos al Profesor de la Universidad de Princeton Robert P. George. Una aproximación a esta teoría puede verse en su artículo "Natural Law" en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, N° 31.1, Harvard Press, 2008, pp.171-196.

Esta regla, cuando se manifiesta mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez o intérprete legal seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos.

Cabe destacar que la aplicación de esta manifestación del principio pro persona implica, de manera concordante por toda la doctrina, acudir o utilizar la norma más protectora o la menos restrictiva, según sea el caso, sin importar la ubicación jerárquica que ocupe ésta en el sistema jurídico; es decir que, en virtud del principio pro persona, la norma que prevalecerá es aquella que mejor proteja o menos restrinja al ser humano en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Bibliografía

- Alberdi, Juan Bautista: El crimen de la guerra, Editorial Luz del Día, Buenos Aires 1957 p. 32
- Aponte Sánchez, Elida: Fundamentación, naturaleza y universalidad de los derechos humanos hoy, Revista La Ventana, Nro. 15, Venezuela, Año 2002.
- Bustamante Donas, Javier: Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad, e Innovación, Nro. 1, año 2001. España
- Coto, Luis: Los principios jurídicos en la Convención Americana y su aplicación en el Derecho Peruano, Ed. Lauréate, Universidad Europea de Madrid, año 2002.
- Castilla, Karlos: El principio pro persona en la Administración de Justicia en Cuestiones Constitucionales. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos Nro. 20, México.
- Carnota, Walter y Maraniello, Patricio: Derecho Constitucional, ed. La Ley 2008, pag.91 y sgtes.

- Donaires Sánchez, Pedro: Los Derechos Humanos, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Perú, N.º 5, 2001/2002, pp. 193-199,
- Flores Dapkevicius, Rubén: Amparo, hábeas corpus y habeas data incluye análisis de casos y normativas de derecho comparado, Montevideo, B de F, Euro, 2004.
- - Gordillo, Agustín: Derechos Humanos. Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos, Capítulo V. Fundación de derecho administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, 1999.
- Hobbes, Thomas: Leviatán, capítulo XIV. Edición de C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional. Madrid, 1980.
- Locke, John, Segundo ensayo sobre el gobierno civil, en Dos ensayos sobre el gobierno civil. Traducción castellana de Espasa-Calpe. Madrid, 1991.
- López Calera, Nicolás: Introducción a los derechos humanos, edit. Comares S.L., Granada, 2000, p. 19.
- Maraniello, Patricio: Los derechos de cuarta generación y los derechos sociales, www.eldial.com.ar, del 15 de septiembre de 2008.
- Mendez, Juan E: Individual Accountability for Human Rights Violations, in Global Standards, Local Action: 15 Years Vienna World Conference on Human Rights (Wolfgang Benedek et al., Intersentia 2009).
- Palacios, Alfredo L.: Nuestra América y el imperialismo, Editorial Palestra, Buenos Aires 1961 p. 312.
- Sánchez Alegre, Adolfo: Estados de Excepción y Derechos Humanos, del 16 de Abril de 2008, <http://comunidad-internacional.com>.
- Salvioli, Fabián: Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos, en En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos, pp. 143 – 155; ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Páginas web consultadas

- <http://www.mpf.jusbaire.gov.ar/lang/es/informacion/resoluciones-y-dictamenes-2010/> - Resolución FG N° 007-10
- <http://www.proteccioninfancia.org.ar/sites/default/files/documentos/ReglasdeBrasilia.pdf>
- <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>
- <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- http://www.buenosaires.gov.ar/areas/com_social/constitucion/?menu_id=11169
- http://www.unidosjusticia.org.ar/archivo/CSJN_ACORDADA_37_07.pdf
- http://www.csjn.gov.ar/documentos/cons_tema.jsp
- <http://www.policia.rionegro.gov.ar/legislacion>
- <http://www.justiciachaco.gov.ar/ASP/100reglas.asp>
- <http://www.juscatamarca.gov.ar/acordadas.html>
- <http://www.proteccioninfancia.org.ar/sites/default/files/documentos/PGN-0059-2009-001.pdf>
- www.cumbrejudicial.org/c/document_library
- <http://www.mpf.jusbaire.gov.ar/lang/es/informacion/resoluciones-y-dictamenes-2010/>
- http://www.juschubut.gov.ar/01_home/archivos/EI3872SL10-100-reglas-BRASILIA.pdf
- http://www.noticiasdelbolson.com.ar/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=13349
- <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/entrierios.jsp>
- <http://www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/ce-moj.htm>
- <http://www.jus.gov.ar/atencion-al-ciudadano/acceso-a-la-justicia.aspx>
- <http://www.jus.gov.ar/prensa/noticia.aspx?id=490>
- <http://www.nataliagambar.com/2010/08/proyecto-de-ley-modificacion-denuncias-entre-conyuges-concubinos-ex-conyuges-y-ex-concubinos/>

- <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5733-D-2010>
- <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5731-D-2010>

Derechos Humanos y Justicia Constitucional en Derecho Francés¹

FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE² (FRANCIA)

¹ Ponencia presentada en el Segundo Congreso Argentino de Justicia Constitucional: “Derechos humanos y la justicia constitucional”, ha celebrarse entre los días 31 de agosto y 01 de septiembre de 2017, en Villa La Angostura, Argentina.

² Doctor en Derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas, Profesor Emérito de Derecho Público de la Universidad París Sur, francois.julien-laferriere@numericable.fr, 6 rue Cité Simon – 34070 Montpellier (Francia) Fono: 33 644 700 109.

Introducción

En Francia existe una larga tradición de soberanía de la Ley, que excluye que sea objeto de control de cualquier índole que sea, incluso para asegurarse de que no viole la Constitución ni los derechos y libertades que ésta garantiza. Esta inmunidad jurídica de la Ley puede explicarse por dos consideraciones:

Primero, en la concepción publicista y política francesa, directamente inspirada por la obra de Juan Jacobo Rousseau, “la ley es la expresión de la voluntad general”³. Esta afirmación tendrá valor de “verdad revelada” desde la Revolución de 1789 hasta mitades del siglo XX. Es significativo constatar que Raymond Carré de Malberg publicó, en 1931, una obra titulada “La Ley, expresión de la voluntad general”, cuyo subtítulo era “Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875”⁴. Ya que la voluntad general es, según Rousseau, la “voluntad del pueblo soberano”, no sufre ningún control, pues es propio de la soberanía no someterse a cualquier control que sea⁵.

Segundo, las experiencias de lo que se calificó como control de constitucionalidad de la ley, en la historia constitucional francesa, no han sido convincentes, ni mucho menos. La Constitución de 1799 (Año VIII de la República), que instituye el régimen del Consulado, crea un “Senado conservador” cuya atribución principal era “mantener o anular todos los actos que le fueran sometidos como

³ Rousseau, Juan Jacobo, *Del Contrato social*, Editorial Michel Rey, Ámsterdam, 1762, Libro I, Capítulo 6.

⁴ Carré de Malberg, Raymond, *La Loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Editorial Sirey, París, 1931. Traducción al español: *La Ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2011.

⁵ El Diccionario de la Real Academia Española define al concepto de soberanía como “la máxima autoridad dentro de un esquema político” y al soberano como “el ser superior dentro de una entidad que no es material”. Si el soberano es superior, no puede existir ningún órgano que lo controle, ya que el contralor es superior al controlado, lo que implica que la norma de referencia del control sería superior a la norma dictada por el soberano, concepto desprovisto de significado.

inconstitucionales”⁶, es decir controlar la conformidad a la Constitución de las leyes, decretos y resoluciones del Cuerpo legislativo o del Gobierno. Pero el Senado, cuyos miembros recibían prebendas para asegurarse de su docilidad, ratificó todas las decisiones del Primer Cónsul, luego proclamado Emperador, hasta que votó su destitución el 1 de abril de 1814. La segunda experiencia es la de la Constitución de 14 de enero de 1852, “proclamada” por Luis Napoleón Bonaparte –que restauraría el Imperio el 7 de noviembre de 1852, gracias a un “senado-consulta, es decir con la bendición del Senado–, y cuyos artículos 25 y 26 decían que el Senado “se opondrá a la promulgación de las leyes contrarias a la Constitución, a la religión, a la moral, a la libertad de culto, a la libertad individual, a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, a la inviolabilidad de la propiedad y al principio de inamovilidad de los jueces”⁷.

La tercera experiencia fue la del Comité constitucional de la IV República, creado por la Constitución de 1946, cuyo rol era muy limitado ya que, en caso de contradicción entre una ley y la Constitución, no se anulaba la ley, sino que se reformaba la Constitución si el Parlamento confirmaba la ley⁸. Ello significaba una inversión de la jerarquía de las normas, pues la ley prevalecía sobre la Constitución. O, mejor dicho, la ley y la Constitución tenían el mismo valor jurídico y se consideraba simplemente que la ley recién votada era la última expresión de la voluntad general, ante la cual debía ceder la Constitución, expresión más antigua de la misma voluntad.

⁶ Constitución de 22 de Frimario del Año VIII de la República (13 de diciembre de 1799).

⁷ Uno de los primeros dictámenes del Senado, pues, fue ratificar una decisión contraria a la Constitución, ya que cambiaba la forma de gobierno, al instituir una monarquía hereditaria en vez de la República.

⁸ Constitución de 27 de octubre de 1946, art. 93: “La ley que, según el Comité, implica una reforma de la Constitución, es remitida a la Asamblea nacional para una nueva deliberación. Si el Parlamento mantiene su primera votación, la ley no puede ser promulgada antes de que la presente Constitución haya sido reformada en las formas previstas en el artículo 90”.

I. Nacimiento de la Justicia constitucional francesa

I.1. Justicia constitucional y jurisdicción administrativa

La Justicia constitucional no es necesariamente encarnada por una jurisdicción constitucional, especializada y exclusivamente competente para determinar la conformidad de una ley o un acto administrativo a la Constitución. Este rol, lo pueden tener las jurisdicciones ordinarias, como es el caso en los Estados Unidos, por ejemplo.

En Francia, el problema se ha planteado durante mucho tiempo. Mientras no existía el Consejo constitucional, no se trataba de controlar la constitucionalidad de las leyes, ya que ésta se beneficiaba de una inmunidad jurídica total, como lo hemos visto más arriba. Pero la ley no es la única norma cuya conformidad a la Constitución debe ser controlada. También ha de ejercer este control respecto de los reglamentos, específicamente cuando se impugna un acto administrativo particular basado en un acto reglamentario o general⁹. ¿Se puede aducir la inconstitucionalidad del acto reglamentario como base del recurso de anulación del acto particular?

La respuesta del juez administrativo francés fue muy clara. Si el reglamento fue dictado directamente sin basarse en una ley – reglamento autónomo¹⁰–, el juez administrativo puede y debe

⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3: El acto administrativo, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 112. Gordillo escribe que algunos autores “llaman actos administrativos únicamente a los actos unilaterales e individuales o particulares, prefiriendo denominar reglamentos administrativos a los actos unilaterales generales”. Es en este sentido que utilizamos aquí los términos “acto particular” y “acto administrativo”.

¹⁰ Los reglamentos autónomos “son los que se dictan en uso de atribuciones propias del Poder ejecutivo, sin referirse a determinada ley” (Enciclopedia jurídica, www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/reglamentos-autonomos/reglamentos-autonomos.htm, consultado el 11.05.2017). Se distinguen de los reglamentos de ejecución, “llamados comúnmente decretos reglamentarios, que tienen por objeto facilitar la aplicación de una ley” (Enciclopedia jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/reglamentos-de-ejecucion/reglamentos-de-ejecucion.htm>, consultado el 11.05.2017)

verificar si el reglamento respeta la Constitución¹¹, misma que, en este caso, es su base jurídica directa, pues no hay norma legal intermediaria entre el reglamento y la Constitución. En cambio, si el reglamento se basa en una ley, en ejecución de la que fue dictado, la norma jurídica de referencia para apreciar la legalidad del reglamento es y solo es la ley. En este caso, el juez administrativo no llega hasta la Constitución, mas se limita a confrontar el reglamento con la ley¹². Se dice que la ley forma una pantalla –por ello se habla de “teoría de la ley pantalla” o de la “pantalla legislativa” – entre el reglamento y la Constitución, lo que impide al juez administrativo comparar el reglamento con la Constitución.

1.2. Los primeros pasos del Consejo constitucional

Es la Constitución de 4 de octubre de 1958 que, por primera vez, crea un órgano de control de constitucionalidad de las leyes digno de este nombre. El artículo 61 atribuye al recién creado Consejo constitucional la facultad de verificar, antes de su promulgación, la conformidad a la Constitución de las leyes que le presentaría el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional o el Presidente del Senado¹³. Este control pretendía exclusivamente asegurarse, por un lado que la ley había sido aprobada después de un procedimiento regular, y por otro lado que la ley solo trataba de cuestiones incluidas en el “dominio reservado” al legislador, sin penetrar en el dominio del poder ejecutivo¹⁴.

El Consejo constitucional no se conformó con este papel muy limitado. En 1971 se atribuyó la facultad de controlar la conformidad

¹¹ CE, Ass., 20.12.1995, Mme Vedel, Rec. CE, p. 440.

¹² CE, Sect., 6.11.1936, Arrighi, Rec. C.E. p. 966. Esta sentencia del Consejo de Estado inaugura la llamada “teoría de la ley pantalla”.

¹³ La reforma constitucional de 29 de octubre de 1974 agrega a las autoridades que pueden presentar una ley al Consejo constitucional, “sesenta diputados o sesenta senadores”.

¹⁴ El artículo 34 de la Constitución enumera las materias de competencia exclusiva de la ley y el artículo 37 dice que “tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley”. Es esta distribución de facultades entre poder legislativo y ejecutivo que el Consejo constitucional estaba encargado de hacer respetar.

de las leyes a los textos fundamentales que proclaman los derechos y libertades: la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y el Preámbulo de la Constitución de 1946¹⁵. Pero seguía existiendo el obstáculo debido a que los ciudadanos no tenían acceso, ni directo ni indirecto, al Consejo constitucional, pues no podían acudir ante él, ya que esta facultad era reservada a las autoridades enumeradas en el artículo 61 de la Constitución.

La abertura a los ciudadanos la realizó la reforma de 23 de julio de 2008, que introduce en la Constitución la “cuestión prioritaria de constitucionalidad”¹⁶, transformando el Consejo constitucional en una verdadera Corte constitucional.

II. Composición del Consejo constitucional y procedimiento

II.1. Composición

El Consejo constitucional se compone de nueve miembros nombrados por un periodo de nueve años no renovable, a razón de tres por el Presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea nacional y tres por el presidente del Senado, con aprobación de la comisión de leyes constitucionales de cada asamblea. Además son miembros natos del Consejo constitucional los ex Presidentes de la República¹⁷.

El Presidente del Consejo constitucional es nombrado por el Presidente de la República de entre sus miembros¹⁸.

¹⁵ C. const. 16.07.1971, nº 71-44 DC, *Libertad de asociación*, Rec. C. const. p. 29.

¹⁶ Ley constitucional no 2008-724 de 23 de julio de 2008 que inserta en la Constitución los artículos 61-1 y 62.

¹⁷ Constitución de 4 de octubre de 1958, art. 56. Actualmente, los ex Presidentes de la República son Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac, Nicolas Sarkozy y François Hollande.

¹⁸ Es actualmente Laurent Fabius, ex Primer Ministro (1984-1986), Presidente de la Asamblea Nacional (1988-1992, y 1997-2000), Ministro de Economía (2000-2002) y Ministro de Relaciones Exteriores (2012-2016).

No se requiere ninguna cualificación de edad o de profesión para poder ser miembro del Consejo constitucional, sino la nacionalidad francesa, por supuesto.

Esta composición, fundada en criterios políticos sin tener en cuenta la competencia de los miembros de la jurisdicción constitucional es constantemente criticada por no asegurar la competencia, imparcialidad e independencia del Consejo. Sin embargo, no se ha modificado hasta la fecha y el único cambio que se ha propuesto, sin que se transformara en realidad, fue suprimir los miembros natos, es decir terminar con la presencia de los ex Presidentes de la República que, además, participan muy poco a las actividades del Consejo.

II.2. Procedimiento

El Consejo constitucional se reúne en función de las demandas que se le presentan.

Cuando se recurre la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, el Consejo debe resolver en el plazo de un mes o, en caso de urgencia, de ocho días.

Cuando se le plantea una cuestión prioritaria de constitucionalidad, el Consejo dispone de tres meses para emitir su decisión.

La instrucción de los asuntos se confía a un miembro del Consejo designado como ponente por el presidente. El procedimiento es escrito y contradictorio, las partes intercambian sus argumentaciones.

El Consejo toma sus decisiones en formación plenaria, siendo requerida la presencia de al menos siete consejeros. En caso de empate, cuenta el presidente con voto de calidad. Los debates y las deliberaciones, así como los votos, no son públicos. No se publican las “opiniones disidentes”.

Las decisiones del Consejo constitucional son motivadas aunque la motivación es breve, como la de las jurisdicciones administrativas y particularmente del Consejo de Estado. Las decisiones tienen “autoridad absoluta de cosa juzgada”, y se imponen “a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”¹⁹.

¹⁹ Constitución de 4 de octubre de 1958, art. 62.

III. Las bases constitucionales de los derechos humanos

III.1. Génesis del bloque de constitucionalidad

La Constitución francesa de 1958 no contiene ninguna declaración de derechos o lista de los derechos y libertades garantizadas a los ciudadanos, y muy pocos de sus diversos artículos se refieren a los derechos humanos. Apenas se puede citar: la igualdad ante la ley y el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales (art. 1), el sufragio universal, igual y secreto (art. 3), la libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación (art. 34), la libertad individual (art. 66), la libre administración de las entidades territoriales (art. 72). Es evidente que esta lista carece de coherencia –los derechos y libertades que contiene no son todos entre los más fundamentales– y que omite muchos derechos y libertades, lo que se explica porque no se ha concebido como una declaración.

Frente a esta situación, varias reacciones eran posibles: considerar que el constituyente de 1958 no quiso consagrar ningún derecho o libertad pública y delegó esta tarea al legislador, el que ya había dictado muchas leyes protectoras de las libertades durante la IV^a República: libertad sindical²⁰, libertad de asociación²¹, libertad de religión y culto²², libertad de reunión²³, libertad de manifestación²⁴, etc. Esta solución tenía el inconveniente de debilitar la garantía de los derechos y libertades, pues la relegaba al nivel de simple norma legislativa y lo ponía bajo la dependencia de la voluntad de la mayoría parlamentaria, la que podía deshacer lo que la precedente había hecho.

La segunda solución consistía en confiarse a las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos para garantizar éstos, ya que los tratados y convenciones, en derecho francés, tienen “desde el momento de su publicación, una autoridad superior a

²⁰ Ley de 21 de marzo de 1884.

²¹ Ley de 1 de julio de 1901.

²² Ley de 9 de diciembre de 1905.

²³ Ley de 28 de marzo de 1907.

²⁴ Decreto-ley de 23 de octubre de 1935.

las leyes”²⁵. Esta solución tenía la ventaja de sustraer la garantía y efectividad de los derechos y libertades a las fluctuaciones de las mayorías parlamentarias. En cambio, tenía varios inconvenientes: primero, la violación de los derechos convencionalmente proclamados no tenía sanción, ya que el juez administrativo y el juez judicial no se consideraban competentes para controlar la conformidad de las leyes a las convenciones o, en el mejor de los casos, atribuía a las leyes la misma fuerza jurídica que a las convenciones, con el pretexto de que, siendo las convenciones ratificadas por el Parlamento, la ley posterior a la convención era la última expresión de la voluntad del legislador y, por consiguiente, debía prevalecer sobre la voluntad precedente representada por la convención²⁶.

Ninguna de estas soluciones era satisfactoria. Había de remediar a ello. Lo hizo el consejo constitucional en su sentencia *Libertad de asociación*, de 16 de julio de 1971²⁷, que opera una verdadera revolución jurídica. El Consejo proclama que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946 tienen valor constitucional y, por consiguiente, pueden ser invocados en el marco del control de constitucionalidad de las leyes. Para llegar a este resultado, el Consejo se basa en la consideración de que el preámbulo de la Constitución de 1958 se remite a ambos textos. En otras palabras, el Consejo atribuye valor jurídico a la disposición del Preámbulo constitucional que dice: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004”²⁸. Es decir que, para él, una “declaración de intenciones” se vuelve en una norma vinculante, con la fuerza jurídica máxima

²⁵ Constitución de 4 de octubre de 1958, art. 55.

²⁶ CE, Sect., 1.03.1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec. CE p. 149.

²⁷ C. const. 16.07.1971, n° 71-44, *Libertad de asociación*, Rec. C. const. p. 29.

²⁸ El Consejo constitucional no cita a la Carta del Medio ambiente en su sentencia de 1971 por la sencilla razón de que la Carta es posterior a la sentencia.

de la jerarquía de las normas. Si bien el razonamiento es criticable, el resultado es muy positivo. A partir de ese momento, el Consejo constitucional evoluciona hacia ser una Corte constitucional, encargada de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos contra los eventuales abusos del Poder legislativo.

Este avance jurisprudencial mayor consagra el papel del Consejo como garante de los derechos y de las libertades.

III.2. Contenido del bloque de constitucionalidad

Los textos a los que se refiere el Consejo constitucional en su sentencia Libertad de asociación forman lo que corrientemente se llama “bloque de constitucionalidad”. Este bloque se compone de:

- la propia Constitución, que principalmente organiza el funcionamiento y las facultades de los poderes públicos, y se presenta como una “Constitución material”²⁹,

- la Declaración de derechos el hombre y del ciudadano de 1789, que proclama dos derechos “naturales, inalienables y sagrados del Hombre”: la igualdad (art. 1, 6, 13), la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2), la soberanía nacional (art. 3), la presunción de inocencia y no-retroactividad de la ley (art. 7, 8, 9), la libertad de opinión, de prensa y de conciencia (art. 10, 11), la propiedad (art. 17),

- el Preámbulo de la Constitución de 1946, que no solo “reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de derechos de 1789”, sino también “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, es decir principios de alcance general

²⁹Según Kelsen, la Constitución en su sentido material tiene tres contenidos: el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones del hombre con el control estatal. Vease: Bidart Campos, Germán J., *Constitución en sentido material y en sentido formal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

afirmados por una ley anterior a la promulgación de la Constitución de 1946 y dictada por un régimen republicano (lo que excluye las leyes monárquicas y las del régimen de Vichy), y aplicados de manera continua, sin interrupción ni excepción. Entre los principios fundamentales identificadas por el Consejo constitucional desde 1071, se pueden citar: la libertad de asociación, los derechos de la defensa, la libertad de enseñanza y las libertades académicas, la independencia de la justicia administrativa. En Preámbulo de 1946 también proclama “por ser especialmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales”: la igualdad de género (párrafo 3), el derecho de asilo (párrafo 4), el derecho de obtener un empleo (párrafo 5), el derecho de sindicarse (párrafo 6), el derecho de huelga y la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo (párrafos 7, 8), el principio de nacionalización de los servicios públicos y monopolios (párrafo 9), la garantía al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo (párrafo 10), el derecho a la salud, la seguridad social, el descanso y el ocio (párrafo 11), la solidaridad e igualdad ante las cargas resultantes de calamidades nacionales (párrafo 12), el derecho a la educación, formación profesional y cultura (párrafo 13).

- la Carta del Medio ambiente, a la que se remite el Preámbulo desde la reforma de 1º de marzo de 2005, y que proclama el derecho a un ambiente equilibrado y respetuoso de la salud (art. 1), el deber de cada uno de participar en la preservación y la mejora del medio ambiente (art. 2), de prevenir las alteraciones que es susceptible de provocar en el medio ambiente o limitar sus consecuencias (art. 3) y contribuir a la reparación de los daños que cause al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley (art. 4), el principio de precaución (art. 5), el deber del Estado de promover un desarrollo sostenible (art. 6), el derecho de acceso a los datos relativos al medio ambiente y de participación en la elaboración de las decisiones públicas con incidencia en el medio ambiente (art. 7), el derecho a la educación y formación en el medio ambiente (art. 8), y la promoción de la investigación e

innovación por la preservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 9).

IV. El “control de convencionalidad”

IV.1. Planteamiento del problema

Desde la Segunda Guerra Mundial, y en reacción contra la barbarie nazi, se han firmado un gran número de instrumentos jurídicos destinados a garantizar el respeto de los derechos humanos. El primero de estos textos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual, adoptada por una resolución de la Asamblea general de las Naciones Unidas³⁰, no tiene fuerza apremiante. Pero la Declaración universal creó una dinámica que condujo a la adopción de convenios sobre derechos humanos con rango normativo de tratados, es decir obligatorio y superior al de la ley nacional³¹, especialmente la Convención europea de Derechos humanos de 1950, la Convención americana de Derechos humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, y la Carta africana de Derechos humanos y de los pueblos, de 1981.

Los derechos contemplados por los convenios internacionales a menudo son los mismos que los que proclaman las Constituciones nacionales. Sin embargo, las convenciones pueden ser más completas y precisas que la Constitución. Por lo tanto, los justiciables, en vez de invocar la contrariedad entre una ley, que según ellos atropella uno de sus derechos, y la Constitución, pueden ser tentados de apoyarse en la contradicción entre una ley y un convenio. Pero, ¿quién ejercerá el control de conformidad de la ley al convenio? Ya que la Constitución francesa de 1958 dice que el convenio tiene

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

³¹ El artículo 27 del convenio de Viena sobre el derecho de los tratados implica esta superioridad de los tratados al decir: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

una autoridad superior a las leyes³², no es imposible afirmar que una ley que contradice un convenio es contraria a la Constitución por no respetar la jerarquía que esta instituye entre la ley y el convenio. En consecuencia, se podía concebir que el Consejo constitucional aceptaría controlar la convencionalidad de una ley para deducir, según el caso, su conformidad o inconformidad a la Constitución.

IV.2. Las variaciones de la jurisprudencia constitucional, judicial y contencioso administrativa

No es la vía que siguió el Consejo constitucional. En una sentencia de 15 de enero de 1975³³, declaró que, si bien el artículo 55 de la Constitución confiere a los tratados una autoridad superior a las leyes, no impone ni implica que el cumplimiento de este principio sea garantizado mediante la aplicación del control de conformidad de las leyes a la Constitución contemplado en el artículo 61 de la Constitución. Para el Consejo constitucional, la naturaleza de ambos controles es distinta, debido a que “la superioridad de los tratados [...] tiene un carácter a la vez relativo y contingente, pues está limitada al campo de aplicación del tratado y subordinada a la condición de reciprocidad, cuyo cumplimiento puede variar en función del comportamiento de los demás Estados partes y del momento en que se verifica el respeto de este requisito”; mientras que la conformidad o inconformidad de una ley a la Constitución tiene “un carácter absoluto y definitivo”. Por consiguiente, por motivo de esta diferencia de naturaleza, el Consejo constitucional se declaró incompetente para controlar la conformidad de un tratado a la Constitución, pues ninguna disposición de ésta la atribuye facultad para ejercer tal control.

En lo que se refiere al juez contencioso administrativo y al juez judicial, la solución fue distinta. Si bien, en un primer tiempo, no aceptaron controlar la conformidad de los tratados a la Constitución³⁴,

³² Constitución de 4 de octubre de 1958, art. 55.

³³ C. const. 15.01.1975, n° 74-54 DC, *Interrupción voluntaria de embarazo*, Rec. C. const., p. 19.

³⁴ CE, Sect., 1.03.1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de*

cambiaron de actitud después de la sentencia del Consejo constitucional, pues ésta llegaba al resultado de que nadie ejercía este control. La Corte de casación reaccionó muy rápidamente, pues no tardó más de cuatro meses en aceptar de descartar la aplicación de una ley posterior que violaba un tratado anterior³⁵.

La reacción del Consejo de Estado fue mucho más tardía. Se necesitó una nueva sentencia del Consejo constitucional, de 1986, diciendo que el respeto del principio contemplado en el artículo 55 constitucional “se impone” y que “incumbe a todos los órganos del Estado garantizar la buena aplicación de las convenciones internacionales en el marco de sus respectivas facultades”³⁶. El Consejo de Estado ya no tenía alternativa y tuvo que resolverse a declarar, en su sentencia Nicolo de 20 de octubre de 1989, que “las reglas [...] definidas por la ley de 7 de julio de 1977, no son compatibles con las estipulaciones claras del artículo 227-1 [...] del Tratado de Roma”³⁷. Ahora bien, ya que el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad europea data de 15 de marzo de 1957, es anterior a la ley de 7 de julio de 1977, la sentencia Nicolo significa, sin la menor duda, que el Consejo de Estado por fin hace prevalecer el tratado anterior sobre la ley posterior. En otras palabras, no pone al mismo nivel la ley y el tratado, sino que respeta la jerarquía entre ellos que dicta el artículo 55 de la Constitución.

Esta jurisprudencia, tanto del juez administrativo como del juez judicial, fue la última y decisiva etapa que permitió garantizar el pleno acatamiento de las convenciones relativas a derechos humanos, antes que todo la Convención europea de derechos humanos y, desde 2007, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea³⁸.

France, Rec. CE p. 149.

³⁵ C. cass., ch. mixte, 24.05.1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Bull. C. cass., n° 4.

³⁶ C. const., 3.09.1986, n° 86-216 DC, *Libertad de comunicación*, Rec. C. const., p. 135.

³⁷ CE, ass., 20.10.1989, Nicolo, Rec. CE, p. 190.

³⁸ La Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, fue posteriormente integrada al Tratado de Lisboa que reforma el Tratado de la Unión europea.

V. Las dos formas del control de la justicia constitucional

V.1. El control *a priori*

Es el único control de constitucionalidad de las leyes que instituyó la Constitución de 1958 en su versión original. Está previsto por el artículo 61 constitucional que dice que el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado pueden presentar las leyes, antes de su promulgación, al Consejo Constitucional en vistas de que éste se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución³⁹. Se le imparte un plazo de un mes al Consejo constitucional para pronunciarse, salvo cuando el Gobierno invoca la urgencia, caso en el cual el plazo se reduce a ocho días.

El artículo 62 constitucional precisa que “no podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61”, que “contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno” y que estas decisiones “se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”. En otros términos, tienen fuerza absoluta de cosa juzgada.

Desde la sentencia Libertad de asociación, de 1971, el Consejo ha dictado 706 sentencias en el marco del control *a priori*, en la gran mayoría de los casos a iniciativa de 60 diputados y/o senadores de la oposición parlamentaria⁴⁰. Entre las sentencias

³⁹ La ley constitucional de 29 de octubre de 1974 agregó sesenta diputados o senadores a la lista de las autoridades que pueden acudir al Consejo constitucional en aplicación del artículo 61. Si bien es facultativa la presentación de las leyes ordinarias al Consejo constitucional, es obligatoria respecto de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las dos asambleas del Parlamento.

⁴⁰ Las sentencias dictadas en aplicación del artículo 61 son designadas de la siguiente manera: año durante el cual se presentó el recurso, número de la sentencia (por orden cronológico), “DC” que quiere decir “Control de constitucionalidad de las leyes”, y el nombre de la ley presentada. Por ejemplo, n° 71-44 DC, *Libertad de asociación*: la ley fue presentada (en este caso por el Presidente del Senado) durante el año 1971, es la 44ª dictada por el Consejo constitucional en el ejercicio del control de

más destacadas, se pueden señalar aquellas que sancionaron la violación a los siguientes derechos o libertades:

- La protección de la libertad individual, violada por la ley que autoriza a los policiales registrar los vehículos privados⁴¹ o por la que no garantiza la comparecencia de una persona detenida ante un juez en un plazo muy corto⁴²,
- El principio de continuidad del servicio público⁴³,
- El principio de inamovilidad de los jueces⁴⁴,
- El derecho de propiedad⁴⁵,
- La libre administración de las entidades locales⁴⁶,
- Los derechos de la defensa⁴⁷,
- La seguridad jurídica⁴⁸,
- La libertad de empresa⁴⁹,

constitucionalidad de las leyes y se trata de la conformidad (o mejor dicho inconstitucionalidad) de la ley que modifica el régimen de la libertad de asociación (*Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*).

⁴¹ C. const., 12.01.1977, n° 76-75 DC, *Ley de registro de los vehículos*.

⁴² C. const., 9.01.1980, n° 79-109 DC, *Ley de inmigración*.

⁴³ C. const., 25.07.1979, n° 79-105 DC, *Ley sobre la continuidad del servicio público de radio y televisión*.

⁴⁴ C. const., 24.10.1980, n° 80-123 DC, *Estatuto de los magistrados*.

⁴⁵ C. const., 16.01.1982, n° 81-132 DC, *Ley de nacionalización*.

⁴⁶ C. const., 25.02.1982, n° 82-137 DC, *Ley de descentralización*.

⁴⁷ C. Const., 2.12.1976, n° 76-70 DC, *Ley de prevención de los accidentes del trabajo*.

⁴⁸ C. const., 13.01.2000, n° 99-423 DC, *Ley de reducción del tiempo de trabajo*.

⁴⁹ C. const., 16.01.1982, n° 81-132 DC, *Ley de nacionalización*.

- El orden público como “objetivo de valor constitucional”⁵⁰,
- Los diversos aspectos del principio de igualdad: igualdad ante la ley⁵¹, ante el impuesto⁵², ante el derecho de sufragio⁵³, etc.

La obra del Consejo constitucional, a través del control a priori, es necesariamente limitada, y ello por dos razones.

Primero, no es un control sistemático –salvo la excepción de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias– ya que solo pocas personas pueden presentar una ley al Consejo antes de su promulgación para que se pronuncie sobre su conformidad a la Constitución. Basta que las autoridades constitucionales (Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente de la Asamblea nacional o del Senado) o los parlamentarios estén todos de acuerdo para no acudir al Consejo constitucional para que la ley no sea controlada.

Segundo, se trata de un control previo, realizado antes de que la ley entre en vigor y produzca efectos. Por lo tanto, el control es puramente abstracto, ejercido únicamente con base en consideraciones jurídicas, no prácticas. La consecuencia es que no se pueden evaluar los efectos que producirá la ley, no se puede saber si, in concreto, pisoteará o no los derechos o libertades de los justiciables. Es, pues, un control muy poco satisfactorio y, de todas maneras, insuficiente para asegurar con certeza que la ley no atentará contra los derechos humanos.

V.2. El control a posteriori: la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC)

Los defectos del control a priori y los reproches formulados por la Corte europea de derechos humanos respecto al control de

⁵⁰ C. const., 20.01.1981, n° 80-127 DC, *Ley “seguridad y libertad”*.

⁵¹ C. const., 5.05.1998, n°98-399, *Ley sobre entrada y estancia de los extranjeros y derecho de asilo*.

⁵² C. const., 28.07.2011, n° 2011-638 DC, *Ley de financiación de la Seguridad social*.

⁵³ C. const., 8.08.1985, n° 85-196 DC, *Ley sobre la evolución de Nueva Caledonia*.

constitucionalidad operado por el Consejo constitucional⁵⁴ condujeron al Presidente François Mitterrand a anunciar, el 14 de julio de 1989 – día del 200º aniversario de la toma de la Bastilla– una reforma constitucional destinada a instituir un control por vía de excepción de la constitucionalidad de las leyes susceptibles de afectar a los derechos fundamentales y las garantías de los ciudadanos en el ejercicio de las libertades públicas. Tras diversas peripecias parlamentarias, el Comité consultivo de reforma de la Constitución, presidido por Georges Vedel, ex decano de la Facultad de derecho de París y ex miembro del Consejo constitucional, formuló varias propuestas, entre las cuales que las disposiciones legislativas que atenten a los derechos fundamentales puedan ser presentadas al Consejo constitucional durante una instancia pendiente ante un tribunal judicial o contencioso administrativo.

La reforma tardó hasta 2008 para llegar a buen término por la ley constitucional del 23 de julio de ese mismo año⁵⁵ que insertó en la Constitución un artículo 61-1 que dice: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”.

Una cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC) puede plantearse ante cualquier jurisdicción dependiente del Consejo de Estado o de la Corte de casación –tanto en primera instancia como en apelación o casación⁵⁶–, salvo ante la “cour d’assises” (tribunal criminal)⁵⁷ pero, en materia penal, sí puede plantearse, bien antes

⁵⁴ Véase, por ej.: CEDH, 28.10.1999, nº 24846/94. Mathieu, Bertrand “Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l’homme: Coexistence, Autorité, Conflits, Régulation”, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, nº 32, Paris, julio de 2011, p. 45-66.

⁵⁵ Ley constitucional del 23 de julio de 2008 de modernización de las instituciones de la Vª República.

⁵⁶ Ley orgánica nº 2009-1523 del 10 de diciembre de 2009 reglamentaria del artículo 61-1 constitucional, art. 23-1.

⁵⁷ Esta excepción se justifica por la consideración de que la “cour d’assises” es un tribunal de jurado cuyas sentencias son dictadas por representantes del pueblo y, por tanto, son la expresión directa de la soberanía popular.

del juicio, ante el juez de instrucción; bien después, con ocasión de un recurso de apelación o de casación.

La QPC debe ser motivada y presentada mediante un escrito distinto de las demás conclusiones presentadas en el proceso⁵⁸.

La jurisdicción encargada del proceso examina sin demora si la cuestión es admisible y si se cumplen los tres siguientes criterios:

- la disposición criticada debe “aplicarse al pleito o ser la base jurídica de la acusación”,

- no debe haber sido declarada “conforme a la Constitución en los motivos o dispositivo de una sentencia del Consejo constitucional, excepto en caso de cambio de circunstancias de derecho o de hecho”,

- la cuestión “no debe carecer de carácter serio”⁵⁹.

Si se reúnen estas condiciones, la jurisdicción concernida debe transmitir la cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo de Estado o a la Corte de casación en el plazo de ocho días⁶⁰.

El Consejo de Estado o la Corte de casación procede a un nuevo examen del carácter serio de la QPC y verifica si ésta es “nueva”, es decir si no ha sido nunca presentada al Consejo constitucional anteriormente. Si tal es el caso, el Consejo de Estado o la Corte de casación, según el caso, decide someter o no la QPC al Consejo Constitucional⁶¹.

Este doble filtro –el de la jurisdicción ante la cual se desarrolla la instancia y el del Consejo de Estado o la Corte de Casación– se ha instituido para evitar de congestionar el Consejo constitucional: no es el justiciable el que evalúa la pertinencia de la cuestión, ni tampoco solo la jurisdicción ordinaria; además de ésta, también debe intervenir la instancia suprema del orden contencioso administrativo o judicial. Si bien esto complica y alarga el procedimiento, atrasando la

⁵⁸ Ley orgánica nº 2009-1523, art. 23-1.

⁵⁹ Ibid., art. 23-2.

⁶⁰ Ibid., art. 23-3.

⁶¹ Ibid., art. 23-4.

solución del fondo del litigio, tiene la ventaja de impedir que los pleitos se demoren por el planteamiento de QPC fantasiosas o cuyo objetivo es puramente dilatorio⁶².

El Consejo Constitucional puede declarar que la QPC no es admisible, por ejemplo por falta de procedimiento. En este caso, el tribunal ante el que se planteó la QPC puede seguir el juicio

Si la QPC es admisible, el Consejo constitucional puede declarar la disposición legislativa impugnada conforme o no conforme con la Constitución, según el caso. Si la declara conforme, ésta seguirá vigente y el tribunal deberá aplicarla, salvo si estima que es contraria a una convención internacional o al derecho de la Unión Europea.

Al contrario, si el Consejo constitucional declara que la disposición no es conforme a la Constitución, esta disposición “será derogada a partir de la publicación de la sentencia del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión”⁶³, en otros términos, desaparecerá del ordenamiento jurídico.

En ambos casos, la sentencia del Consejo constitucional no puede ser impugnada y tiene autoridad absoluta de cosa juzgada, es decir que se impone “a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”⁶⁴.

Desde el 1º de marzo de 2010, fecha de entrada en vigor de la reforma de julio de 2008, el Consejo constitucional ha dictado 554 sentencias en el marco del control a posteriori⁶⁵, entre éstas, más de 200 declaran una disposición legislativa no conforme a la Constitución⁶⁶. Las sentencias más destacadas son:

⁶² Portelli, Hugues, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat* (Informe para la Comisión de Legislación del Senado), 29.09.2009, n°637, p.43.

⁶³ Constitución de 4 de octubre de 1958, art. 62.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Este número de sentencias QPC corresponde a la fecha del 20 de mayo de 2017. En promedio, el Consejo constitucional ha dictado 75 sentencias QPC por año.

⁶⁶ El 1º de marzo de 2015, 5 años después de la entrada en vigor de la ley constitucional de julio de 2008, el Consejo constitucional había dictado 395 sentencias QPC, entre las cuales 56,2 % declaraciones de conformidad y 28 % de no-conformidad, total o parcial (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2015-les-5-ans-de-la-qpc-au-conseil-const>

- La sentencia del 28 de mayo de 2010 (n° 2010-1 QPC)⁶⁷ que declara contraria al principio de igualdad el régimen especial de pensiones de los nacionales de los países que antaño estuvieron bajo la soberanía de Francia, con motivo de que dicho régimen era desfavorable en comparación con el régimen aplicable a los franceses;

- La sentencia del 11 de junio de 2010 (n° 2010-2 QPC), que declara conforme a la Constitución el artículo 1° de la ley del 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, que dice: “Nadie puede valerse de un perjuicio por el solo hecho de haber nacido”. La QPC planteaba el problema de saber si la persona que nació afectada por una minusvalía o una invalidez que no se ha detectado durante el embarazo de la madre tiene derecho a indemnización, derecho que la Corte de casación había reconocido⁶⁸ pero que la ley de 2002 suprimió. El Consejo constitucional dio razón a la ley contra la Corte de casación.

- Las sentencias n° 2010-14/22 del 30 de julio de 2010 y 2014-428 QPC del 21 de noviembre de 2014 sobre el régimen de la “garde à vue”⁶⁹, que imponen la posibilidad por la persona detenida de ser asistida por un abogado. Esta sentencia dará lugar a una refirma realizada por la ley del 14 de abril de 2011.

- La sentencia n° 2012-240 del 4 de mayo de 2012, que declara contraria al principio de legalidad de los delitos y penas la ley que reprime el acoso sexual, por motivo de la insuficiente precisión de la definición de este delito⁷⁰.

itutionnel-quelques-chiffres.143503.html).

⁶⁷ Como lo indica el número de esta sentencia, es la primera que contesta una QPC.

⁶⁸ C. cass., 17.11.2000, Perruche, n° 99-13701, Bull. C. cass., n° 9.

⁶⁹ La “garde à vue” es la facultad de los funcionarios de la policía judicial de detener e interrogar, manteniéndola incomunicada durante cierto tiempo (de 24 hasta 72 horas) a cualquier persona sospechosa de haber cometido una infracción penal o de quien se sospeche plausiblemente que ha intentado cometerla.

⁷⁰ Esta sentencia tuvo el efecto paradójico de que, al derogarse la disposición

- La sentencia n° 2012-233 QPC del 22 de febrero de 2012, que declara conforme a la Constitución el régimen de “patrocinio” de los candidatos a la presidencia de la República, el cual obliga a publicar en el Diario oficial⁷¹ el nombre y calidad de los patrocinadores⁷².

- Las sentencias n° 2015-527 QPC del 22 de diciembre de 2015, n° 2016-535 y 2016-536 QPC del 19 de febrero de 2016, n° 2016-567/568 QPC del 23 de septiembre de 2016, n° 2016-600 QPC del 2 de diciembre de 2016, y n° 2017-624 QPC del 16 de marzo de 2017, todas éstas sobre el régimen del estado de emergencia, definido por una ley del 3 de abril de 1955, anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1958 y que, por consiguiente, no había sido presentada al Consejo constitucional antes de su promulgación. El Consejo, por estas diversas sentencias, ha reforzado las garantías de la libertad individual, al declarar contrarias a la Constitución las disposiciones que permitían realizar registros nocturnos de domicilios privados sin autorización judicial⁷³, o las que no imponían límite temporal a los arrestos domiciliarios⁷⁴.

VI. Conclusiones

VI.1. Un sistema jurídico en constante evolución...

Las relaciones entre la justicia constitucional francesa y los derechos humanos han cambiado profundamente desde la creación del

del código penal que reprimía el acoso sexual, éste no se pudo incriminar hasta que interviniera la ley del 6 de agosto de 2012 que tuvo en cuenta la exigencia de precisión dictada por el Consejo constitucional.

⁷¹ Journal officiel de la République française (www.journal-officiel.gouv.fr)

⁷² Para ser candidato a la elección presidencial, se necesita obtener el apoyo, en forma de firma de un formulario oficial, de 500 titulares de cargos electos nacionales (diputados y senadores) o locales (alcaldes, presidentes de departamentos y de regiones). Es la obligación de publicar la lista de los firmantes que impugnaba Marine Le Pen por la QPC que desechó el Consejo constitucional.

⁷³ Sentencia n° 2016-567/568 QPC del 23.09.2016

⁷⁴ Sentencia n° 2017-624 QPC del 16.03.2017

Consejo Constitucional por la Constitución del 4 de octubre de 1958. De puro órgano regulador de las competencias respectivas del Parlamento y el Poder ejecutivo, el Consejo se ha convertido en una verdadera Corte Constitucional, que no solamente controla la regularidad formal de las leyes, sino también ejerce un control de fondo, verificando la conformidad de las disposiciones legislativas a todas las normas de valor constitucional, inclusive las relativas a la garantía de los derechos humanos. En otras palabras, se puede decir que el Consejo constitucional, concebido por los autores de la Constitución, en 1958, como protector de las competencias del Poder ejecutivo contra los excesos del Parlamento, es hoy en día un protector de los derechos y libertades de los ciudadanos. Esta metamorfosis se operó en varias etapas –sentencia *Libertad de asociación* de 1971, posibilidad dada a 60 diputados o senadores de presentar una ley al Consejo constitucional en 1974; creación de la QPC en 2008–, se debe por parte a la voluntad del mismo Consejo constitucional y por otra a la del Constituyente. La colaboración y complementariedad entre los Poderes públicos, que muy a menudo es difícil de realizar, cada uno siendo celoso de defender sus propios intereses e independencia, han sido exitosas en este ámbito, han permitido avanzar considerablemente en la defensa de los derechos y libertades de los gobernados.

VI.2. ...que todavía debe mejorarse

El régimen del control de constitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional, por más protector de los derechos humanos que sea, no deja de carecer de una cierta eficacia.

Primero, el rechazo el Consejo constitucional de ejercer un control de convencionalidad –lo podría hacer descansando en el artículo 55 constitucional que atribuye a los convenios internacionales una fuerza jurídica superior a la de las leyes y, por lo tanto, parece exigir que las leyes sean conformes a los convenios– tiene un efecto nocivo. Deja vigentes leyes que vulneran derechos proclamados por el Convenio europeo de derechos humanos o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, pero que, a pesar de eso, no son contrarias a la Constitución,

pues los derechos vulnerados no son contemplados en la Constitución⁷⁵. Eso puede ser una fuente de conflictos o de lagunas en la protección de los ciudadanos⁷⁶.

También es lamentable que el acceso al Consejo constitucional, incluso en el marco de la QPC, sea tan restringido. Además, el hecho de que depende de la evaluación por el Consejo de Estado o la Corte de casación del carácter serio de la cuestión de constitucionalidad planteada conlleva dos inconvenientes: primero, la evaluación de los tribunales supremos judicial y contencioso administrativo puede ser diferente de la del Consejo constitucional, pero no hay remedio ya que éste nunca podrá conocer de una QPC “bloqueada” por el Consejo de Estado o la Corte de casación, mas que él, quizá, habría considerado “seria”; segundo, el Consejo de Estado parece menos exigente que la Corte de casación en la evaluación del carácter serio de una QPC⁷⁷. En efecto, entre el 1º de marzo de 2010 –fecha de entrada en vigor de la QPC– y el 1º de marzo de 2015, el Consejo de Estado ha transmitido al Consejo constitucional el 24% de las QPC que se le planteó, mientras que la Corte de casación solo transmitió el 18%. Durante el mismo periodo, el Consejo de Estado transmitió 207 QPC al Consejo constitucional, y la Corte de casación 258⁷⁸.

⁷⁵ Por ejemplo, la Constitución no afirma el “derecho a la vida”, proclamado en el artículo 2º de la Convención europea, ni la “prohibición del trabajo forzado”, contemplado en el artículo 3º de la convención, o el “derecho a un proceso equitativo” del artículo 6º convencional, etc.

⁷⁶ Véase, por ejemplo: Andriantsimbazovina, Joël, “La prise en compte de la Convention européenne des droits de l’homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution?”, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18, julio de 2005; Mathieu, Bertrand, “Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l’homme: Coexistence, Autorité, Conflits, Régulation”, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 32 “Convention européenne des droits de l’homme”, ya citado.

⁷⁷ Véase: Consejo de Estado, “La question prioritaire de constitutionnalité devant la juridiction administrative”, 17.11.2014, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/La-question-prioritaire-de-constitutionnalite-devant-la-juridiction-administrative>.

⁷⁸ En total, de 2010 a 2015 el Consejo de Estado y la Corte de casación recibieron 2360 QPC: 856 por el Consejo de Estado y 1504 por la Corte de casación (Fuente: Consejo constitucional, Abril 2015 : “Les 5 ans de

Finalmente, es legítimo esperar que en el futuro el Consejo constitucional se muestre más sensible a la necesidad que sienten los ciudadanos, de que sus derechos sean mejor protegidos frente a las prerrogativas de la potencia pública. En general –y ello se puede observar también de parte del juez contencioso administrativo y del judicial–, el Consejo constitucional tiene tendencia a hacer prevalecer los intereses del Estado sobre los de los individuos e interpreta de manera restrictiva las disposiciones protectoras de las personas privadas cuando entran en conflicto con los de las personas. Esto se da particularmente cuando se trata de conciliar un derecho o una libertad con el orden público⁷⁹: los jueces, ordinarios o constitucionales, consideran generalmente que “no hay libertad sin orden público” o que el orden público es un “objetivo de valor constitucional”, “sin el que no puede ser garantizado el ejercicio de las libertades”. Ya que nunca se afirma el contrario –es decir que “no hay orden público sin libertad” o que “sin el ejercicio de las libertades no se puede garantizar el orden público”–, es el orden público el que parece necesario, mientras que las libertades serían casi accesorias. Todavía queda trabajo para colocar las dos nociones al mismo nivel.

Abreviaturas

- Bull. C. cass.: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation = Recopilación de los fallos de la Corte de casación

la QPC au Conseil constitutionnel - Quelques chiffres”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2015-les-5-ans-de-la-qpc-au-conseil-constitutionnel-quelques-chiffres.143503.html>). No existen estadísticas más recientes.

⁷⁹ Véase, por ejemplo: Salazar Navarro, Santiago Ramón, “Derechos humanos y orden público”,

<http://www.monografias.com/trabajos96/derechos-humanos-y-orden-publico/derechos-humanos-y-orden-publico.shtml>;

Conseil donctitutionnel, “Libertés publiques et droits de l’homme. Les principaux critères de limitation des droits de l’homme dans la pratique de la justice constitutionnelle”, 8^o Seminario de la Cortes Constitucionales, Erevan, 2-5.10.2003,

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libpub.pdf.

- C. cass.: Cour de cassation = Corte de casación
- C. cass., ch. mixte: fallo dictado por la sala mixta de la Corte de casacion, integrada por ministros de dos o más salas
- C. const.: Conseil constitutionnel = Consejo constitucional
- CE: Conseil d'État = Consejo de Estado
- CE, Ass.: Fallo dictado por la Asamblea de lo contencioso (o Pleno) del Consejo de Estado
- CE.,Sect.: Fallo dictado por la Sección de lo contencioso del Consejo de Estado
- CEDH: Corte europea de derechos humanos
- Rec. C. const.: Recueil des décisions du Conseil constitutionnel = Recopilación de las sentencias del Consejo constitucional
- Rec. CE: Recueil des arrêts du Conseil d'État = Selección de los fallos del Consejo de Estado

Bibliografía

- Andriantsimbazovina, Joël, “La prise en compte de la Convention européenne des droits de l’homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ?”, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18, julio de 2005.
- Canivet, Guy, Le rôle du Conseil constitutionnel dans la protection des droits de l’homme, Coloquio de Amman, 2.02.2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2013/le-conseil-constitutionnel-et-la-protection-des-droits-de-l-homme.147432.html>
- Conseil Constitutionnel, “Libertés publiques et droits de l’homme. Les principaux critères de limitation des droits de l’homme dans la pratique de la justice constitutionnelle”, 8° Seminario de la Cortes Constitucionales, Erevan, 2-5.10.2003, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libpub.pdf.
- Conseil D'état, “La question prioritaire de constitutionnalité devant la juridiction administrative”, 17.11.2014, <http://www.conseil->

etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/La-question-prioritaire-de-constitutionnalite-devant-la-jurisdiction-administrative.

- Cruz, Luis M., El alcance del Consejo constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/12LMCruz.htm>
- Debré Jean-Louis, Protection des libertés et QPC, Conseil National des Barreaux, 21.10.2011, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2011/JLD-Nantes-21102011.pdf
- Debré Jean-Louis, La QPC, une question pour la démocratie, Colloque organisé par LexisNexis à l'initiative du président de l'Assemblée Nationale, Claude Bartolone, 5.04.2013? <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2013/la-qpc-une-question-pour-la-democratie.137408.html>.
- Gómez Ruiz, Mara, “La Jurisdicción Constitucional y la protección de los Derechos Humanos”, Perseo, Programa universitario de derechos humanos, México, UNAM, n° 5, julio de 2013.
- Julien-Laferrrière, François, “Las Insuficiencias del Control de la Constitucionalidad de Leyes en Francia, en Derecho Constitucional”, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004
- Mathieu, Bertrand, “Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l’homme: Coexistence, Autorité, Conflits, Régulation”, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 32 “Convention européenne des droits de l’homme”, n° 32, Paris, julio de 2011.
- Salazar Navarro, Santiago Ramón, “Derechos humanos y orden público”, <http://www.monografias.com/trabajos96/derechos-humanos-y-orden-publico/derechos-humanos-y-orden-publico.shtml>

El derecho a decidir y el principio democrático

JOSÉ TUDELA ARANDA¹ (ESPAÑA)

¹Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes de Aragón

Decidido el objetivo de la independencia y legitimado el mismo desde una triple perspectiva –histórica, económica e ideológica, la pregunta a responder por el nacionalismo soberanista era, necesariamente, el cómo. ¿Cómo hacer realidad la independencia? Para justificar la necesidad de la independencia, se han utilizado todo tipo de razonamientos, alegando causas, de origen mediato, inmediato y remoto. En una cuestión como la estudiada, el cómo remite necesariamente al procedimiento y éste al Derecho. De forma inevitable, surgía el obstáculo. El ordenamiento jurídico español no preveía la posibilidad de la secesión. Las Comunidades Autónomas no tenían reconocido el ejercicio de un derecho de autodeterminación. Tampoco el Derecho internacional proporcionaba un cauce. Así las cosas, había que buscar una línea argumental que propiciase bien una interpretación de la Constitución que hiciese posible, frente a los aparentes problemas, un referéndum de secesión bien un soporte suficiente para posibles acciones unilaterales. Desde estas premisas, los dos principios vertebradores del Estado constitucional, legalidad y democracia, van a entrar en juego. Eso sí: en un juego desigual. Las líneas que siguen solo pretenden ilustrar sobre las condiciones en las que se ha desenvuelto esta dialéctica y realizar una breve disquisición sobre las dificultades, a juicio del autor insalvables, incluso en el marco de una eventual reforma constitucional, que plantea la normativización del llamado derecho a decidir.

I. Legalidad y principio democrático. Referencias comparadas

Tradicionalmente, el derecho de secesión se ha asociado al principio y derecho de autodeterminación². De hecho, cuando en el

² Una visión contemporánea de la autodeterminación, VV.AA, *La autodeterminación a debate*, J.J. Solozábal Echavarría Cuadernos de Alzate, nº 46-47, 2013. Para una de las primeras aproximaciones teóricas en la

proceso constituyente se abordó esta cuestión, se hizo alrededor de una enmienda del Diputado Letamendía sobre la inclusión de un nuevo Título que regulase el Derecho a la autodeterminación. Incluso, en la prolija relación de mociones y acuerdos del Parlamento de Cataluña sobre esta cuestión, domina la expresión de derecho a la autodeterminación³. Pero esta voz se va a excluir del proceso. Desde el primer momento, el discurso soberanista preferirá centrar el debate sobre una expresión relativamente novedosa, sin la carga de tradición jurídica, cultural y valorativa que tiene el derecho de autodeterminación. Derecho a decidir. Un derecho que se formaliza por primera vez en la Resolución 742/IX, de septiembre de 2012, del Parlamento de Cataluña y se reafirma en la Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, que ratifica la decisión de considerar abierto el “derecho a decidir”. Ya entonces, el derecho a decidir ha trascendido el ámbito de las aulas y de los partidos para dominar la calle. En realidad, está en su espacio natural. Nunca estuvo en las aulas y apenas durmió en la sede de los partidos que hoy lo van a defender con ardor. La proclamación del derecho a decidir es coherente con el discurso identitario del Parlamento catalán y de las formaciones políticas que lo han sostenido a lo largo del tiempo. Cataluña es una nación y, en consecuencia, tiene derecho a decidir. Nótese el salto. Una nación como sujeto político soberano. El pueblo catalán tenía, tiene, el derecho a decidir su futuro como comunidad política y nada se puede oponer a su ejercicio. En todo caso, el paso del derecho de autodeterminación al derecho a decidir no es una mera cuestión terminológica. La comprensión del derecho de autodeterminación ha sido tradicionalmente amplia y ha excedido los límites de un eventual derecho a la secesión. Un pueblo puede autodeterminarse sin que ello implique un ejercicio previo o

España de las autonomías, G. JAUREGUI, *Algunas reflexiones en torno al derecho de autodeterminación en Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en homenaje a Pablo Lucas Verdú*, 2001, pp. 2555-2580.

³ Al respecto, C. Viver Pi-Sunyer y M. Graus Creus, *La contribució del Parlament al process de consolidació i desenvolupament de l' autogovern de Catalunya i a la defensa de la seva identitat nacional*, REAF nº 18, pp. 99-110.

posterior de la secesión. Por el contrario, habría que entender el derecho a decidir como un paso ulterior, como una concreción del más genérico derecho a la autodeterminación. El pueblo, la nación, se ha autodeterminado y ha concluido que desea decidir la independencia. Además, y los promotores de la expresión lo sabían bien, el derecho de autodeterminación es una institución jurídica con perfiles relativamente claros. Hace ya mucho tiempo que la comunidad internacional estableció las posibles condiciones de su ejercicio. Relación colonial u opresión y negación de los derechos individuales y colectivos de una minoría nacional. Y Cataluña se encontraba lejos de esos supuestos⁴.

El éxito de esta expresión fue inmediato. Se extendió como una mancha de aceite y, salvo PP y Ciudadanos, todas las formaciones políticas lo asumieron y no solo en forma teórica, sino con la consecuencia de poder ejercerlo en un momento determinado. Por su parte, una gran mayoría de los ciudadanos catalanes, incluidos opuestos a la independencia o votantes de partidos contrarios al derecho a decidir, se manifestaban a favor del mismo. Es una conjetura, pero es posible que si la pregunta se hubiese realizado alrededor del derecho de autodeterminación, el resultado hubiese sido diferente. A la postre, éste tiene una carga ligada a situaciones coloniales que hacían más difícil su asociación con el presente español. Derecho a decidir es una expresión mucho más limpia y positiva. Es natural que cualquier ciudadano si le preguntan si quería tener derecho a decidir conteste que sí. Sobre cualquier tema y en cualquier lugar. Más si se quiere, sobre una cuestión tan relevante como el futuro político de la comunidad. No parece excesivo aventurar que también los ciudadanos de otras Comunidades Autónomas, incluso sin gran arraigo nacionalista estuviesen a favor de disponer de un derecho a decidir⁵.

⁴ Ajeno a las disquisiciones terminológicas españolas, en una visita a España, el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki Moon, ha negado que Cataluña pueda ser sujeto del derecho de autodeterminación, valorando el reconocimiento que la Constitución realiza de su singularidad cultural (La Vanguardia, 31 de octubre de 2015).

⁵ En la encuesta de La Vanguardia de 2 de mayo de 2015, manteniendo la pauta de sondeos anteriores, el 79,1% de los interrogados contestaba

Junto a ello, el denominado derecho a decidir se presentaba inexorablemente vinculado al principio democrático. Dicho de otra manera, el derecho a decidir de los ciudadanos no sería sino la consecuencia natural del principio democrático. Afirmado éste, sería imposible negar el otro. Ello no solo es relevante desde la construcción teórica del discurso sino, también, en relación con la batalla por la opinión pública. La defensa del derecho a decidir era la defensa de la democracia frente a aquellos que buscaban impedir que los ciudadanos decidiesen su futuro. De nuevo, como en otros momentos de este debate, un velo de apariencias lógicas y de impecables valores ocultan, cuando menos, todos los matices y factores de complejidad llamados a condicionar el debate, sino directamente, los verdaderos valores que hacen posible la convivencia democrática. El derecho a decidir no se encuentra formulado a nivel teórico, no tiene respaldo jurídico en ninguna Constitución nacional; carece de reconocimiento en el Derecho internacional⁶. Da igual. Es el ejercicio supremo de la democracia, la vía a través de la cual un pueblo puede hacer realidad un destino. No importa si no existe marco jurídico legal o político para su ejercicio. Cual mandato divino, el derecho a decidir se impone. En su ejercicio y en la dialéctica del lenguaje frente a aquellos que no son capaces de reconocer la evidencia. Es el poder del pueblo. Un poder sin límites en el discurso del nacionalismo hegemónico. La consecuencia más relevante del vigor con el que se dota al principio de democrático, y con el que los ciudadanos lo perciben, es que nada puede oponerse al mismo. Es un derecho natural que no precisa de condición alguna para desenvolverse. Dicho de otra manera, no ha lugar a conjugar el principio de legalidad porque

positivamente a la pregunta: ¿Estaría de acuerdo con que en Catalunya se pudiera convocar un referéndum para decidir la independencia? Y un 19,4% en contra. Nótese la carga positiva que contiene la pregunta y que, necesariamente ha de retraer a una respuesta negativa.

⁶En un excelente artículo, al que habrá que volver, el profesor López Basaguren, buen conocedor del derecho comparado afirma recuerda que en las democracias liberales no existe un derecho a la secesión. Ese fue el presupuesto del propio Tribunal Supremo canadiense en su célebre auto sobre Quebec.

el principio democrático juega en otro territorio, con otro lenguaje. El de los seres superiores. A su lado, el principio de legalidad, los alegatos que puedan realizarse a la necesidad de encauzar el proceso de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, van a ser inútiles. Son propios de viejos burócratas que, una vez más, se encierran en la legalidad, en su legalidad, para cerrar el paso a la voluntad del pueblo.

Se trata de una interpretación del principio democrático que debe ser cuestionada desde el primer momento. La democracia en ningún caso se reduce al mero ejercicio de la decisión por mayoría, y menos se puede decir, cuando se trata de una cuestión tan relevante que afecta de lleno a los derechos fundamentales de millones de individuos. Como señaló el Tribunal Supremo de Canadá, quienes así piensan, “malinterpretan el significado de la soberanía popular y la esencia de la democracia constitucional”. Pero el Tribunal canadiense se adentraba en la esencia de la democracia, en el significado del procedimiento como cauce de equilibrio de derechos y en el juego necesario entre mayorías y minorías. Nada de ello ha importunado la labor constante de unas formaciones políticas que han reducido el debate a términos de una simpleza incompatible con las mínimas exigencias democráticas. No es excesivo señalar que el proclamado principio democrático ha sido sino directamente ignorado, al menos gravemente erosionado por el soberanismo, en un proceso que solo cabe calificar como de desgraciado.

La relación entre legalidad y democracia es tan antigua como propicia al conflicto. Precisamente, la gran cualidad del orden constitucional contemporáneo es haber logrado un equilibrio que permite racionalizar las consecuencias del principio democrático sin alterar la regla de que, finalmente, sea la mayoría la que decida. El equilibrio, sucintamente, va a consistir en aceptar que el ejercicio de la mayoría debe hacerse conforme a unas normas que, a su vez, garanticen los derechos de las minorías, y que, si en un momento determinado, la mayoría no se encuentra de acuerdo con las normas, pueda solucionar el conflicto modificando las normas. No en vano, esas normas son también expresión de la mayoría, es decir del principio democrático. Porque, en última instancia, en una democracia,

se trata de una falsa contraposición. La legalidad nunca puede oponerse sustantivamente al principio democrático porque es expresión de ese mismo principio. Sin duda, esta dialéctica tiene características propias en relación con la posible secesión de un territorio del Estado al que pertenece. De entrada, prácticamente nunca la legalidad va a reconocer a la mayoría de un territorio determinado el derecho de secesión. De una u otra manera, las Constituciones blindan la integridad territorial del Estado. Y, por razones obvias, casi nunca será sencillo que la mayoría de un Estado acepte modificar las normas, Constitución incluida, para hacer posible la secesión de una parte del Estado, deseada por la mayoría de la población residente en ella. La dialéctica adquiere una complejidad singular. Pero no puede extrañar a nadie. Pocos hechos hay más relevantes, traumáticos y con consecuencias más difíciles de predecir, también sobre los derechos y libertades de los ciudadanos, que la fragmentación de un Estado. El Derecho cumple su función habitual. Ser cauce para una decisión rigurosa, pausada y deliberada. Ser administrador, gestor, de los tiempos. En fin, una función de garantía. Garantía de los derechos individuales de todos los ciudadanos afectados. Garantía de la propia democracia, de manera que se asegure que a una minoría coyuntural no se le cercene el derecho a ser mayoría en un tiempo cercano. Respetar la legalidad no es obsesión de viejos burócratas. Es la condición necesaria de un ejercicio verdaderamente democrático.

Junto a la fuerza natural de la apelación al principio democrático, una visión comparada parecía acudir en apoyo de las demandas soberanistas. Como es sabido, las últimas décadas han sido escenario de algunos cambios en la relación entre legalidad y democracia en el contexto de procesos secesionistas. Los casos de Quebec y Escocia han ilustrado este debate desde premisas que pueden considerarse novedosas. Frente al consolidado principio de integridad territorial de los Estados, principio que excluía la posibilidad de secesión, salvo en los casos de relación colonial y de opresión y violación grave de los derechos humanos de una minoría, después del Auto de la Corte Suprema de Canadá de 20 de agosto de 1998 se ha abierto una nueva vía de trabajo para este tipo de conflictos. Sobre el mismo, existe una amplia doctrina es-

pañola que evita su exégesis. Lo que aquí interesa es su significado para abordar la relación legalidad/democracia en un supuesto de posible secesión de un territorio. Desde la afirmación inequívoca de que en una democracia no existe derecho de autodeterminación y de que el respeto a la legalidad debe ser escrupuloso, el Tribunal canadiense señala que la legalidad no puede ser sorda a la voluntad clara y reiterada expresada por la mayoría de un territorio. La legalidad necesita también de la legitimidad del conjunto de los valores y principios democráticos y, por ello, habrá obligación de escuchar y buscar una solución que, para Canadá, la Corte traduce en la posibilidad de celebración de una consulta, en unas condiciones y requisitos muy determinados y con la consecuencia de abrir un proceso de negociación que puede desembocar en la independencia, pero no necesariamente. En todo caso, lo que la Corte establece no es una obligación de resultado, el referéndum, la independencia, sino de negociación⁷. Por lo demás, la secesión de una provincia, requeriría de una enmienda a la Constitución de Canadá. No se puede finalizar esta referencia sin advertir que el nacionalismo quebequois nunca ha aceptado los planteamientos de la doctrina de la claridad⁸. Un hecho nada baladí porque avala

⁷ T. de la Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, *La obligación de negociar en la Opinión del Tribunal Supremo de Canadá de 1998*, El Cronista del Estado social y democrático de derecho, n° 2015, pp. 12-13.

⁸ El Auto será el origen de la denominada Ley de la claridad (aprobado por el Senado de Canadá en su versión definitiva el 29 de junio de 2000) y, en general de la doctrina de la claridad. La ley fue replicada por otra del Parlamento de Quebec que, además de, sic, “afirmar el derecho a la integridad territorial de Quebec”, señalaba que “ningún Parlamento o Gobierno puede reducir los poderes, autoridad, soberanía o legitimidad de la Asamblea Nacional, o imponer restricciones sobre la voluntad democrática del pueblo quebequense de determinar su propio futuro” (artículo 13). Como se ha dicho, no por casualidad, el Auto y la doctrina consiguiente ha sido objeto de particular atención en España. Para una exposición de los fundamentos de esta doctrina, S. Dion, *La política de la claridad*, Alianza-Fundación Manuel Giménez Abad, 2005. Una síntesis completa del proceso que desembocó en el Auto y de sus consecuencias en S. Muñoz Machado, *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, 2014, pp. 285-291; A. López Basaguren, *Stephane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense*, www.fundacionmgimenezabad.es,

un argumento al que más tarde se hará referencia. Es muy difícil, sino imposible, que exista acuerdo sobre la forma concreta de regular y, en su caso, ejercer un eventual derecho de secesión. Por una razón muy sencilla. Por su propia naturaleza, la secesión no puede ser un derecho.

Aunque los parámetros constitucionales y políticos son bien diferentes, la convocatoria de un referéndum de independencia como respuesta a la pretensión de secesión del Partido Nacionalista Escocés ha reforzado la visibilidad de una solución apoyada “en el principio democrático”, si bien, también en este caso, la premisa de unos y otros fue el respeto escrupuloso de la legalidad, así como unas importantes exigencias alrededor del proceso deliberativo. Y la asunción indubitada de que la decisión tanto en relación con el referéndum como sobre la posible independencia posterior correspondía a Westminster. Junto a ello, si bien que en un esquema jurídico y político también completamente diferente, hay que citar la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia de 2010, respecto de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo⁹. Para quienes ven en el derecho a la autodeterminación, o a decidir, un verdadero derecho natural, la Opinión de la Corte no es más que una ratificación lógica de esa posición¹⁰. No importa que el pronunciamiento sea todo menos

2005; A. López Basaguren, *Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá en La participación política a debate. Referendums y consultas populares* (M. Contreras Casado y E. Saénz Royo, eds), Comuniter, 2013, pp. 53-92.

⁹ En relación con el referéndum escocés, A. López Basaguren, *Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas*, Cuadernos de Alzate, nº 46-47, 2013, pp. 127-140. Sobre el caso de Kosovo, A. Mangas Martín, *Kosovo y Unión Europea. Una secesión planificada*, Revista Española de Derecho Internacional nº 63, 2011, pp. 211 y ss; S. MUÑOZ Machado, *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, 2014, pp. 199-202. La propia profesora Mangas, resalta la continuidad del hacer de los soberanistas con el modelo de Kosovo: *Cataluña ¿No habrá independencia?*, El Cronista del Estado social y democrático de derecho nº 42, 2014, pp. 58-59.

¹⁰ “Cataluña ve a Kosovo como modelo de reconocimiento internacional” http://politica.elpais.com/politica/2015/11/08/actualidad/1447008351_205352.html.

claro y, evidentemente, no se toman en consideración todos los supuestos de hecho, extremadamente particulares y graves, que hicieron posible la Declaración. Por supuesto, también se omite que cinco años después, Kosovo se desangra, incluso demográficamente como Estado, viviendo en un limbo jurídico, ya que su reconocimiento internacional apenas alcanza a cincuenta Estados. Ni Escocia ni, especialmente, el caso de Kosovo tienen presupuestos que permitan la comparación con España. En relación con Escocia, la muy diferente historia y naturaleza del vínculo de integración en el Reino Unido lo explica suficientemente. Recordando siempre que el presupuesto del proceso ha sido el control del proceso por el Parlamento británico. Kosovo apenas merece comentario. Comparar la situación de este territorio con la de Cataluña y homologar las respuestas, es un grave desprecio a todo lo padecido por los habitantes de ese territorio. En todo caso, no está de más subrayar como en ninguno de los tres supuestos alegados por los defensores del derecho a decidir o de incluir el derecho de autodeterminación en la Constitución, ese derecho existe como tal reconocido en el ordenamiento jurídico.

En todo caso, es pertinente recordar que también se pueden citar ejemplos en dirección contraria como la Sentencia del Tribunal Supremo de Alaska de febrero de 2010, prohibiendo la celebración de un referéndum a favor de la independencia. Más recientemente, en 2013, el Movimiento Nacionalista de Texas, reunió más de 100.000 firmas, que dirigió a la Casa Blanca, para pedir la secesión de Texas y la creación de un Estado independiente. La respuesta fue clara, desde el presupuesto de que “los Padres Fundadores establecieron el modo de cómo cambiar las leyes, pero no el de salir de la Unión”. A continuación, se recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 1869 en el caso “Texas vs White”, (“La Constitución en todas sus disposiciones contempla una unión indestructible compuesta por Estados indestructibles”. Y aunque se permite un sano debate, “no se permite que ese debate nos separe”)¹¹. Una respuesta que se antoja sería semejante en otros mu-

¹¹ Véase: <https://petitions.whitehouse.gov/petition/peacefully-grant-state-texas-withdraw-united-states-america-and-create-its-own-new>.

chos Estados que proclaman la unidad como principio esencial de su ordenamiento jurídico constitucional. Todos estos supuestos son distintos entre sí y, evidentemente, muy diferentes del caso español. No es irrelevante el insistir en el hecho de que cada Estado posee no ya un ordenamiento jurídico determinado, sino que es heredero de una cultura política y jurídica que hace imposible la mera traslación de soluciones.

Aunque en estas páginas se dará un mayor protagonismo al análisis del desenvolvimiento del principio democrático, resulta necesario realizar un breve recordatorio sobre el marco jurídico en el que se ha desarrollado, y se desarrolla, el debate. La Constitución española, como otras, reconoce la indisoluble unidad de la Nación española y no prevé la posibilidad de modificar esa situación. Como hubo ocasión de señalar, durante el proceso constituyente se rechazó expresamente la posibilidad de incluir la regulación del derecho de autodeterminación. Sobre este extremo, parece que no hay dudas. En el mundo académico español, la discusión se ha planteado alrededor de la posibilidad o no de celebrar un referéndum para conocer la voluntad de los catalanes sobre la independencia. Desde la premisa de que debería ser convocado por el Presidente del Gobierno, y de que tendría un carácter consultivo, una parte de la doctrina ha considerado que sería la mejor, y más democrática, forma de solventar el conflicto. O, al menos, que era necesario conocer lo que opinaba el pueblo catalán para, en su caso, actuar en consecuencia. Su línea argumental descansa en el presupuesto de que la Constitución no lo prohíbe y en el hecho de que sería meramente consultivo, una especie de gran encuesta de opinión. Esta tesis ha sido objetada mayoritariamente. Los argumentos más relevantes que se han esgrimido en su contra son que el artículo 92 de la Constitución se refiere como sujetos de la convocatoria a “todos los españoles”, por lo que no sería posible la celebración de un referéndum territorializado, y el hecho de que si bien no podía ser sino un referéndum consultivo, lo era, en última instancia, sobre la soberanía nacional. Difícilmente se podría dar a una consulta semejante un carácter no vinculante en la práctica¹².

¹² Representativos de aquellos que consideran que es posible e, incluso, conveniente, celebrar este referéndum, se encuentran los profesores

La parte del mundo académico catalán vinculado al asesoramiento del proceso a través del Consejo para la Transición Nacional, también realizó un esfuerzo por encajar la posibilidad del referéndum en el vigente marco constitucional español. En concreto, en el informe de 25 de julio de 2013, se plantean hasta cinco vías legales: a) los referéndums previstos en el artículo 92 de la Constitución; b) la delegación o transferencia de competencias prevista en el artículo 150.2 de la Constitución, c) los referéndums previstos en la Ley catalana 4/2010; d) las consultas de la Ley catalana de consultas populares no refrendarias, entonces en tramitación; y e) la reforma de la Constitución¹³. De estas vías, y dejando aparte la obvia posibilidad de la reforma constitucional, la fórmula de referéndum del artículo 92 es la que más posibilidades podía ofrecer. Ante la negativa reiterada del Presidente del Gobierno a convocar esta consulta, el Parlamento de Cataluña solicitó a las Cortes Generales, la transferencia o delegación de la competencia para celebrar referéndums. La solicitud fue rechazada. De esta manera, a juicio de los asesores del Gobierno catalán, solo quedaba la posibilidad de la propia legalidad catalana, obviando el marco constitucional.

Rubio Llorente (F. RUBIO LLORENTE, *Un referéndum que nadie quiere*, El País, 11 de febrero 2013) y Carreras (F. De CARRERAS, *¿Puede celebrarse un referéndum en Cataluña?*, El Cronista n° 42, 2014, pp. 25 y ss. En este trabajo realiza un examen pormenorizado de las opciones que, a su juicio, ofrece la Constitución para celebrar este referéndum); C. AGUADO RENEDO, *Sobre un eventual referéndum consultivo en el proceso soberanista catalán*, Cuadernos de Alzate, n° 46-47, 2013, pp. 27-47; J. TORNOS MAS, *El problema catalán*, El Cronista del Estado social y democrático de derecho, n° 42, 2014, p. 49. Por el contrario, profesores como Solozábal, Aragón, Muñoz Machado, Ariño, se han mostrado vehementemente contrarios a esta posibilidad (G. ARIÑO, *La independencia de Cataluña*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 123-125; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, ob. cit., pp. 191-192; M. ARAGON REYES, (El Imparcial, 3 de julio de 2014); J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El problema catalán en la crisis del Estado autonómico*, Revista de Libros, Mayo 2014); J.M CASTELLA ANDREU, *El problemático encaje constitucional del derecho a decidir de Cataluña y sus vías de ejercicio*, Percorsi Costituzionali, 3 2014, pp. 815-816.

¹³ Para un análisis de estas opciones, S. Muñoz Machado, *Cataluña y las demás Españas*, ob. cit., pp. 190-193.

Antes de continuar, ya adentrándome en el desenvolvimiento del principio democrático, es preciso realizar alguna consideración añadida sobre el eventual recurso al artículo 92 de la Constitución. Particularmente, considero que los obstáculos jurídicos son de difícil elusión. El artículo 92 está pensado para la celebración de un referéndum en el que se convoca a todo el cuerpo electoral. En una cuestión de semejante trascendencia, no parece que se pueda abrir la vía a una interpretación más que flexible de la Constitución. Pero, sin duda, se trata de una cuestión opinable. Más relevancia tienen, a mi juicio, argumentos de oportunidad política que, en este caso, se encuentran particularmente ligados a la argumentación jurídica y, sobre todo, a la raíz misma del principio democrático. Un referéndum sobre secesión no es cualquier referéndum. Por definición, véase lo sucedido en Gran Bretaña o Canadá, incluyendo las previsiones del Auto del Tribunal Supremo, no implica consecuencias jurídicas inmediatas. Se limita a abrir un periodo de negociación que, si el resultado ha sido favorable a la secesión en los términos previamente acordados, debería acabar en la efectividad de la misma. Por ello, la consideración de que se trata de un referéndum meramente consultivo, creo, no es relevante. Siempre lo es. Pero, simultáneamente, no lo es. Un pronunciamiento sobre una cuestión tan trascendente tiene consecuencias políticas y jurídicas necesarias. Consecuencias que, por definición, son incompatibles con el marco jurídico que establece la Constitución. Puede alegarse que, precisamente, una victoria del sí implicaría la obligación de una reforma de la Constitución. Pero esa reforma conllevaría, ahora sí, necesariamente, el pronunciamiento de todos los españoles. Así las cosas, el referéndum consultivo celebrado conforme al artículo 92 no resolvería, en caso de victoria del sí, el problema y, por el contrario, provocaría un agravamiento de la fractura social. Finalmente, no puede obviarse una dificultad añadida. Convocar para decidir en referéndum sobre una posible independencia sin anudar, aparentemente, consecuencias jurídicas al resultado, puede ser un elemento de grave distorsión del mismo. La secesión es un hecho de la máxima trascendencia. Se ha dicho y habrá que repetirlo. Aquel que vote sobre la misma ha de ser consciente de que su voto está vinculado a una

consecuencia. Votar en el contexto de una consulta que, necesariamente, se presenta como consultiva, supone un plus para el voto afirmativo. Es un voto libre de cargas. No solo sumará a aquellos que puedan querer la independencia pero que la rechacen por las eventuales consecuencias que pueda tener sobre el País, sino que puede sumar a una parte de quienes no la deseen y que consideren que la victoria de un voto afirmativo reforzaría la posición de su Comunidad en una eventual negociación. Un referéndum de secesión no tiene consecuencias jurídicas inmediatas. Pero si se realiza, ha de hacerse en un contexto lo más claro posible sobre sus consecuencias. Algo que es imposible en el marco de la Constitución de 1978. Un conjunto de circunstancias que explican fácilmente la relevancia de unas consecuencias sociales graves por proclives a la división social. Por todo ello, no parece excesivo decir que un referéndum sobre secesión escapa de las pautas, siempre complejas, que rodean una apelación directa al pueblo, para solo poder ser tomada en consideración en una última y extraordinaria circunstancia. La constatación definitiva del fracaso social de la convivencia en común.

II. Soberanismo y principio democrático

Aunque las referencias al principio democrático han sido inevitables, es momento de detenerse en el mismo. Exactamente, en la interpretación que de él ha realizado el nacionalismo catalán. Como se ha dicho, durante los años 2012 a 2014, la construcción política de la opción soberanista se hace sobre un derecho a decidir que no es sino traducción del principio democrático. Desde la importante perspectiva de la legitimación de los discursos, no es irrelevante estar acompañado por la legitimación innata al principio democrático. De alguna manera, la dialéctica es inevitable. Una posición opta por la democracia, por la posibilidad de que los ciudadanos decidan, mientras que la otra niega a esos ciudadanos la posibilidad misma de oponerse. Una victoria por KO y en el primer asalto. Sería injusto reprochar esta circunstancia al

nacionalismo. Sus dirigentes han entendido perfectamente el valor simbólico y legitimador del principio democrático y lo han utilizado en beneficio de su posición. Lo que resulta difícil de comprender, y es, desde luego, criticable, es que desde el Gobierno del Estado, y desde los partidos opuestos a la independencia, no se haya sabido disputar el partido desde la democracia. No se haya sabido contrarrestar argumentos y presentar otros que, también desde el principio democrático, avalan sus tesis. De esta debilidad ideológica de los no independentistas, nada se puede reprochar a quienes lo son. la posibilidad misma de oponerse. serdecidan, mientras que la otra niega a esos ciudadanos la posibilidad misma de oponerse

La crítica debe centrarse en la reducción del principio democrático a la decisión. No se tiene en cuenta ninguna otra consideración, ninguna otra de sus exigencias. El principio democrático se limita al hecho de votar y, además, a hacerlo en unas determinadas condiciones. Es en este extremo donde el discurso democrático del soberanismo presenta notables debilidades. La legitimidad democrática no solo proviene del hecho de votar. La historia está llena de ejemplos en los que, precisamente, el resultado de una votación no puede considerarse legitimador de nada. Y no puede porque las circunstancias que han rodeado la votación no han sido, precisamente, democráticas, y esas circunstancias son tan importantes como el hecho de votar. Creo que cualquier espectador neutral de lo sucedido en Cataluña durante los años analizados puede convenir en que la deliberación y el debate público no han tenido lugar con las condiciones que exige el principio democrático. El poder público ha mantenido una beligerancia excluyente de cualquier posición que no favoreciese las tesis soberanistas. Una posición que se ha reflejado en cuestiones esenciales como la disparidad de medios con los que han contado aquellos que apoyaban una u otra tesis. O en la posición, también beligerante y excluyente, de los medios de comunicación públicos, en favor de la tesis pro independencia. O en el apoyo en un voluntarismo esencialista que niega reiteradamente cualquier consecuencia negativa asociada a la independencia. O en la apropiación del todo, Cataluña¹⁴. Se podría seguir. En todo caso, se trata de cuestiones

esenciales. Si se habla de referéndum, no puede hablarse solo de si el mismo es posible o no, conveniente o no. También deben ser objeto de debate, riguroso y pausado, las condiciones de deliberación en el que el mismo deba celebrarse. Precisamente, la democracia exige que, ante una cuestión de semejante trascendencia, los ciudadanos tengan todas las posibilidades para conformar una opinión libre. En caso contrario, el referéndum sería un ejercicio, que, lejos de enriquecer la democracia, la dañaría.

También debería discutirse si una cuestión como la secesión puede ser objeto de un referéndum. Como habrá ocasión de argumentar, es casi imposible reconducir a derecho el ejercicio de la secesión. Por definición y necesidad, se mueve en el territorio de los hechos, sino directamente en la revolución como quiebra de un orden jurídico. Mayoritariamente, quienes defienden su viabilidad, especialmente en el debate político, parten de un absolutismo democrático. No hay otro argumento que la voluntad del pueblo. No hay nada que se pueda oponer a la decisión del pueblo. Los derechos y libertades individuales desaparecen arrasados por un ser y un querer del que son intérpretes una élite privilegiada. Sí, derechos y libertades. Por supuesto, de aquellos que no quieren la independencia. De aquellos que residen en Cataluña, pero también de aquellos que no residen en Cataluña y se sienten directamente afectados por semejante decisión. Muchos de ellos, por cierto, catalanes. Pero también, incluso, de los que defienden la independencia. Porque nadie les ha dicho que muchos de sus derechos y libertades se van a ver afectados, de una u otra manera.

Con todo, si se aceptase la posibilidad, las condiciones de deliberación en torno a un posible referéndum no se agotan en relación con las cuestiones mencionadas. Un referéndum semejante posee unas características especiales que exigen tomar en consideración cuestiones adicionales. Por un lado, los ciudadanos deben tener una idea clara sobre las consecuencias del referéndum. Es cierto que no pueden conocerse todas las circunstancias

¹⁴ Sobre esta forma de proceder del nacionalismo y de las instituciones a su servicio, A. Elorza, *Cataluña o el totalismo mágico*, El País 24 de agosto de 2015.

que provocaría una eventual independencia. Pero sí es posible conocer muchas. Y deben conocerse antes de la votación. No se vota sobre una independencia en abstracto. Se vota sobre una situación de hecho con reflejo directo en la vida de los ciudadanos. Éstos tienen que saber cómo puede afectar a sus derechos, a su nivel de vida, a sus reglas esenciales de convivencia. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, sería esencial que los ciudadanos acudiesen a votar sabiendo, por ejemplo, si Cataluña iba a seguir perteneciendo a la Unión Europea o no. O si iba a ser posible un régimen de doble nacionalidad con España. O qué es lo que iba a suceder con sus pensiones y otras prestaciones sociales. Por no citar cuestiones menores, pero de evidente relevancia social, como el futuro de los clubes deportivos catalanes. Que no sea posible un mapa completo de las consecuencias no deja de obligar a que cualquier consulta se realice sobre un mínimo de claridad en las mismas. La claridad no afecta solo a la pregunta sino también al después. La relevancia de esta circunstancia es lo que provocó que alrededor del referéndum escocés se plantease que, en caso de una victoria del sí, se realizase un segundo referéndum, ya sobre la decisión anudada a unas consecuencias concretas. Consecuencias sobre las que, por otra parte, sí tendría mucho que decir el pueblo del Estado origen de la secesión. Y, en todo caso, sus instituciones. Por esta circunstancia es ya posible afirmar que la independencia solo puede ser consecuencia de un proceso de negociación y nunca el fruto de una acción unilateral.

Junto a este tema, un referéndum de secesión plantea, al menos, tres cuestiones adicionales. Por un lado, los requisitos atribuibles a la pregunta. Por otro, la mayoría requerida para poder entender avalada una decisión a favor de la independencia. Finalmente, su proyección en el tiempo. La formulación de la pregunta remite directamente a la teoría canadiense de la claridad. Recuérdese que una de las causas del debate fue la naturaleza enrevesada de la pregunta planteada por el Gobierno de Quebec en el referéndum de 1995. La pregunta no permitía deducir con nitidez si el ciudadano que votase afirmativamente quería la independencia de Quebec respecto de Canadá¹⁵. Tampoco parece que la pregunta elegida para la consulta soberanista de no-

viembre de 2014 pueda considerarse un dechado de claridad. Como ha vuelto a demostrar la experiencia escocesa, la elección de la pregunta y sus atributos, es una cuestión trascendente¹⁶.

Mayoría y tiempo remiten al nervio del debate. Nadie pone en duda la trascendencia de una decisión como la secesión de un territorio. Cuando se habla de un Estado como España, se está poniendo en cuestión un conjunto de relaciones forjado durante siglos. Los apellidos se confunden; los matrimonios mixtos son incontables y tan naturales que nadie ha reparado nunca en ellos; los catalanes fuera de Cataluña constituyen una cifra muy elevada; las relaciones comerciales vertebran la economía de uno y otro lado. La lista puede seguir indefinidamente. No se trata de dos piezas unidas artificialmente que pueden separarse como un mecano. Se trata de la amputación de un miembro, de la ruptura de un tejido en el que los lazos de continuidad son mucho más extensos que las posibles diferencias. Todo ello viene a cuento porque explica el carácter necesariamente traumático de la secesión, porque ilustra sobre la intensidad con la que se verán afectados, sino vulnerados, no ya los sentimientos, sino, directamente, derechos individuales. Por si todo ello no fuera suficiente para plantear unas condiciones exigentes para materializar la secesión, está demostrada la volatilidad de la opinión pública sobre esta cuestión. No parece serio que una decisión semejante se pueda adoptar por 51% de los votos emitidos hoy, cuando las encuestas demuestran que ayer eran un 30% y que mañana pueden ser un 40%. Por ello, es preciso introducir requisitos de mayoría y de tiempo. Tradicionalmente, el debate se ha limitado a la mayoría necesaria para adoptar la decisión de la decisión. La causa de que éste sea uno de los ítems recurrentes en este debate está en que la necesidad de una mayoría relativamente amplia es uno de los requisitos de claridad introdu-

¹⁵ La pregunta era la siguiente: ¿Está usted de acuerdo con que Quebec llegue a ser soberano después de haber hecho una oferta formal a Canadá para una nueva asociación económica y política en el ámbito de aplicación del proyecto de ley sobre el futuro de Quebec y del acuerdo firmado el 12 de junio, 1995?

¹⁶ Al respecto, A. López Basaguren, *Escocia y el referéndum por la independencia*. Algunas enseñanzas, ob. cit., p. 136.

cidos por la Corte canadiense. También es una de sus debilidades, ya que no se pronuncia sobre cuál puede ser una mayoría clara, dejando su determinación a los actores políticos. Como es sabido, aunque Westminster se reservó para sí el establecimiento de algunas de las condiciones esenciales del referéndum escocés, como, por ejemplo, la redacción de la pregunta, no llegó a poner la necesidad de una mayoría superior al 50%.

En mi opinión, el requisito de la mayoría es insuficiente y, simultáneamente, difícil de conjugar. Insuficiente porque, a salvo de una mayoría muy cualificada, no resuelve definitivamente el problema de la volatilidad del voto. Difícil de conjugar porque resulta difícil imaginar la convivencia de una comunidad en la que la secesión es derrotada a pesar de haber ganado el referéndum. Por ello, creo que la mayoría debe ser combinada con el factor tiempo. El tiempo, la proyección en el tiempo de la opción por la independencia, es una cuestión que suele marginarse y que, sin embargo, resulta esencial. Si se discute sobre uniones que resultan centenarias, no parece muy irracional exigir que su proceso de fractura sea un proceso que requiera de un cierto tiempo. Traducido en relación con el ejercicio de la decisión, ello supone que parece razonable exigir que una decisión semejante sea el fruto de un resultado positivo repetido en 3 o, al menos, dos referéndums separados por un cierto espacio de tiempo. Si en dos referéndum sucesivos, realizados con un intervalo razonable de tiempo, el sí obtiene la mayoría absoluta del censo, habría que concluir que la opción por la independencia es suficientemente sólida como para afrontar sus consecuencias. Se habría constatado que la decisión no es fruto de una circunstancia coyuntural, sino de una decisión asentada en la mayoría de la población. Solidez. Se argumentará que la democracia es mayoría, no solidez. Pero, hay que repetirlo, la decisión de secesión no es una decisión cualquiera, ni siquiera muy importante. Es una decisión traumática y revolucionaria. Si se es coherente y de verdad se quiere que sea respetuosa con el conjunto de valores de una sociedad democrática, habrá que convenir que los requisitos para adoptarla deben ser muy cualificados. Algo, por otra parte, normal en un ordenamiento jurídico demo-

crático. Sí para reformar un Estatuto de Autonomía o la Constitución se exigen mayorías cualificadas y una sucesión de requisitos agravados ¿Qué exigir a una decisión sobre la independencia?

La proyección en el tiempo del resultado, no solo tiene la ventaja de ofrecer un indicio razonable de constancia. Ese tiempo es también un espacio necesario para el diálogo, para el debate, modular consecuencias y hacer un ejercicio por la convivencia. También, por qué no, es un escenario propicio para poder resolver lo que ayer se consideraba irresoluble. Dicho de otra manera, para evitar la independencia. Mediante el acuerdo, mediante el diálogo. Lejos de determinadas coyunturas. El independentista persigue una solución abrupta. Considera que la coyuntura puede ser adecuada y que hay que actuar en consecuencia. No hay que esperar porque mañana las cosas pueden haber cambiado. La crisis económica puede haber acabado y un nuevo mapa político ofrecer más ilusión a los ciudadanos. Es ahora. Precisamente, sus argumentos son los que ratifican la necesidad de proyectar una decisión favorable en un tiempo determinado. Declarar una secesión es una decisión sin parangón. Es una decisión sobre decisiones. Si, como se ha recordado, el ordenamiento jurídico muestra toda clase de ejemplos en los que para determinadas decisiones se exigen condiciones adicionales, no parece nada exagerado, ni, por supuesto contrario al principio democrático, demandar un marco excepcional para un referéndum de secesión. Más bien, lo que no parece coherente con el propio principio democrático, es que una decisión que determina la condición de extranjero a muchos de los conciudadanos; que afecta, necesariamente a múltiples derechos individuales; que, por no seguir, provoca una honda fractura social, pueda ser adoptada al albur de una coyuntura, con prisas provocadas porque mañana podría ser diferente. Más, lo que resulta contrario a las exigencias procedimentales del principio democrático es limitar las exigencias de semejante a decisión a un instrumento deficitario en relación con la complejidad como el referéndum.

Finalmente, la experiencia comparada obliga a realizar siquiera una breve mención a un aspecto del derecho de autodeter-

minación de primera importancia. Me refiero a aquello que fue descrito por Lincoln como juego de las muñecas rusas. En su oposición al derecho de los Estados del sur a oponerse, el Presidente americano alegó que si se acepta el derecho de autodeterminación, sería un juego sin fin, ya que dentro cada unidad independiente que se pudiese reconocer, habría otra que pugnase por la autodeterminación. La historia ha acabado dando la razón a Lincoln. El Parlamento de Quebec se vio en la obligación de declarar indivisible el territorio de Quebec frente a las pretensiones de los inui de seguir perteneciendo a Canadá y Escocia hubiese tenido que hacer frente a las reivindicaciones unionistas de las Islas exteriores (Outer Hebrides, Orkney, Shetland), tal y como se deriva del manifiesto *Our islands, our future*. Como es sabido, la distribución territorial de la opción por la independencia en Cataluña no es homogénea y es fácil predecir que fuese necesario responder a la pregunta sin respuesta ¿Cuándo un territorio puede ser sujeto del derecho de autodeterminación y cuando no? ¿Cuál es el fundamento para hacer ciudadanos de un Estado que rechazan a los habitantes de una ciudad, de una comarca o de una provincia? Más allá de cuestiones prácticas, de indudable relevancia jurídica, este dilema enfrenta al derecho de autodeterminación a sus más profundas contradicciones. Sitúa, necesariamente, su ejercicio en el reino de la arbitrariedad al que, por definición, pertenece. ¿Quién decide, y por qué, cuando los habitantes de un territorio determinado pueden ejercer ese derecho? ¿Cómo se define el territorio? ¿Su reconocimiento, para ser coherente con sus fundamentos ideológicos, no debe llevar aparejado consigo la opción de la reversibilidad de la decisión como derecho de los ciudadanos? Otras tantas preguntas similares pueden ponerse encima de la mesa para ilustrar tanto la arbitrariedad denunciada como el gusto de aquellos que defienden un concreto ejercicio del derecho de autodeterminación por jugar con cartas marcadas. Reino de la arbitrariedad.

Estas cuestiones han sido, prácticamente de forma absoluta, eludidas. De alguna manera, es posible percibir un discurso de la frivolidad basado en un eventual absolutismo del principio democrático. Ejercitando este principio, desde su reducción a la decisión

por mayoría, no es preciso nada más. Decidir es decidir en un solo acto. Sin más. Lo importante es votar. Un reduccionismo democrático radical. Ahora bien, también puede decirse que es un reduccionismo comprensible desde el nacionalismo y para el nacionalismo. Complejidad y sutileza son contrarias a las líneas argumentales fundamentales que sostienen el discurso de aquellos que quieren independencia ya. Es comprensible y lógico. No es al nacionalismo a quién corresponde reparar en estas circunstancias. Es a quién se opone a sus tesis. Negar la legalidad del referéndum, su imposibilidad de celebrarlo en el actual marco constitucional, no debería suponer dejar de combatir el mismo ideológicamente el mismo y las premisas desde las que se defiende desde el nacionalismo. En primer lugar, porque como se ha visto, no puede soslayarse la posibilidad de que, con el marco jurídico pertinente, la apelación al referéndum pueda llegar a ser necesaria. Pero, sobre todo, porque es preciso evidenciar las debilidades democráticas de un discurso aparentemente implacable desde la democracia. Unas debilidades notables que erosionan y oxidan sus propios fundamentos. Haber centrado todo el debate en la legalidad ha dejado al nacionalismo la plena propiedad de la bandera de la democracia. Una bandera de la que ese nacionalismo está muy lejos de actuar con plena consecuencia. La oposición al discurso del derecho a decidir no se fundamenta hoy, básicamente, en razones de legalidad, sino en el propio principio democrático.

Dos cuestiones más deben ser mencionadas. Por un lado, la perversión del lenguaje que ha acompañado todo el discurrir del proceso. Una perversión que, desde el Derecho y la política ofrece ejemplos múltiples, pero que bien se puede ejemplificar en la citada identificación de Cataluña con los defensores de la independencia. No son Mas ni Junqueras quienes desean la independencia. Es Cataluña. Cataluña como suma de la práctica totalidad de los catalanes. Por otro, e inmediatamente vinculado a lo anterior, que en ningún momento una encuesta ha llegado a dar mayoría a la opción por la independencia. La citada identificación se viene realizando cuando las propias encuestas de la Generalitat apenas otorgan a la independencia un 40% de apoyo social. Desde estas premisas, no deja de

ser sorprendente el resultado alcanzado por las fuerzas nacionalistas.

III. La respuesta constitucional. El (no) reconocimiento del derecho de autodeterminación

Este análisis debe finalizar con una, siquiera superficial, referencia a la secesión y el eventual encaje del derecho a la misma en una reforma constitucional. A nadie se le escapa la complejidad de una cuestión que, en si misma, enfrenta términos insertos en una contradicción aparentemente irresoluble. Por definición, la aprobación de una Constitución es la afirmación de una unidad política y, por definición, la misma no puede reconocer el derecho unilateral a romper esa unidad. Una unidad resultante de un pacto múltiple previo. Más allá, ningún Estado se encontraría en condiciones de afrontar la posibilidad permanente del ejercicio de un derecho semejante. Cuestiones todas ellas que explican sobradamente que no exista ningún ordenamiento constitucional que reconozca un derecho de secesión unilateral. Como se ha reiterado, allí donde se ha abordado constitucionalmente esta cuestión, se ha hecho previo acuerdo del Estado posibilitando una vía a la eventual decisión de secesión. Nunca, en ninguna circunstancia, como consecuencia de la existencia en el ordenamiento jurídico interno de un derecho unilateral en este sentido. Aunque algún pronunciamiento doctrinal reciente se muestra partidario de la inclusión en los textos constitucionales de cláusulas que posibiliten la secesión, creo que es posible seguir defendiendo la incompatibilidad de las mismas con una dinámica constitucional ortodoxa¹⁷. En todo caso, ello no empeece a la necesidad de acercarse a una cuestión que, a buen seguro, habrá de plantearse en el supuesto de una eventual reforma constitucional.

En buena parte por todo lo anterior, se ha hecho clásica la idea de Kimlicka, que, de forma simplificada se puede traducir como

¹⁷ Sobre esta cuestión, y en este mismo sentido, F. Caamaño, *Democracia federal. Apuntes sobre España*, Ediciones Turpial, 2014, pp. 222-241.

que el federalismo no tiene respuesta a la secesión¹⁸. Aún a riesgo de caer en el exceso, creo que se puede afirmar que ninguna fórmula política tiene una respuesta frente a la secesión. La secesión es un hecho en sentido estricto, revolucionario, constituyente. El Derecho, a lo más que puede aspirar, es a tratar de encauzarlo por unos mínimos procedimentales que garanticen tanto las condiciones democráticas del mismo como los derechos de los individuos que se ven directamente afectados por el mismo. No se puede pedir al federalismo que tenga una respuesta frente a la secesión. El federalismo debe ser una vacuna frente a la secesión. Una construcción federal concreta, que da respuesta a una circunstancia política determinada, debe buscar poseer los anticuerpos necesarios para que la secesión no sea atractiva para la mayoría. Precisamente, eso es lo que hoy hay que pedir al modelo que se ha de definir en los próximos años en España.

La secesión es el supuesto extremo de una crisis no ya del federalismo, sino de una estructura política. No hay que insistir en las consecuencias de la misma ni en su naturaleza por definición revolucionaria. La historia ha sido testigo de crisis con el protagonismo en la voluntad de secesión de un territorio. De esa historia pueden extraerse lecciones, que como reiteradamente ha subrayado López Basaguren, resultan sumamente ilustrativas sobre cómo se pueden afrontar. También esta materia ha sido objeto de estudios diversos en los últimos años. Los estudios se han centrado en las experiencias que de mayor utilidad pueden resultar para España. Como se ha indicado, la experiencia de la secesión en el federalismo americano; la forma de afrontar esta cuestión por Inglaterra primero frente a Irlanda y, recientemente, frente a Escocia; el supuesto de Quebec y la respuesta de la claridad; y, finalmente, la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo y la Opinión de la Corte Internacional de Justicia de 2010, han sido todos supuestos estudiados en profundidad. Incluso, se han buscado otros precedentes que pudieran ser de utilidad, como la creación del nuevo cantón suizo de Jura, secesionándose del de

¹⁸ Vid, W. Kimlicka, *Is Federalism a Viable Alternative to Secession?* en *Theories of secession* (P. Lehning ed.), Routledge, 1998.

Berna¹⁹. Un importante bagaje doctrinal que, recogiendo buena parte de la doctrina internacional sobre la materia, se puede sintetizar en los seis puntos que recoge Ruiz Soroa: la secesión es un recurso extremo para una situación que se ha demostrado intratable por otras vías; la secesión no puede generar una pérdida de calidad democrática, por lo que es preciso garantizar los derechos de los ciudadanos afectados; la demanda de secesión solo puede ser admitida si es clara, sostenida en el tiempo y no condicional; la declaración a favor de la secesión debe sumar una mayoría clara; la secesión deberá tener en cuenta la posición de entidades en el interior de la comunidad secesionista contrarias a la misma; no hay un derecho a la secesión, sino derecho a dialogar sobre la misma sin llegar a tener prejuzgado el resultado²⁰. En conjunto, la síntesis de Ruíz Soroa atiende correctamente a las exigencias que deben predicarse de un proceso tan traumático. En mi opinión, como se adujo en su momento, debe reforzarse la importancia de la perdurabilidad en el tiempo de la decisión y debe sumarse como requisito la existencia de un mapa claro sobre las consecuencias de la misma. En un caso como en el español, solo el ejemplo de las consecuencias de la decisión sobre la integración o no del territorio secesionado en la Unión, es determinante. Atenta al principio democrático pedir un pronunciamiento semejante sin decir con claridad a los ciudadanos cuáles pueden ser las consecuencias de su voto, al menos de las más importantes y objetivables, como, en el caso que nos ocupa, puede ser la permanencia o no en la Unión Europea²¹.

¹⁹ Entre la abundante bibliografía sobre este tema, se pueden destacar, el número especial dedicado a la autodeterminación por Cuadernos de Alzate nº 46-47, 2013; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, ob. cit.; F. CAAMAÑO, *Democracia federal. Apuntes sobre España*, ob. cit.

²⁰ Vid. J.M. RUIZ SORO, *Regular la secesión*, Cuadernos de Alzate nº 46-47, pp. 196-197.

²¹ El ejemplo de las consecuencias de la secesión sobre la relación Cataluña/Unión Europea es pertinente para ilustrar sobre la oscuridad y confusión con la que el soberanismo ha rodeado el debate. Todas las instituciones europeas y muchos de sus principales líderes, han reiterado que conforme a los Tratados, si un territorio abandona el Estado matriz

Como se indicó en su momento, el cambio de paradigma se produce como consecuencia del Auto de la Corte canadiense. El referéndum escocés habría venido a ser un ulterior respaldo a este modelo. Un cambio de paradigma que, si bien mantiene la mayor, el principio de unidad e integridad de los Estados como presupuesto no discutible en aquellos casos de Estados democráticos que respetan los derechos de las minorías, busca solventar eventuales problemas de secesión, combinando legalidad y democracia cuando se llega a un punto de no retorno. Quebec y Escocia muestran, asimismo, la importancia de las respectivas tradiciones jurídicas y políticas. Así, es necesario afirmar con rotundidad que no existe una receta que pueda ser importada automáticamente. Ni la historia, ni el marco constitucional, ni las circunstancias sociales, son las mismas. Y, en procesos semejantes, cada detalle cobra una significativa importancia. Por lo demás, los dos casos citados, y frente a lo que en demasiadas ocasiones se repite, no son ejemplos de reconocimiento constitucional del derecho de secesión. Es más, como se vio, en ninguno de los dos casos llega a reconocerse el derecho a la realización de un referéndum sobre esta cuestión.

El reconocimiento de un derecho a la secesión o de la autodeterminación va a ser puesto encima de la mesa en una eventual reforma constitucional. Es previsible aventurar que algunos lo pondrán como condición para negociar, y, en su caso, aceptar un nuevo marco jurídico territorial. Por ello, es preciso tener preparada la respuesta. Una respuesta que debe ser lo suficientemente inteligente como para impedir que esta cuestión se convierta en un obstáculo insalvable para toda la negociación.

y se constituye en nuevo Estado, inmediatamente habrá de entenderse fuera de la Unión. Si desea entrar, deberá seguir el procedimiento establecido, solicitando la adhesión. Los argumentos jurídicos los expuso de forma tan sintética como clara quién fue Director General de los Servicios Jurídicos de la Unión desde 1998 a 2010, Jean Claude Piris (*Cataluña y la Unión Europea*, El País 29 de agosto de 2015). A pesar de ello, los líderes políticos, y el propio Consejo Nacional para la Transición, han insistido una y otra vez en que Cataluña permanecería en la Unión. Ni siquiera habría un periodo transitorio de exclusión.

Se ha escrito que, necesariamente, una Constitución se asienta sobre el principio de unidad del Estado y que ese principio no puede estar sometido a la tensión permanente de un posible ejercicio del derecho de secesión. Creo que ello sigue siendo así. Con más claridad, la Constitución no puede dar amparo a un derecho de secesión o de autodeterminación. No parece que pueda haber otro punto de partida ante una eventual reforma de la misma. Junto a ello, y simultáneamente, la necesaria e inevitable reforma constitucional deberá realizar un reconocimiento valiente de la diversidad nacional que subyace a la nación común. Deberá realizar una apuesta sincera por la integración desde una común aceptación de la diversidad como realidad y riqueza. Y deberá hacer todo ello desde una apuesta por la claridad que comience por un expreso reconocimiento de la organización territorial como federal. Desde estos presupuestos, habrá que ser capaces de encontrar una concreta fórmula jurídica que traduzca la ecuación: “Suficiente para Cataluña, aceptable para el resto”²²

Un inciso que exige ser complementado y enfrentado a un eventual reconocimiento del derecho de autodeterminación. Por una parte, el presupuesto de un nuevo pacto territorial que reconociese la diversidad nacional de España y construyese la unidad desde ese reconocimiento, con las consecuencias correspondientes, solo puede ser la lealtad. Lealtad con la diversidad y coherencia con la magnitud del paso dado. Pero coherencia también con el presupuesto de la unidad. Dibujar un pacto semejante para, simultáneamente, reconocer el derecho a la secesión es una contradicción insalvable. El federalismo es transacción. Pocos verían una efectiva transacción si, simultáneamente al reconocimiento de la pluralidad nacional, se regulase este presunto derecho²³. Una decisión semejante sería de muy difícil explicación para el conjunto de los ciudadanos. Inevitablemente, su regulación se vería como la prolongación de un chantaje inicial. Porque, en ese caso, el re-

²² A este respecto, J. Tudela Aranda, *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Marcial Pons, 2016.

²³ J.J Solozábal Echavarría, *Los diálogos constitucionales de Altea*, El Imparcial, 7 de octubre de 2015.

conocimiento de la diversidad nacional, lejos de verse como un acuerdo positivo para todos, se vería, simplemente, como la fórmula para disuadir de un ejercicio inmediato de ese derecho a la secesión. Inmediato, pero no mediato. Simultáneamente, no habría justificación política, jurídica ni democrática a reconocer semejante derecho en el marco de una Constitución que ampararía de forma particularmente amplia las singularidades culturales y territoriales. Y es que el reconocimiento de la diversidad nacional adquiere su verdadera dimensión en la aceptación por todos de un marco común que daría respuesta satisfactoria a las más viejas aspiraciones de los distintos pueblos de España. En la afirmación expresa de la nación de naciones. Porque, es necesario subrayarlo, el reconocimiento del hecho nacional no puede suponer el reconocimiento simultáneo de distintos soberanos.

De alguna manera, es previsible que muchos ciudadanos vieran en el reconocimiento simultáneo de la singularidad y del derecho de secesión, no sin razón, un juego de cartas marcadas. Un juego en el que unos ganan todo y otros nada. El nuevo pacto constitucional en materia territorial debe ser eso mismo, un pacto. Y pacto significa acuerdo y cesión. Solo así puede ser ofrecido y, en su caso, aceptado por unos ciudadanos a los que, en última instancia, les corresponde la palabra.

Junto a ello, hay que recordar que el presupuesto, y ventaja notable, del pacto constitucional referido, es que todos los ciudadanos del Estado habrían de pronunciarse sobre el mismo en referéndum. Y dos veces. Una en relación con el texto constitucional, otra en relación con el Estatuto o Constitución autonómica. Así, en caso de resolverse positivamente este planteamiento, una eventual demanda de independencia quedaría necesariamente diferida en el tiempo, ya que los ciudadanos se habrían expresado sobre este tema. Es en ese pronunciamiento donde se concilian con todas las exigencias debidas los principios democráticos y de legalidad.

Finalmente, y no debiera olvidarse, para evitar caer la tentación de la amabilidad, la secesión es un hecho revolucionario que no admite su reconducción al cauce procedimental que es la regulación de un derecho. Por definición, y como muy bien demues-

tra la calculada ambigüedad del Auto del Tribunal Supremo de Canadá, concretar las condiciones abstractas del ejercicio de un derecho de secesión, o, simplemente, del referéndum consultivo, es algo casi imposible. Y es natural porque las decisiones sobre sujetos del derecho; electores; mayorías requeridas; condiciones de deliberación; reversibilidad de la decisión, trascienden el procedimiento para formar parte del núcleo ideológico de la secesión. Y sobre ésta, inevitablemente, no va a haber acuerdo. Cualquiera de las preguntas anteriores son esenciales y, simultáneamente, obstáculos severos para alcanzar un acuerdo satisfactorio sobre su regulación. Pero, entre ellas, una sobresale: ¿Cuál es el sujeto del derecho a la secesión? ¿Todas las Comunidades Autónomas? ¿Ningún territorio sub autonómico podría alegar su ejercicio? En su caso ¿Por qué? ¿Sólo las Comunidades que se determinen naciones? ¿Quién y en virtud de qué puede atribuirse la potestad de semejante calificación? No es casual. El derecho de autodeterminación entronca directamente con la definición de soberano. Difícilmente puede haber acuerdo en la definición de una condición múltiple de soberanía.

¿Significa ello que en ningún tablemente, no va a haber acuerdo. ¿Significa ello que en ning. y ec. Y es un ord os de reconocimiento constitucional ún caso puede haber un pronunciamiento del pueblo sobre esta situación? No. Es posible que en un momento determinado sea necesario apelar al pueblo para que decida. ¿Cuándo? Cuando se trate de ratificar una decisión social indubitada, cuando distintos procesos electorales hayan puesto en evidencia que existe una mayoría amplia y constante de la población a favor de la independencia. En fin, un referéndum de ratificación. Y aún así, los problemas jurídicos y políticos a los que enfrentaría serían importantes.

Las reflexiones anteriores se reconducen directamente a un debate mayor sobre la viabilidad e idoneidad del referéndum como fórmula para resolver una cuestión semejante. El debate sobre el mismo y, en general, las fórmulas de democracia directa es antiguo y supera con mucho las posibilidades de estas páginas. Pero es conveniente recordar la convención de la dificultad del referéndum para la resolución de la complejidad. Nada más complejo que un proceso de secesión. Y nada más abocado a provocar la inevi-

table fractura social inherente a la división entre dos opciones. Reducir la solución de una problemática como la que demuestra el actual ser de Cataluña a una decisión entre un sí y un no, se antoja un ejercicio imposible. La política y la democracia no pueden contentarse con las soluciones más simples, no pueden limitarse a buscar como dar carpetazo al problema. Fuese cuál fuese el resultado de un referéndum, el problema persistiría. Por qué, ¿si el sí gana por un 54% de los votos ya no habría problema? ¿Por qué alcanzada la independencia dejarían de tener relevancia ese 46% de oposición? ¿Es aceptable desde los mismos presupuestos del principio democrático dar por sentado el principio de irreversibilidad de la decisión sobre la independencia? Pero, en caso contrario, si el no gana por un 54%, ¿Ello supondría el final del debate, por digamos, veinte años? Si no es así, como lógicamente alegarán los independentistas ¿Qué se habría arreglado con el referéndum? ¿Es que solo se arreglaría “la cuestión” en caso de una victoria del sí, fuesen cuales fuesen las condiciones de la misma? El referéndum ofrece, necesariamente, una muy mala solución. Solamente cuando el tiempo ha despejado todas las incógnitas y el resultado es tajante, se podría pensar en su utilidad. Pero, hay que repetirlo, en ese caso no es el instrumento de solución, sino una mera manera de ratificar políticamente un determinado ser social.

**Los principios ético-morales de la Sociedad Rural
y el bloque de constitucionalidad en Bolivia**

Su configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional

ALAN E. VARGAS LIMA* (BOLIVIA)

*Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Docente de la Universidad Privada Franz Tamayo (UNIFRANZ), del Centro de Capacitación Municipal (CCaM) y de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB). Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (www.abec.org.bo); del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>).

I. La Constitución y los Derechos fundamentales

La Constitución –desde una perspectiva jurídica– es la Ley suprema y fundamental del ordenamiento jurídico del Estado, que consigna normas que regulan el sistema constitucional, lo que supone que debe proclamar los valores supremos y principios fundamentales sobre los que se organiza y estructura el Estado; consagrando los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas; delimitando la estructura social, económica, jurídica y política; definiendo su régimen de gobierno, junto al establecimiento de los órganos específicos a través de los cuales se ejercerá el poder político, determinando su estructura, organización y el ámbito de sus competencias.

La Constitución es *Ley Suprema*, porque se sitúa por encima de toda disposición legal que integra el ordenamiento jurídico del Estado, cuya validez está supeditada a las normas (axiológicas, dogmáticas y orgánicas), declaraciones y principios constitucionales; asimismo, es *Ley Fundamental*, porque tanto las disposiciones legales ordinarias emanadas del Órgano Legislativo, del Órgano Ejecutivo, así como de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos y de todas las autoridades públicas, judiciales y/o administrativas, tienen su fundamento y fuente de legitimación en las normas de la Constitución¹.

Por otro lado, desde una perspectiva política, la Constitución se puede definir como un pacto social y político adoptado por el pueblo, en el cual se determina el sistema constitucional del Estado, estableciendo las reglas básicas para lograr una convivencia pacífica y la construcción de una sociedad democrática², basada en los valores supremos, como ideales que una comunidad decide

¹ Cfr. José Antonio Rivera Santivañez. *¿Hasta dónde reformar la Constitución?* Revista Opiniones y Análisis. N° 78. *Temas para la Asamblea Constituyente*. Tomo I. La Paz – Bolivia: Fundemos y Fundación Hanns Seidel Stiftung, 2006. Pág. 44.

² Cfr. José Antonio Rivera Santivañez. *Hacia Una Nueva Constitución. Luces y Sombras del Proyecto modificado por el Parlamento*. Cochabamba (Bolivia): Fundación Konrad Adenauer, Fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer, 2008.

constituir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico y expresarlos en su estructura social-económica-política; *los principios fundamentales*, como los presupuestos lógicos y líneas rectoras o básicas del sistema constitucional que orientan la política interna y externa del Estado; así como en *los derechos fundamentales y garantías constitucionales* de las personas, cuya garantía de cumplimiento y observancia constituye uno de los fines y funciones esenciales del Estado Plurinacional, que además tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos³.

Sobre éste aspecto, es útil recordar que a tiempo de precisar la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, la Sentencia Constitucional N°400/2006-R, con fecha 25 de abril de 2006, señaló que:

“Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, en ese entendido, una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho

³ Algunos autores estiman que la expresión, “*derechos humanos*” o derechos del hombre, llamados clásicamente derechos naturales, y actualmente derechos morales, no son en realidad auténticos derechos protegidos mediante acción procesal ante un juez, sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, y que en todo caso, una vez que determinados derechos humanos se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, transformándose en derechos fundamentales vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir que los derechos fundamentales son derechos humanos positivados por la legislación interna de un determinado Estado. En otras palabras, lo anterior significa que bajo la expresión “*derechos fundamentales*”, se designa a los derechos garantizados y reconocidos por la Constitución y, en cambio, la denominación “*derechos humanos*” hace referencia a los derechos proclamados y garantizados por las normas e instrumentos internacionales; los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y los segundos, a los Estados y Organismos internacionales. (Cfr. Willman R. Durán Ribera. *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*. Santa Cruz – Bolivia: Comunicaciones El País, 2005. Págs. 99-100).

subjetivo, lo que implica que su titular tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido.

Debe agregarse que según la doctrina contemporánea del Derecho Constitucional, los derechos fundamentales constituyen el límite al ejercicio del poder político del Estado, pero también un mecanismo de realización del propio Estado; por ello, se sostiene que los derechos fundamentales no incluyen solo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluyen deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. En ese criterio, no solo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. Respecto a esta temática el Tribunal Constitucional de España, en su Sentencia STC 25/1981, estableció que: 'en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución ''.

Por su parte, la Sentencia Constitucional N°1127/2003-R de 12 de agosto (al igual que en las SSCC 1181/2003-R, 1144/2003-R, entre otras), estableció que:

“Una de las notas que caracteriza a todo derecho fundamental, es la de tener la calidad de derecho subjetivo, que faculta a su titular a acudir al órgano jurisdiccional competente, cuando funcionarios públicos o particulares restrinjan, supriman o amenacen restringir o su-

primir tales derechos. En nuestro país, el legislador constituyente ha instituido el recurso de amparo como un medio de tutela para la eficaz salvaguarda de estos derechos, los cuales, desde un punto de vista moral y político se consideran básicos para la convivencia humana, creando a su fragua las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en circunstancias compatibles con la dignidad humana, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia propicio para el desarrollo libre de la personalidad”.

Asimismo, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional, conforme las normas previstas en la Constitución así como en los tratados, convenciones y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado boliviano, ha asumido que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites, en consecuencia las personas no pueden hacer un ejercicio absoluto o arbitrario que lesione los derechos de las otras personas o los intereses generales; así en las Sentencias Constitucionales que se detallan a continuación, el Tribunal ha expresado los siguientes razonamientos:

SC 04/2001 de 5 de enero:

“... los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales; es decir, que los derechos fundamentales pueden ser limitados en función del interés social. Es en ese orden que la Constitución ha establecido el mecanismo legal para la regulación y restricción de los derechos fundamentales”.

SC 429/2002-R de 15 de abril:

“... el art. 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que: “los derechos de cada hombre están li-

mitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Esto significa que las personas no pueden ejercer de manera irrestricta y arbitraria sus derechos en desmedro de los derechos de los demás, por lo que su ejercicio debe estar reglamentado, conforme lo dispone la propia Constitución en su art. 7”.

La referida jurisprudencia –conforme lo reconoció la SC 0061/2003, de 1 de julio, entre otras–, tiene su fundamento en el hecho de que, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, no se limitan a proclamar el conjunto de los derechos, libertades y garantías de los seres humanos, sino que también hacen referencia explícita o implícita de las restricciones o limitaciones de su ejercicio, estableciendo en su caso, las condiciones particulares en las cuales es posible que el Estado, a través de sus órganos del Poder Público, aplique la restricción al ejercicio de los derechos y libertades sin violarlos⁴ (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0336/2012, de fecha 18 de junio de 2012).

⁴ Es en ese marco que la Constitución abrogada, además de proclamar el catálogo de los derechos fundamentales, establecía los límites a su ejercicio; en algunos casos de manera expresa, como por ejemplo en el referido a los derechos a la industria, el comercio y el trabajo (art. 7.d) CPE abrogada), o en el referido al derecho a la propiedad privada (art. 7.i) CPE abrogada); en otros de manera implícita remitiendo a la Ley. Se entiende que, como lo definió la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° C-06/86, “*los fines para los cuales se establece la restricción deben ser legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito para el cual han sido establecidas’; de manera que las restricciones o limitaciones no eliminen el núcleo esencial de los derechos fundamentales ni se conviertan en un acto de supresión*” (Cfr. Sentencia Constitucional N°0019/2003 de fecha 28 febrero de 2003).

II. La Constitución normativa y su aplicación directa

Por otro lado, también se debe resaltar que en el caso de Bolivia, la Constitución es *Normativa*⁵, vale decir, que se trata de la norma jurídica suprema que, siendo la base del ordenamiento jurídico⁶,

⁵ El carácter normativo de la Ley Fundamental, fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional Español, que en su momento señaló que *la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico*. Al respecto, pueden consultarse las Sentencias de 31 de marzo de 1981 y, de 28 de abril de 1982, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>

⁶ En el caso de Bolivia, de acuerdo al artículo 410 de la CPE, la Constitución adquiere la facultad de regular la vida jurídica, conformándose en el orden jurídico fundamental de la comunidad política; siendo que la Constitución se constituye como una norma jurídica fundamental y jerárquicamente superior a cualquier otra, es en este sentido que todo presupuesto necesario para el cumplimiento de sus disposiciones, nace de ella misma, como un acto del poder soberano. Por tanto el precepto constitucional vincula a la sociedad política incluyendo en ello a los poderes públicos. De esta manera, la Constitución debe entenderse como el marco en el que todos los actos del poder público deben tener cabida y encontrar fundamento y sus actos encuadrarse al texto constitucional, no debiendo vulnerarlo. Así, una función esencial de la jerarquía constitucional es la propia preservación de la Constitución Política del Estado como norma fundamental, por ello es necesario dotar de mecanismos de control que puedan preservar las facultades que el soberano plasmó en el texto constitucional, en especial frente a los actos de poder que puedan vulnerar su contenido, más aún si de vulneración de derechos fundamentales se trata. Por ello, una verdadera Constitución normativa y jerárquica, que se precie de ser la cúspide del ordenamiento jurídico de una comunidad política y que goza de la primacía o supremacía sobre las demás normas, debe prever mecanismos eficaces para reparar las posibles violaciones a sus mandatos. De esta forma, se entiende que la N°0019/2010-R, de fecha 13 de abril de 2010. *Línea jurisprudencial sobre*

tiene preferencia en su aplicación por parte de todas las autoridades y particulares, quienes se encuentran obligados a su observancia, y contiene un conjunto de principios fundamentales, valores

Constitución es la norma que crea una comunidad política, y en ese sentido es entendida como el fundamento del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución se convierte en el punto de llegada de un proceso político y el punto de partida de un ordenamiento jurídico. Por ello, es a la Constitución a quien le corresponde la primacía respecto de todo el restante derecho interno. Por eso también el texto constitucional no puede ser derogado ni reformado por leyes ordinarias; y ninguna disposición del ordenamiento jurídico ni acto estatal alguno pueden contradecirla en cumplimiento del art. 410 de la CPE. (Cfr. Sentencia Constitucional *la eficacia plena y operatividad de la Constitución Política del Estado en el tiempo, reiterada posteriormente en varias sentencias de la gestión 2010*). Entonces la supremacía de la Constitución normativa que fundamenta la validez de todo el sistema jurídico plural de normas que la integra (art. 410.II de la CPE), no es per se (un mero asunto de jerarquías y competencias-pertenencia formal) sino porque está cargada de normas constitucionales-principios que son los valores, principios, derechos y garantías plurales que coexisten, que conviven como expresión de su “base material pluralista” y se comunican entre sí como expresión de su “base intercultural” y son los que informan el orden constitucional y legal, sin renunciar a su contenido de unidad (art. 2 de la CPE). De ahí que la Constitución de 2009, si bien es norma jurídica, no puede ser comprendida únicamente solo de manera formal. Esto significa que no puede ser concebida solo como un conjunto de normas (modelo descriptivo de Constitución como norma), a partir de un “concepto de Constitución (como norma) simplemente documental”, con las denominaciones de “constitución formal” o incluso de “constitución en sentido formal”, cuya primacía simplemente se sustente y esté distinguida de las otras leyes por alguna característica formal (por ejemplo, los procedimientos más complicados de producción, revisión y derogación). Por cuanto, lo que esencialmente diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes, es que las primeras son prevalentemente normas constitucionales-principios (entiéndase por ello a la pluralidad de valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales) y supletoriamente normas constitucionales-reglas. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0112/2012, de fecha 27 de abril de 2012)

supremos, derechos y garantías constitucionales, que en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforman el *bloque de constitucionalidad*, y que son de aplicación directa para la resolución de conflictos concretos, emergentes de la tensión que pudiera surgir entre el Estado y los particulares, o inclusive de éstos entre sí.

Entonces, la Constitución, en la medida que contiene normas jurídicas de aplicación directa y de cumplimiento obligatorio, es una de las fuentes indispensables del Derecho en general, y del Derecho Constitucional en particular, constituyéndose en la base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, dado que incluye las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro indispensable de validez formal (de procedimiento), y material (de contenido), de todo el orden normativo del Estado.

En cuanto a la aplicación de directa de la Constitución Normativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1357/2013 de 16 de agosto, ha dejado establecido que:

“Como norma jurídica plena, es posible su aplicación directa por la generalidad de operadores jurídicos en la medida en que se reúnan los presupuestos para tal fin (art. 410.I de la CPE). En ese sentido, es congruente con la propia naturaleza y competencias del Órgano Judicial, que esta aplicación directa de la Constitución encuentre mayor actividad en la función de administración de justicia por parte de jueces y tribunales; esto involucra que la generalidad de autoridades judiciales, y porque no la de operadores jurídicos, deben ejecutar cualquier proceso de aplicación normativa considerando que su razonamiento debe iniciar precisamente por la interpretación y aplicación de la norma fundamental”.

A esto se debe agregar que el art. 109 de la CPE determina que:

“Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

Por lo que, es posible extraer que la vigencia de un Estado constitucional en el que deben prevalecer los derechos y garantías de las personas, involucra el deber de todo ciudadano de respetar la Constitución y procurar su materialización jurídica en la realidad social; puesto que una actitud en contrario restaría valor normativo a la Constitución y a los derechos que en ella se plasman, cuando más bien la virtud de un Estado Constitucional debe constituirse en la procura constante de su aplicación; siendo que dicha norma fundamental reúne los valores primarios que nuestra sociedad pactó a efecto de que se efectivicen en todos los ámbitos de la vida social y privada de las personas e instituciones.

Así, el constituyente no olvidó en imponer como deberes el conocimiento y cumplimiento de la Constitución y las leyes, y, el respeto y promoción de los derechos reconocidos en la norma fundamental (art. 108.1).2) de la Constitución). Obligación que se profundiza respecto a las servidoras y servidores públicos, cuya actuación debe enmarcarse estrictamente bajo el principio de jerarquía normativa, al respeto de la Constitución, la ley y los derechos de las personas; siendo que dicha premisa se configura como el principal de los límites al ejercicio del poder público.

Ello guarda, como inmediata consecuencia, que las servidoras y servidores públicos tienen como primordial deber la sujeción de sus actos primeramente a la Constitución y, ante una evidente y notoria situación de vulneración o violación de la misma, tiene el deber de denunciar y asumir los actos que restablezcan dicho escenario dentro el marco de los supuestos jurídicos determinados por nuestro ordenamiento. Más aún, si se trata de una flagrante violación de derechos y garantías en total contravención a la Constitución y las leyes; en cuyo caso podrá asumirse medidas directas para la restitución de los derechos conculcados, siempre que ello no involucre la usurpación de funciones y suponga la reposición de un derecho que se halle vulnerado en notoria contradicción a la Constitución y las leyes. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0828/2014, de fecha 30 de abril de 2014).

III. El nuevo modelo de Estado Plurinacional y el desarrollo jurisprudencial de los Principios ético-morales

En cuanto se refiere al nuevo diseño constitucional del Estado Plurinacional Comunitario⁷ en Bolivia, cabe señalar que el artículo 1° de la Constitución Política del Estado aprobada el año 2009, sostiene que: “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*”, un modelo de Estado que fue el resultado de la fuerza descolonizadora de los pueblos indígenas originarios campesinos, quienes plantearon el reto histórico de dar fin al colonialismo, con sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado.

Ciertamente, este nuevo modelo de Estado, tiene una inspiración anticolonialista que rompe con la herencia del constitucionalismo monocultural, que nació a espaldas de los pueblos indígenas, y del constitucionalismo pluricultural, que introdujo de manera subordinada un reconocimiento parcial a los derechos de los pueblos indígenas. Así, nuestra Constitución marca una ruptura respecto al constitucionalismo clásico y occidental concebido por las élites políticas; es un constitucionalismo que expresa la voluntad de las clases populares y los pueblos indígenas, creando una nueva institucionalidad, transversalizada por lo *plurinacional*, una nueva territorialidad, signada por las *autonomías*, un nuevo régimen político y una nueva legalidad bajo el paradigma del *pluralismo jurídico igualitario* en el marco de la Constitución Política del Estado.

Y es que, efectivamente, nuestra Constitución tiene características que la distinguen e individualizan y dan cuenta de un constitucionalismo que no tiene precedentes (al menos en Latinoamérica), y cuyos intérpretes deben ser fieles a sus fundamentos, a los principios y valores que consagra, con la finalidad de materializar y dar vida a las normas constitucionales, siendo sus características más importantes, la plurinacionalidad, la descolonización, el pluralismo jurídico igualitario, la interculturalidad y el vivir bien.

⁷ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0957/2013, de fecha 27 de junio de 2013.

Al respecto, cabe señalar también que la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0790/2012 de 20 de agosto, señaló entre sus fundamentos, lo siguiente:

“El Estado Plurinacional Comunitario, como resultado de la fuerza descolonizadora de los pueblos indígena originarios campesinos, ha hecho posible la visibilización de éstos, antes excluidos de toda institucionalidad estatal, reconociéndolos como naciones de pleno derecho junto a la antigua ‘Nación Única’; por lo que dentro de esta concepción de Estado Plurinacional Comunitario, la comprensión de los derechos, deberes y garantías no puede realizarse desde la óptica del constitucionalismo liberal, sino más bien abrirse a una pluralidad de fuentes del derecho y de derechos, trascendiendo el modelo de Estado liberal y monocultural cimentado en el ciudadano individual, entendiéndose que los derechos en general, son derechos de colectividades que se ejercen individualmente, socialmente y/o colectivamente, lo cual no supone la negación de los derechos y garantías individuales, pues el enfoque plurinacional permite concebir a los derechos, primero, como derechos de colectividades, luego como derechos que se ejercen individualmente, socialmente y colectivamente en cada una de las comunidades civilizatorias, luego como una necesidad de construir, de crear una comunidad de comunidades; es decir, un derecho de colectividades, un derecho que necesariamente quiebre la centralidad de una cultura sobre las otras y posibilite diálogos, espacios políticos de querrela discursiva para la generación histórica y necesaria de esta comunidad de comunidades de derechos.(...)”.

Actualmente, la Constitución Política del Estado, además de declarar que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, dedica su Capítulo Segundo a establecer expresamente los *Principios, Valores y Fines del Estado*, a cuyo efecto el artículo 8 constitucional declara que el Estado Plurinacional de Bolivia asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural:

“ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”; y asimismo señala que nuestro Estado *“se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”*.

Aquellas máximas milenarias: Ama Quilla, Ama Llulla, Ama Suwa (*no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón*), han sido establecidas como principios ético-morales por el constituyente, y conforme puntualizó la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0015/2012 de 16 de marzo:

“Resumen de manera extraordinaria la moral que toda persona, natural o jurídica debe practicar en todas sus actividades. En ese sentido, se hace énfasis en el principio del ama qhilla, que establece una conducta de vida diligente que debe observar todo individuo, con mayor razón un servidor público como es el juez, del cual debe exigirse una actitud acuciosa en la administración de justicia, sobre todo cuando afecta a un vivir bien, así como a una vida armoniosa. (...), siendo responsables de cualquier demora por su inactividad, impulsando la nueva justicia en el nuevo Estado Plurinacional”.

En este sentido, cabe tener presente –conforme lo ha precisado la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0951/2012, de 22 de agosto–, que el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario asume y promueve los principios ancestrales pertenecientes a la cultura quechua-aymara, entre ellos: Ama quilla, Ama llulla, Ama suwa (*no seas flojo, no seas mentiroso, ni seas ladrón*), en aymara: *Jan jairamti, jan lonthatasimti, jan q´arimti*, trílogía inseparable en su composición, no es posible comprender por separado; sin embargo, por la técnica jurídica individualizada

“Ch’ulla”, para aplicar al caso concreto, el TCP ha desarrollado la misma, de conformidad al Código Procesal Constitucional, cuyo art. 3.8, dispone que *las Sentencias Constitucionales deben estar redactadas de forma sencilla y fácilmente comprensible para la sociedad*.

En cumplimiento del principio de procedimiento constitucional citado, la referida Sentencia explica el significado y alcances del término: “*Principio*”, entendido como un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado.

Un *principio* es un axioma que deriva del griego “axioma”, que significa “lo que parece justo”, originariamente significaba “dignidad” y por derivación se ha llamado “axioma” a “lo que es digno de ser estimado, creído o valorado”; así podemos entender que un principio es el pilar fundamental sobre el que se construyen valores que deben sostener a los derechos y garantías constitucionales.

El Estado boliviano asume para sí los “principios ético-morales”; es decir, existe la necesidad de comprender el principio, la ética y la moral, que amerita comprensión mediante “ejes transversales” que se constituyen en una unidad indisoluble emergente de la “realidad”, que solo adquiere su verdadero significado en relación a otras piezas; por ello los principios están unidos a la ética y a la moral, constituyéndose en una unidad transversal.

La *ética* etimológicamente proviene del griego “ethos”, que significa “forma de ser”, es una norma del fuero interno que impulsa el respeto humano practicada de forma estamentaria en el conglomerado social.

Con referencia a la *moral* proviene del latín “mores”, “modos habituales de obrar o proceder”, principios de comportamiento en la vida privada, cuya base es la norma individual que se expresa en el comportamiento de cada uno en la sociedad que hace la diferencia.

En materia jurídica –dice la citada Sentencia– un principio no es una norma, ni una garantía, es el fundamento y base imprescindible para la existencia de una garantía; por ello el Constitu-

yente incorporó en la Constitución Política del Estado ocho principios que son rectores imperativos de nuestra sociedad, entre ellos tenemos, el principio del: *ama qhilla*, (no seas flojo); *ama llulla*, (no seas mentiroso); *ama suwa* (no seas ladrón); se debe entender estos tres axiomas como una unidad inseparable; toda vez que la misma constituye una filosofía ancestral fundada en el “tricálogo complementario”, cuya comprensión sería inútil al disgregarse; tampoco se debe olvidar de los otros principios como el: *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal), *qhapaj ñan* (camino o vida noble), que son principios de aplicación obligatoria, para alcanzar el valor máximo que también es el vivir bien, o *suma qamaña*, “Vida en plenitud” en aymara, equilibrio material y espiritual del individuo, saber vivir y la relación armoniosa del mismo con todas las formas de existencia, “convivir”.

Finalmente, y en cuanto a la aplicación justificada del Ama Qhilla en la actividad de los servidores públicos y servidoras públicas, la mencionada Sentencia Constitucional Plurinacional N°0951/2012, estableciendo una línea jurisprudencial reiterada posteriormente en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0551/2014, de 10 de marzo, señaló lo siguiente:

“El Ama Quilla es la flojera, que se visibiliza en la dilación injustificada por parte de las servidoras o servidores públicos, quienes están en la obligación de dominar la pereza, de la cual emerge la conducta de dejar para mañana lo que se debe hacer hoy, este vicio es el gusto por la apatía e inacción física y moral que perjudica la actividad judicial que es dinámica, más aún cuando de por medio están los plazos, la preclusión, la retardación, entre otros perjuicios. Una manera de ser perezoso es cobrar sueldo sin trabajar, es frecuente observar las quejas de los servidores públicos, particularmente de los operadores de justicia, la desidia con la que atienden a los justiciables, acudiendo recurrentemente, a la justificación de la demasiada carga procesal -argumento que no es válido a la luz de las últimas sentencias constitucionales-, falta de personal, y otras justificaciones banales, en muchos casos, hacen de la pereza una filosofía de vida, convirtiéndose sin

saberlo, en seguidores de Epicuro, filósofo griego que predicaba la pereza como bien supremo y como ideal de vida. Muchos servidores públicos se convierten en Epicurianos, seguidores de ese sophista y su vergonzosa prédica, quieren vivir sin trabajar, a costa de un pueblo que trabaja para sostener un proceso, se preocupa y saca tiempo para anoticiarse del resultado de su memorial, cuando llega al juzgado se encuentra que todavía no fue despachado por la negligencia de algún servidor epicuriano.

Al insertar el Ama Qhilla en la Ley Fundamental, el Constituyente, pretendió luchar, entre otros objetivos, contra la retardación de justicia que tiene como causa, precisamente, la flojera, la negligencia, la desidia, a ellos va dirigido al Ama Qhilla, no seas flojo, a los fines de que los operadores de justicia despachen en el día los memoriales, remitan los actuados a la instancias correspondientes, notifiquen a las partes de oficio, etc., es necesaria la práctica de este principio, si queremos cambiar e ingresar a la justicia pronta para vivir bien. En Bolivia se han sentado las bases para materializar el Estado Constitucional de Derecho”.

El desarrollo a nivel jurisprudencial de estas máximas milenarias, se ha expresado a través de un importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, emitido en ocasión de verificar la constitucionalidad de un polémico Proyecto de Ley de Extinción de Dominio de Bienes a favor del Estado. Es así que, la Declaración Constitucional N°002/2013, de fecha 19 de abril de 2013 ha dejado establecido el siguiente entendimiento:

“En ese sentido, el ama qhilla establece una valoración de lo justo por una sociedad dedicada diligentemente al trabajo y a una conducta de vida laboriosa, que debe observar todo individuo como filosofía de vida, descartando la flojera, la pereza o la desidia, tomando en cuenta que nuestros pueblos ancestrales concebían el trabajo, no como una carga o sacrificio, sino como un motivo de dicha y felicidad, orientado siempre a la búsqueda del bienestar común, por lo que ahora, en el Estado que nos proponemos construir, todos estamos moralmente com-

pelidos a expulsar la flojera dentro de nuestros hábitos de vida y encontrar en el trabajo honrado, el único medio para proveer a nuestro sustento y para crear riqueza lícita, todo lo cual, desde una perspectiva moral, legitima al Estado la posibilidad jurídica de extinguir toda riqueza generada de manera ilícita y que no sea producto del trabajo honrado.

El ama lulla en cuanto a no ser mentiroso (...), se trasunta en el falseamiento de la realidad de quienes ostentan riqueza mal habida, en la impostura de los que detentan una propiedad que jurídicamente solo es tal en apariencia, en el engaño fútil o la ignominia de la que se valen aquellos que pretenden acumular riqueza fácil a costa de la sociedad y del Estado. (...) El ama suwa (no seas ladrón), que en su concepción amplia debe ser entendido como el mandato para actuar siempre con honestidad y transparencia, sin apropiarse ilegítimamente de lo ajeno, de aquello que pertenece a la comunidad y que sirve y beneficia a todos, respetando lo ajeno, no utilizando los bienes de la comunidad en beneficio propio, ideal ético de la sociedad plural que no puede consentir jamás la acumulación de riqueza ilícita proveniente del robo en su acepción más amplia, menos de actividades que (...), laceran profundamente la moral de la sociedad, ponen en zozobra la seguridad de sus ciudadanos, empobrecen económicamente al Estado, impiden y dificultan su desarrollo, corrompen funcionarios y socavan sus instituciones, de donde el ama suwa como principio ético-moral que debe asumir y promover el Estado, sustenta constitucionalmente la posibilidad de que éste extinga el dominio sobre bienes de procedencia ilícita provenientes de actividades nefastas como el narcotráfico, contrabando, corrupción y legitimación de ganancias ilícitas”.

Por otro lado, se ha establecido también la importancia de la estrecha relación entre la premisa milenaria del *ama qhilla* y el rasgo plurinacional del *derecho al trabajo*. En este sentido, según el TCP, el art. 1 de la CPE, establece que, el Estado Plurinacional de Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario; modelo que no obstante de poseer características que provienen del constitucionalismo liberal y social, tiene

características propias que marcan el horizonte de un constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, y que determinan que los principios y valores constitucionales, así como los diferentes derechos, garantías e institutos jurídicos que provienen de la lógica occidental sean reinterpretedados a la luz de las nuevas características de nuestro modelo.

“En ese ámbito –según la citada Declaración Constitucional–, el derecho al trabajo, desde la dimensión plural que fundamenta nuestro Estado, tiene características sociales y comunitarias y, en ese sentido, debe ser entendido como el esfuerzo personal o comunitario que realiza el trabajador o trabajadores para la producción de bienes o servicios, lo cual requiere de esfuerzos físicos o, en su caso, intelectuales de acuerdo a la naturaleza del trabajo. Ahora bien, el derecho al trabajo desde el nuevo enfoque plurinacional; es decir, desde los principios ético-morales de la sociedad plural, que son transversales e integrales en la vivencia de la comunidad y se proyectan hacia el vivir bien, se encuentra íntimamente vinculado con el ama quilla (prohibido ser flojo), que tiene una triple dimensión: como valor, principio y norma, y que se practica en la comunidad milenariamente, con la finalidad que sus miembros sean laboriosos y el trabajo sea visto como un motivo de felicidad y no así como una carga, lo cual sería funesto desde el pensamiento de las comunidades milenarias; pues, la flojera implica no trabajar y, con ella se presentan los problemas emergentes, como el hambre, la miseria y otros males, entre ellos, la comisión de delitos; por ello es que el trabajo es altamente valorado, pues permite llevar una vida plena en comunidad y armonía, siendo por tanto deber de las autoridades garantizar la estabilidad laboral de los funcionarios.” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1511/2013, de fecha 30 de agosto de 2013).

IV. El paradigma del “Vivir Bien” y su desarrollo jurisprudencial

En cuanto se refiere a los alcances del paradigma del “vivir bien”, conviene recordar que el preámbulo de la Constitución señala que

la construcción del nuevo Estado está basada en el respeto e igualdad entre todos, dentro de los alcances de los principios de complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, *donde predomine la búsqueda del vivir bien*, con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de este tierra y en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Entonces, a partir de la concepción del pluralismo como elemento fundante del Estado, el modelo de Estado se estructura sobre la base de derechos individuales y también derechos con incidencia colectiva, pero además, la concepción del pluralismo y la interculturalidad, configuran un diseño de valores rectores en mérito de los cuales se concibe una Constitución axiomática. En efecto, la Constitución aprobada en 2009, se caracteriza no solamente por su “valor normativo”, sino esencialmente por su “valor axiomático”, y ésta característica, tipifica a la Norma del Estado Plurinacional de Bolivia como una “Constitución Axiomática”, en mérito de la cual, el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir, el proceso de irradiación de contenido en las normas infra-constitucionales y en todos los actos de la vida social, no solamente comprende normas constitucionales positivizadas, sino también, valores supremos directrices del orden constitucional.

En este contexto, el pluralismo y la interculturalidad, constituyen los elementos de refundación del Estado Plurinacional de Bolivia, en mérito de los cuales, el Valor Axiomático de la Constitución, adquiere un matiz particular, ya que las directrices principistas y los valores plurales supremos en el Estado Plurinacional de Bolivia, irradiarán de contenido a todos los actos infra-constitucionales incluidas las decisiones de las autoridades indígena originario campesinas; además, en virtud al principio de complementariedad que postula la interculturalidad, estos valores plurales supremos irradiarán toda la vida social armonizando así las bases sociológicas de una sociedad plural, consolidando una verdadera cohesión y armonía social.

En efecto, el pluralismo como elemento fundante del Estado Plurinacional de Bolivia, implica el reconocimiento de una pluriculturalidad y por ende un pluralismo axiomático, que postula valores plurales supremos insertos en el Preámbulo de la Constitución y también en su artículo 8.

Así, se puede destacar que entre los valores plurales supremos que guían al Estado Plurinacional de Bolivia, se encuentran la igualdad, la complementariedad, la solidaridad, reciprocidad, armonía, la inclusión, transparencia, igualdad de condiciones, bienestar común, responsabilidad, entre otros; los cuales, a su vez, en el marco de la interculturalidad, se complementan con los valores ético-morales plasmados en el art. 8.1 de la Constitución, como ser el *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón); *suma qamaña* (vivir bien); el *ñandereko* (vida armoniosa); *teko kavi* (vida buena); *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble) entre otros, los cuales, al encontrarse insertos en la parte dogmática de la Constitución, irradiarán de contenido a la *inter-legalidad* (concepto en virtud del cual, se entiende que las fuentes jurídicas plurales son autónomas pero interdependientes axiomáticamente en aplicación al principio de complementariedad, el cual a su vez encuentra razón de ser en la interculturalidad y el pluralismo como elementos fundantes del Estado), para consolidar así el valor esencial y fin primordial del Estado Plurinacional de Bolivia, que es el “vivir bien”.

Por lo expuesto, y a la luz de la Constitución Axiomática desarrollada precedentemente, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1422/2012, de 24 de septiembre de 2012, ha fundamentado la importancia el paradigma del vivir bien, como pauta específica de interpretación intercultural de derechos fundamentales:

“En efecto, a la luz de los principios de interculturalidad, complementariedad y descolonización, los derechos fundamentales vigentes para los miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no pueden seguir las mismas pautas de interpretación ni pueden contener los mismos elementos configurativos propios de los núcleos

duros de derechos fundamentales en contextos diferentes a la jurisdicción indígena originario campesina. En esta perspectiva, el paradigma del vivir bien, se configura como una verdadera pauta de interpretación inter e intra cultural de derechos fundamentales, a partir de la cual, los valores plurales supremos irradian de contenido los actos y decisiones que emanan de la justicia indígena originaria campesina, constituyendo además una garantía plural destinada a evitar decisiones desproporcionadas y contrarias a las guías axiomáticas del Estado Plurinacional de Bolivia.

En el orden de ideas expresado, se tiene que el paradigma del vivir bien, somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que, en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesina; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.²⁸

²⁸ “De acuerdo a lo señalado –continúa desarrollando la Sentencia–, se tiene que la armonía axiomática, implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesina, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos como ser la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común entre otros, en ese orden, el control plural de constitucionalidad, en caso de ejercer sus roles en relación a decisiones emanadas de la jurisdicción indígena originario campesina, para el análisis del primer elemento del test del paradigma del vivir bien, utilizará el método jurídico de la ponderación intercultural, a cuyo efecto, a la luz de los valores plurales supremos antes descritos, deberá cotejar los fines perseguidos por la decisión en relación a los medios empleados, para luego verificar la armonía de los fines y medios utilizados en la decisión con los valores plurales supremos

Posteriormente, y considerando la importancia de fundamentar el paradigma del vivir bien, como pauta específica de interpretación intercultural de derechos fundamentales (según lo desarro-

descritos precedentemente, evitando así una discordancia con los postulados de la Constitución axiomática. En coherencia con lo señalado, debe establecerse que el control plural de Constitucionalidad, en su labor plural hermenéutica, como segundo elemento del test del paradigma del vivir bien, deberá, a través de la metodología de la ponderación intra-cultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión, a cuyo efecto, la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesino, debe ser entendida como la concepción que la nación o pueblo indígena originario campesino tenga sobre su realidad cultural de acuerdo a sus valores y cultura propia. Asimismo, se establece que para el tercer elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad, deberá verificar que la decisión emanada de la jurisdicción indígena originaria campesina sea acorde con los ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados por la comunidad, de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino. Como cuarto elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad, deberá establecer la proporcionalidad de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originario campesina, en este caso, se deberá ponderar la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta. Además, en este análisis de proporcionalidad, para sanciones graves, deberá también ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para -en el marco de la inter e intra culturalidad-, resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada. La ponderación de los cuatro elementos propios del test del paradigma del vivir bien, constituyen un parámetro de ejercicio de control de constitucionalidad en relación a la jurisdicción indígena originario campesina ejercicio que se encuentra circunscrito a la materialización de la constitución axiomática a la luz de valores plurales supremos. En ese orden de ideas, los derechos fundamentales en contextos inter e intra culturales, podrán ser tutelados por el control plural de constitucionalidad; en ese orden, su interpretación deberá ser realizada a la luz de una pauta específica de interpretación inter e intra cultural: El paradigma del vivir bien, a cuyo efecto y a través del test precedentemente desarrollado, los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, tendrán plena eficacia, consolidando así una verdadera armonía y paz social”.

llado por la SCP 1422/2012), cabe señalar que la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0778/2014, de 21 de abril de 2014, en base a una interpretación evolutiva, ha complementado y redimensionado dicha pauta de interpretación, en el siguiente sentido:

“El paradigma del vivir bien, como pauta de interpretación intercultural para la tutela de derechos individuales o colectivos en contextos inter e intraculturales, establece parámetros de carácter general acordes con el nuevo modelo de Estado y en particular con el pluralismo la interculturalidad y la descolonización para que a través del control de constitucionalidad, en cada caso concreto, se asegure una real materialización del vivir bien y de sus valores constitutivos como ser la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía, entre otros, en ese orden, dichos parámetros a ser analizados en el marco de un diálogo intercultural componen de manera general los siguientes aspectos:

i) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales; y,

ii) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesinos y obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de

verificarse una incompatibilidad de dichos actos o decisiones con los valores antes señalados, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos vigentes en contextos intra e interculturales.

El entendimiento antes descrito, en cada caso concreto debe ser utilizado verificándose la compatibilidad o incompatibilidad de los actos u omisiones denunciados como lesivos con los dos postulados descritos, los cuales componen el paradigma del vivir bien como pauta de interpretación intercultural de derechos fundamentales. Finalmente, debe señalarse que el desarrollo del paradigma del vivir bien en los términos antes señalados, es un razonamiento, conocimiento o saber de carácter esencial para el presente fallo y por tanto genera el precedente jurisprudencial vinculante.”

V. La reafirmación del Estado Plurinacional de Bolivia como Estado Constitucional de Derecho⁹

Con el nacimiento del nuevo Estado Plurinacional, el Tribunal Constitucional contrastando las características esenciales del modelo de Estado de la Ley Fundamental de 2009, ha reafirmado su carácter de Estado Constitucional de Derecho, según señaló en la Sentencia Constitucional N°0258/2011-R de 16 de marzo, declarando que:

“La Constitución es entendida actualmente no solo de manera formal, como reguladora de las fuentes del Derecho, de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales, sino como la Ley Suprema que contiene los valores, principios, derechos y garantías que deben ser la base de todos los órganos del poder público, en especial del legislador y del intérprete de la Constitución. Así, en el Estado constitucional de Derecho, las Constituciones tienen un amplio programa normativo, con principios, valores, nutridos catálogos de derechos y

⁹ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1714/2012, de fecha 1 de octubre de 2012.

garantías, que vinculan a todos los órganos de poder y en general, a toda la sociedad y, en ese sentido, contienen diferentes mecanismos jurisdiccionales y un órgano especializado para velar por el cumplimiento de sus normas, frente a la lesión o incumplimiento, dando vigencia al principio de supremacía constitucional”.

Asimismo, la citada Sentencia Constitucional concluyó que:

“El modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un verdadero Estado constitucional de Derecho, establecido sobre valores universales y el principio fundamental de legalidad, sin desechar los principios generales de soberanía popular en el ejercicio del poder público y reforzando el principio de respeto y vigencia de los Derechos Humanos; pues se establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios y valores; además, se señalan como fines y funciones del Estado, entre otras, el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (art. 9.4 de la CPE), se señalan como deberes de los bolivianos y bolivianas el conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución, y la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución (art. 108 numerales 1, 2 y 3)”.

Corroborando este razonamiento, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0112/2012 de 27 abril, entendió que:

“La supremacía de la Constitución normativa que fundamenta la validez de todo el sistema jurídico plural de normas que la integra (art. 410.II de la CPE), no es per se (un mero asunto de jerarquías y competencias-pertenencia formal) sino porque está cargada de normas constitucionales-principios que son los valores, principios, derechos y garantías plurales que coexisten, que conviven como expresión de su ‘base material pluralista’ y se comunican entre sí como expresión de su ‘base intercultural’ y son los que informan el orden constitucional y legal, sin renunciar a su contenido de unidad (art. 2 de la CPE). De

ahí que la Constitución de 2009, si bien es norma jurídica, no puede ser comprendida únicamente solo de manera formal. Esto significa que no puede ser concebida solo como un conjunto de normas (modelo descriptivo de Constitución como norma), a partir de un 'concepto de Constitución (como norma) simplemente documental', con las denominaciones de 'constitución formal' o incluso de 'constitución en sentido formal', cuya primacía simplemente se sustente y esté distinguida de las otras leyes por alguna característica formal (por ejemplo, los procedimientos más complicados de producción, revisión y derogación). Por cuanto, lo que esencialmente diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes, es que las primeras son prevalentemente normas constitucionales-principios (entiéndase por ello a la pluralidad de valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales) y supletoriamente normas constitucionales-reglas”.

En esta perspectiva, la citada Sentencia Constitucional Plurinacional afirmó que:

“Las normas constitucionales-principios, establecidos en la Constitución, son las que influirán en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) y no viceversa, o lo que es lo mismo, las segundas y terceras deben adaptarse a las primeras para que exista coherencia del sistema”.

VI. La Teoría sobre el Estado Constitucional y su relevancia en Bolivia

Ahora bien, de acuerdo a los Estudios de Teoría Constitucional de Guastini¹⁰, un Estado puede llamarse Constitucional, o provisto de Constitución, solo si cumple dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relacio-

¹⁰ Riccardo Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001.

nes con el Estado (lo que se refleja en las Acciones de Defensa que prevé la Constitución boliviana), y 2) por otro lado, que los “poderes” del Estado (en realidad, los Órganos de Poder del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y, en nuestro caso, Electoral) estén divididos y separados, es decir, que se ejerzan por órganos diversos (lo que se manifiesta en el *Principio de Separación de Funciones* previsto en el artículo 12 constitucional).

En el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado (2009) se ha ocupado de dar cumplimiento a estas condiciones mínimas para distinguirse como un Estado Constitucional, al declarar expresamente que “todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”, lo que implica que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las Leyes y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. De ahí que (según el artículo 13 constitucional), “los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos”, por lo que, el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos, considerando que los derechos que proclama la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados, a cuyo efecto, los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Asimismo, los rasgos principales de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política del Estado están contenidos en el artículo 109 que expresa la esencia del reconocimiento de los derechos fundamentales, es decir: 1) Con igualdad jerárquica de todos los derechos constitucionalmente reconocidos; 2) Con directa aplicabilidad de los mismos, es decir, todos, y, 3) Con directa justiciabilidad de todos ellos, a través de las acciones y mecanismos defensa.

Considero que estas características, propias de los derechos fundamentales en el sistema constitucional boliviano, pueden ser entendidas en el siguiente sentido:

La igualdad jerárquica de los derechos significa básicamente que la clasificación de los derechos establecida en la Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros, y ello supone que todos los derechos, reconocidos como fundamentales, se encuentran situados en un plano de igualdad, por lo que gozan de similares garantías para su optimización y protección integral por parte del Estado, no pudiendo ser perjudicados en su libre ejercicio, salvo por las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico¹¹ para el resguardo del bien común. Sin embargo, en caso de conflicto, se deberá efectuar una ponderación suficientemente justa y equilibrada, de tal forma que no se llegue a desnaturalizar la esencia de ninguno de ellos; dado que actuar en sentido contrario, significaría consentir una injusticia y una afrenta inadmisibles contra los postulados de la misma Constitución.

¹¹ En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXVIII, establece: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*”; asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2, indica: “*En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*”; y finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 4, refiere que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”. Por su parte, la Sentencia Constitucional N°0019/2003 de fecha 28 febrero de 2003, señaló: “*...que la jurisprudencia constitucional, conforme las normas previstas en la Constitución así como en los tratados, convenciones y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado boliviano, ha asumido que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites, en consecuencia las personas no pueden hacer un ejercicio absoluto o arbitrario que lesione los derechos de las otras personas o los intereses generales...*”.

La directa aplicación de los derechos significa que ninguno de ellos requiere necesariamente de un desarrollo legislativo para su cumplimiento y concretización, dado que por su reconocimiento constitucional y la fuerza expansiva de las normas de la misma Constitución, éstos se sitúan en un plano preferente de aplicación, considerando que la Constitución es una norma jurídica cualitativamente distinta de las demás y situada por encima de ellas, por lo que la observancia de la carta de derechos es ineludible para todos/as, gobernantes y gobernados, lo que concuerda con el valor del “vivir bien” establecido por la misma Constitución, para lograr el pleno desarrollo de las personas, libres de cualquier arbitrariedad en una sociedad democrática.

La directa justiciabilidad de los derechos está vinculada a que estos no son simplemente postulados líricos sin mayor resonancia en el texto constitucional, sino que poseen mecanismos eficaces e idóneos de defensa que la misma Constitución prevé bajo la denominación de “Acciones de Defensa”, a fin de asegurar la protección integral e inmediata de los derechos de cualquier persona, en caso de amenaza o vulneración directa e ilegítima por parte de cualquier persona particular y/o autoridad pública o privada, lo que también supone una forma de defensa de la Constitución en su contenido dogmático.

En el caso de Bolivia, el Principio de Aplicación Directa y eficaz de los derechos fundamentales constituye un postulado que consolida el valor normativo de la Constitución, por el cual, los derechos fundamentales tienen una efectividad plena más allá de un reconocimiento legislativo o de formalismos extremos que puedan obstaculizar su plena vigencia, aspecto que caracteriza la “última generación del Constitucionalismo”, en el cual, el fenómeno de *constitucionalización del ordenamiento jurídico*¹² se con-

¹²El Estado Democrático Constitucional de Derecho, tiene como característica la generación de un proceso de *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, que consiste principalmente en la transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el mismo resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales, de manera que la finalidad de ese proceso es *que el Estado Constitucional cuente con un ordenamiento jurídico constitucionalizado, que se caracterice por tener*

sagra y alcanza su esplendor a través del principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, el cual se materializa a través del nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación constitucional acompañada de una coherente teoría de argumentación jurídica.

En este sentido, el TCP ha explicado los alcances del Principio de Aplicación Directa y eficaz de derechos fundamentales en el orden constitucional vigente, en los siguientes términos:

“El régimen constitucional vigente a partir del referendo constitucional de 2009, diseña un nuevo modelo de Estado, cuyo sustento estructural, encuentra razón de ser en el respeto a los derechos fundamentales insertos en el bloque de constitucionalidad, reconocido por el art. 410 de la CPE, en ese contexto, este pilar esencial del Estado Plurinacional de Bolivia encuentra validez material en el reconocimiento expreso del principio de aplicación directa de derechos fundamentales el cual se encuentra taxativamente reconocido por el art. 109.I de la CPE, cuyo tenor señala: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”. El principio de aplicación directa de la Ley Fundamental, que además por antonomasia comprende a la aplicación eficaz de derechos, está íntimamente ligado con el valor axiomático de la Constitución, postulado a partir del cual, el fenómeno de constitucionalización o de irradiación del contenido de la Constitución en el orden jurídico y social, no se realizará solamente en cuanto a las normas positivas de rango constitucional, sino también en relación a las directrices axiomáticas rectoras del orden jurídico e institucional del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser los valores justicia e igualdad, razón por la cual, solamente a partir de esta concepción puede sustentarse la eficacia del valor normativo de la Constitución.

una Constitución totalmente invasora, cuya fuerza expansiva sea capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. Cfr. José Antonio Rivera Santivañez. “El Tribunal Constitucional en el Nuevo Modelo de Estado”; puede verse en: IX Seminario Internacional: “Justicia Constitucional y Estado de Derecho”, (La Paz, 7 al 9 de junio de 2006). Memoria N° 10. Sucre (Bolivia): Imprenta “Imag”, 2006. Pág. 129.

En el marco de lo señalado, el valor normativo de la Constitución axiomática, como es el caso del texto aprobado en 2009, asegura la aplicación directa y eficaz de los derechos fundamentales a través de la labor interpretativa o hermenéutica de las autoridades jurisdiccionales, cuyas decisiones deben enmarcarse en los valores justicia e igualdad, como postulados esenciales del principio de razonabilidad de las decisiones, el que a su vez, irradiará el contenido esencial de los derechos fundamentales y consolidará la vigencia plena del Estado Constitucional de Derecho.” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0121/2012, de fecha 2 de mayo de 2012).

Por otro lado, el rango constitucional de los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales también ha sido incorporado a la Constitución boliviana, por efecto de la Asamblea Constituyente instalada el año 2007 (lo que inscribe a nuestro país dentro de la corriente del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*), cuyo texto definitivo fue aprobado por referendo popular el año 2009.

En el caso de Bolivia, la misma Constitución (en su artículo 410, párrafo II), además de declarar que es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano –gozando de primacía frente a cualquier otra disposición normativa–, establece el *Principio de Jerarquía Normativa*, por el cual la Constitución ocupa el primer lugar dentro de la estructura jurídica del Estado Plurinacional de Bolivia; es decir, se sitúa en la cúspide de nuestra pirámide jurídica, como principio y fundamento de todas las demás normas; y en segundo lugar, se encuentran los *Tratados Internacionales*, que pueden ser suscritos en cualquier materia por las autoridades legitimadas al efecto, respondiendo a los fines del Estado “*en función de la soberanía y de los intereses del pueblo*” (artículo 255 párrafo I constitucional), dado que una vez ratificados también llegan a formar parte del ordenamiento jurídico con rango de Leyes (artículo 257 párrafo I constitucional).

Es diferente la situación de los *Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*, porque una vez ratificados, estos prevalecen en el orden interno, dado que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse conforme a ellos (artículo 13, párrafo IV constitucional), y cuando dichos tratados “declaren derechos

más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”, vale decir, que los derechos reconocidos en la Constitución “serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables” (artículo 256 constitucional, que consagra el *Principio pro homine*).

Entonces, es por demás evidente el tratamiento diferenciado que se otorga a los Tratados Internacionales, de acuerdo a la materia que pretenden regular, más aún si se considera que el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de la Constitución, ha decidido seguir la tendencia de otorgar una jerarquía constitucional con aplicación preferencial a los tratados y/o convenciones internacionales que consagran derechos humanos a favor de los(as) ciudadanos(as).

VII. Desarrollo Jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad

Debemos comenzar citando a Francisco Rubio Llorente, quien nos ofrece un concepto introductorio del Bloque de Constitucionalidad, anotando que en la doctrina de Francia –país en donde se originó el *Bloc de Constitutionnalité*, por una resolución del Consejo Constitucional francés, el 8 de julio de 1966– se utiliza este término para designar al conjunto de normas que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las normas¹³. Por su parte, Bidart Campos sostiene que “el Bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de la Constitución documental”¹⁴. Para Mónica Arango, el Bloque de Constitucionalidad son “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucio-

¹³ Francisco Rubio Llorente, *El Bloque de la constitucionalidad. Simposium franco-español de Derecho Constitucional*. Diversidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991, p. 105.

¹⁴ Germán Bidart Campos. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264.

nalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”¹⁵.

Entonces, se puede concluir que son parte del Bloque de Constitucionalidad aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución, se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Una síntesis de estos criterios ahora se encuentra plasmada en el texto de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando dispone que “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”. (Artículo 410, parágrafo II constitucional).

Este precepto referido al Bloque de Constitucionalidad constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con anterioridad por la jurisprudencia constitucional¹⁶, dado que el extinto Tribunal Constitucional, en los Fundamentos Jurídicos contenidos en la Sentencia Constitucional N° 0045/2006 de 2 de junio había precisado que la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, extendiéndose luego a los países euro-

¹⁵ Mónica Arango Olaya. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, p. 1 (Documento PDF disponible en

<http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>). La autora fundamenta su concepto de bloque de constitucionalidad de la Sentencia C-225-95, MP Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en la Sentencia C-578-95, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-358-97, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, y en Sentencia C-191-98, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Desde el año 2001, el Tribunal Constitucional de Bolivia, asumiendo una posición de activismo judicial respecto a la protección de los derechos humanos, ha definido que *los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad*, por lo que los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos forman parte del catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución; de manera que en ese contexto pueden ser invocados por las personas y tutelados por las autoridades. *Cfr. Sentencias Constitucionales: SC 95/01, SC 1662/2003-R y SC 0102/2003.*

peos, siendo asimilada en Latinoamérica; entendiéndose que dicha teoría, expone que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su Constitución, normas a las que concede ese valor supralegal que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

De ahí que, la jurisdicción constitucional boliviana ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la Sentencia Constitucional N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre, estableciendo lo siguiente: “(...) conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.”; entendimiento ratificado en la Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, de 17 de noviembre, en la que expresó:

“Este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución (de 1994), ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”.

De la jurisprudencia glosada, se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la

Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados; entonces, queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos que habiendo sido previamente ratificados por el Estado boliviano estén destinados a la promoción, protección y vigencia efectiva de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

Ampliando estos criterios jurisprudenciales, respecto a los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que también conforman el Bloque de Constitucionalidad en Bolivia, el Tribunal Constitucional recientemente sostuvo que:

“Los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII

de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad”.

Finalmente, concluyó que al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos:

“El objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del ‘Estado Constitucional’, que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente. (...) En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del ‘Estado Constitucional’ enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos”. (Cfr. Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de fecha 10 de mayo de 2010)¹⁷.

¹⁷ Con bastante anticipación a este entendimiento, el anterior Tribunal Constitucional ya había dejado establecido que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene fuerza vin-

En resumen, y conforme se ha detallado en la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril

culante para el Estado Boliviano y sus autoridades; así, en la Sentencia Constitucional N°0491/2003-R, de 15 de abril, a tiempo de resolver una problemática referida a la vulneración del derecho al juez natural, señaló lo siguiente: “*Uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial; debiendo entenderse por Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución. El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial’ (...)*” (el resaltado me corresponde). De la misma forma se procedió, a momento de evaluar la constitucionalidad de una disposición legal, cuando a tiempo de analizar el principio de igualdad jurídica, la Sentencia Constitucional N°0058/2003, de 25 de junio, estableció entre sus fundamentos jurídicos lo siguiente: “*La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, como reconoce la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Justicia. (...)*” (el resaltado me corresponde). Respecto a la importancia de la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos, es de utilidad consultar: Carlos M. AYALA CORAO. *Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA (editor): *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. Grupo Editorial Kipus, Cochabamba (Bolivia), 2003. Ahora disponible virtualmente en el siguiente enlace:

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=27 Finalmente se debe anotar, que respecto al efecto útil y vinculante de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el fundamento de dicha obligatoriedad

de 2013, el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia está compuesto por los siguientes compartimentos: 1) La Constitución como norma positiva; 2) Los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos; y 3) Las Normas Comunitarias. Sin embargo, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, debe establecerse además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser *el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material*, entre otros, forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional¹⁸.

deducida de la normativa y la jurisprudencia internacional, resulta de enorme utilidad, el interesante trabajo de: Boris ARIAS LOPEZ. *Fundamentos de la obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Lex social: revista de los derechos sociales, ISSN-e 2174-6419, N°. 1, 2012, págs. 74-94. Ahora se encuentra disponible para consulta en:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3890744>

¹⁸ En este sentido se pronunció la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de fecha 7 de septiembre de 2012, en la cual se precisó lo siguiente: “(...) *En el orden de ideas expresado, es menester resaltar que a la luz de la Constitución Axiomática y en el marco de los principios de pluralismo e interculturalidad, como elementos de construcción estructural del Estado, es imperante realizar un redimensionamiento y una interpretación extensiva del bloque de constitucionalidad disciplinado por el art. 410.II de la Constitución; por tanto, para una real materialización de la Constitución Axiomática, se tiene que este bloque, amparado por el principio de supremacía constitucional, estará conformado por los siguientes compartimentos: i) Por la Constitución como texto escrito; ii) Los tratados internacionales vinculados a Derechos Humanos; iii) las normas de derecho comunitario ratificadas por el país; y, iv) En una interpretación sistémica, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución, se establece además que el Bloque de Constitucionalidad, debe estar conformado por un compartimento adicional: los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional imperante. Ahora bien, en este estado de cosas, de acuerdo a los compartimentos antes referidos, corresponde precisar que este bloque de constitucionalidad es directamente aplicable en cuanto a la parte dogmática de la Constitución, los derechos humanos in-*

Así también, en el marco de la nueva visión del constitucionalismo del Estado Plurinacional de Bolivia, formarán parte de este compartimento del bloque de constitucionalidad, todos los principios generales del derecho; entonces, según el TCP:

“Se colige que la interpretación del bloque de constitucionalidad, en una concepción extensiva y en armonía con los mandatos constitucionales establecidos en el art. 13.IV y 256 de la CPE, en tópicos vinculados a Derechos Humanos, comprende además la pauta de interpretación ‘desde y conforme al bloque de convencionalidad’, razón por la cual, en mérito a una interpretación progresiva, los derechos amparados por el principio de supremacía constitucional, están integrados por los expresamente disciplinados en el texto constitucional y todos aquellos reconocidos por el bloque de convencionalidad, en el ámbito de una aplicación siempre guiada a la luz del principio de favorabilidad”.

Conforme a lo expuesto, se puede inferir que la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, dado que la inserción en el Bloque de Constitucionalidad de valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional tiene una relevancia esencial, ya que merced al principio de supremacía constitucional aplicable al bloque de constitucionalidad boliviano operará el fenómeno de constitucionalización, no solamente en relación a normas supremas de carácter positivo, sino también en relación a valores y principios supremos rectores del orden constitucional, aspecto que en definitiva consolidará el carácter axiomático de la Constitución Política del Estado aprobada en 2009.

En este redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho, se colige que a la luz del vivir bien, la justicia y la igualdad como principios y valores plu-

sertos en Tratados Internacionales y los principios plurales supremos; empero, la parte orgánica de la Constitución, comprendida como elemento del bloque de constitucionalidad, no es directamente aplicable, sino que para su materialización, se necesitan leyes orgánicas de desarrollo”.

rales supremos que forman parte del bloque de constitucionalidad imperante irradiarán de contenido todos los actos de la vida social, consagrando así los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0683/2013, de fecha 3 de junio de 2013).

VIII. Conclusión

En definitiva, el desarrollo jurisprudencial de los principios ético-morales de nuestra sociedad plural, consagrados por la Constitución, así como el bloque de constitucionalidad que –por mandato constitucional– está integrado por todos aquellos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, ratificados en legal forma por el Estado Plurinacional de Bolivia, es una importante señal de desarrollo intenso que está teniendo la propia Constitución, y la disciplina encargada de poner en movimiento sus postulados esenciales, como es el Derecho Procesal Constitucional.

Hasta aquí he intentado rescatar lo más importante de la jurisprudencia constitucional plurinacional respecto al entendimiento que debe asumirse en cuanto a la naturaleza y alcance de los Principios ético-morales establecidos por la Constitución Política del Estado aprobada el año 2009, la reafirmación del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario como Estado Constitucional de Derecho, y el redimensionamiento del Bloque de Constitucionalidad en Bolivia, esperando sea de utilidad para los lectores, con el compromiso de volver sobre estos y otros temas de análisis jurisprudencial derivados de la Constitución.

Estado actual del recurso extraordinario federal - Claroscuros

GLADIS E. DE MIDÓN (ARGENTINA)

Los deberes pendientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A. Es republicano y prudente que ingrese a la agenda de la cabeza del Poder Judicial de la Nación la búsqueda de un mecanismo que de transparencia al ejercicio de su poder discrecional y de arbitrio para rechazar recursos extraordinarios federales y directos.

La Corte continúa declarando que siempre que la garantía de la defensa se lesione y la interpretación que se esgrima en la sentencia del Superior Tribunal de la causa trasgrede principios fundamentales, el pronunciamiento recaído será descalificable por el carril del recurso extraordinario federal.

Empero, el certiorari negativo –que vino para quedarse– no nos permite verificar cuán dispuesto está el Tribunal Supremo en cumplir lo prometido. El dato objetivo e inocultable es que durante la última década se descartaron miles de recursos, actuando con dureza el art. 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y luego las reglas aprobadas por la Acordada 4/2007 aprobada por la CSJN, y la valiosa doctrina de la arbitrariedad aparece arrinconada en el nivel histórico más reducido desde la década del 60.

Lo paradójico es que un destacable “curriculum vitae” de los actuales ministros del Tribunal cimero nos había generado la esperanza que, mudada su composición, la Corte habría de actuar un sistema similar a la “regla de cuatro” de su par de los Estados Unidos de Norteamérica. Que se convirtió en mayor desencanto a medida que fuimos tropezamos con “sentencias” que continúan inadmitiendo recursos extraordinarios federales y directos por la denegatoria de aquellos con meros *ucases*.

1. En el marco de la vía del artículo 14 de la ley 48, cuyo objeto es mantener la supremacía de la Constitución, la doctrina de la arbitrariedad nació encaminada a resguardar el deber de la correcta fundamentación de los pronunciamientos jurisdiccionales, condición de validez constitucional de los fallos que la Corte Suprema fue asentando sucesivamente en los artículos 17, 18, 28 y en el Preámbulo de la Ley Fundamental.

La última y decisiva guardiana de la Constitución Nacional pretendió garantizar a cada justiciable que en la respuesta final a su caso el sentenciador habría de mantenerse alejado de la arbitrariedad. Mediante el eficaz papel dado a dicha doctrina, casaba sentencias definitivas o a ellas equiparables por sus efectos enviando progresivas señales a todos los jueces del país: bajo la vigencia de la Ley Fundamental, las decisiones deben descansar sobre una argumentación racional. Que demuestre en cada caso concreto, sostuvo en una primera etapa, que lo decidido constituye derivación razonada de la ley. Mejor, expresó en una segunda etapa, que lo resuelto es derivación razonada del derecho (no solo de la ley) y en relación a las circunstancias comprobadas de la causa. A las cuales, añadió por último, deben los órganos jurisdiccionales acceder activamente, sin menoscabar la verdad objetiva.

El pasaje de la primera a la segunda etapa, *activismo de la Corte mediante*, permitió la evolución del Derecho como producto, en una importante medida, del protagonismo decisivo de la judicatura. Figuras como el abuso del derecho, la imprevisión contractual, la responsabilidad objetiva por el riesgo creado, el reajuste de las deudas de valor por la depreciación monetaria y el amparo irrumpieron al escenario jurídico por obra y gracia de la labor creativa pretoriana.

Con “Colalillo” en adelante, el Alto Tribunal forjó la conciencia de que la Constitución Nacional rechaza la conducción del proceso en términos estrictamente mecánicos, el excesivo ritualismo en la interpretación de las normas y, tanto más, la figura de un juez meramente espectador, que incumple el deber inexcusable de ayudar, y no de esquivar, para el acceso a la verdad objetiva, presupuesto básico de la sentencia justa en concreto. De este modo, sin decirlo expresamente, había reconocido a los justiciables el derecho constitucional al debido proceso no tan solo adjetivo sino, además, al justo sustantivo.

2. El rendimiento del recurso extraordinario varió notablemente a partir de 1990, con la irrupción del certiorari negativo. No estamos diciendo que la justiciera doctrina de la arbitrariedad haya

muerto. Nos estamos concretamente refiriendo a que la suerte del recurso extraordinario por arbitrariedad de hoy ya no solo depende de que el agraviado impugne una sentencia arbitraria, pues exige, además, que la agresión constitucional de la sentencia apelada tenga “trascendencia”.

3. Es poder de la Corte Suprema decidir lo que es o no “trascendente” para emitir su alta palabra ante un recurso extraordinario. Se trata de la amplísima discrecionalidad que le fue atribuida por la ley 23.774. Atribución que en sí no admite objeciones, a partir que fue concedida a un tribunal que es el supremo intérprete de la Constitución. Al menos desde el campo del realismo, que llevó a un juez estadounidense –Charles E. Hughes– decir ya en el año 1902: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces digan que es”.

4. Empero, la capacidad de arbitrio de manera alguna legitima para un proceder contrario a principios liminares de un Estado de Derecho. Arbitrio no significa arbitrariedad. Y existe arbitrariedad cuando el poder de arbitrio se utiliza para brindar a dos casos sustancialmente iguales respuestas sustancialmente desiguales. Hay que atender, por otra parte, que si de fortalecer al propio tribunal como órgano constitucional se trata, ello difícilmente habrá de lograrse sin *transparencia* en las decisiones. Y, en puridad, es una opaca transparencia lo que se aprecia en la instancia final, la del artículo 14 de la ley 48, por lo que constituye un desafío que la Corte Nacional debe superar, en contribución de su prestigio y para consolidar su función como garante suprema de la Ley Fundamental.

B. Acabar con el ejercicio abusivo del reenvío.

Un ejemplo. En Fallos: 332: 2815, la Corte decidió dejar sin efecto la sentencia dictada por una Cámara Nacional de Apelaciones que había dirimido el litigio con arreglo al precedente del Alto Tribunal *in re* “Rodríguez c. Compañía Embotelladora S.A.” (Fallos: 316:

713), según el cual la solidaridad establecida en el artículo 30 de la ley de contrato de trabajo no es aplicable cuando un empresario suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. La sentencia casatoria expresa: "...cabe entender configurada la 'inconveniencia' de mantener la ratio decidendi de Rodríguez, Juan Ramón c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro (Fallos: 316: 713) para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (doctrina de Fallos: 183: 409, 413)..., por ende, la decisión del a quo ... debe ser dejada sin efecto con el objeto de que la cuestión sea nuevamente resuelta en la plenitud jurisdiccional que le es propia a los jueces de la causa. Este resultado, por cierto, no abre juicio sobre la decisión definitiva que amerite el sub discussio"

Vale decir que la Corte casa una sentencia por fundada en una doctrina suya que ya estima de "inconveniente", y sin siquiera establecer cuál es la interpretación del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo que ahora entiende "conveniente", reenvía el asunto a la instancia anterior para que nuevamente interprete la norma, y con la prevención de que ello no importa abrir ningún juicio sobre la decisión definitiva.

¿Qué lectura extraemos del reenvío dispuesto? Que es una extravagancia irrazonable de la Corte, un rotundo derroche inútil de tiempo, una nítida violación del derecho de los justiciables a un proceso de duración razonable. En la era de las garantías jurisdiccionales, a una sociedad que está sedienta de un servicio de justicia eficaz y efectivo, ya no se le puede seguir imponiendo un mecanismo sin razón de ser que, además de dilatar innecesariamente la solución final del litigio, puede desembocar en un nuevo recurso extraordinario y un nuevo reenvío y con ello en un proceso kafkiano, en esa versión procesal del cuento de nunca acabar de la que hablaba con *fastidio* Alcalá-Zamora.

C. Abandonar la práctica de la “levitación”

En el año 2000, la Corte dio la respuesta final favorable al amparo deducido por el Defensor del Pueblo conjuntamente con una usuaria para evitar la colocación de medidores del consumo de agua en los consorcios de propiedad horizontal por las empresas prestadoras del servicio público (Fallos: 323: 2519). Empero, con posterioridad, en el proceso se puso en entre dicho los alcances subjetivos de esa cosa juzgada, y la cuestión llegó nuevamente a la instancia extraordinaria del Alto Tribunal.

El 28/09/2006 dictaminó la Procuración General. Se dice en el dictamen que “... la sentencia dictada por V.E. no puede sino interpretarse en el sentido de que (los) planteos (del Defensor del Pueblo) se encuentran vinculados a la protección de derechos de incidencia colectiva, los cuales adquieren una particular dimensión social en el sub lite por tratarse de la defensa de usuarios de un servicio esencia, función constitucional que fue invocada por dicho órgano desde el inicio de las actuaciones. Estimo que ello es así, por un lado, pues de lo contrario la participación del Defensor del Pueblo se vería limitada a acompañar al usuario que alega una afectación de sus derechos en forma directa y, de este modo, se privaría de contenido a la actuación procesal de quien, pese a encontrarse habilitado a procurar una adecuada tutela judicial a tenor de lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional, solo obtendría sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico en caso de que sus pretensiones fueran admitidas, con total desconocimiento de las funciones encomendadas por la Ley Fundamental”.

El caso a resolverse por la Corte no era entonces fáctica ni jurídicamente difícil. Para decidirlo bastaba instinto jurídico y sentido común. Y es así que el tribunal supremo pronuncia su sentencia con mera adhesión a lo dictaminado por la Procuración General. Mas, recién en agosto de 2009, casi tres años después de emitido el dictamen al que adhirió (“Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional”, D. 123. XL; 11/08/2009). Se trataba del cumplimiento de la sentencia. De un proceso de amparo.

Enérgico control y notable activismo de la Corte Suprema sobre los asuntos requeridos de tutela judicial diferenciada

Tutela judicial efectiva para el derecho a la vida y a la salud

Como no *podría* ser de otra manera, la Corte Suprema se ha manifestado siempre sensible en el área de los derechos a la vida y a la salud¹. En sus diferentes integraciones, tuteló esos fundamentales derechos, reiterando principios relativos a ellos ya establecidos en sentencias anteriores.

Mas, ya situada en el nuevo contexto de los avances espectaculares de la ciencia y de la tecnología, a partir del caso que sentenció el 23/11/2004 –causa “Maldonado, Sergio Adrián”– el Alto tribunal, sin restar, sino sumando, pasó a asumir el rol de *Juez comprometido* a que obliga la justicia de acompañamiento.

¹ La sentencia dictada por la Corte el 6/11/1980 constituye un “leading case” de lo arriba expresado. Nos estamos refiriendo a la pronunciada en el caso “Saguir y Dib, Claudia Graciela S/autorización, que luce en Fallos: 302: 1293. Allí, el Alto Tribunal controló vía recurso extraordinario federal fundado en la doctrina de la arbitrariedad, la sentencia de una cámara que no hiciera lugar a la solicitud formulada por los progenitores de una menor de 17 años a fin de que autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano, próximo a cumplir 20 años, que padecía de insuficiencia renal crónica y terminal y precisaba de urgencia, frente a riesgo de muerte, el trasplante de un riñón. La sentenciadora para así decidir, atendió que un texto legal fijó que los menores de 18 años no estaban habilitados para donar sus órganos, y que la menor del caso cumpliría dicha edad recién el día 30 de diciembre de 1980. La insensibilidad de los jueces de la cámara hizo que empero no atendieran el informe de los médicos forenses donde refirieron a que la vida del paciente estaba comprometida, y que la posibilidad del trasplante renal debía ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad con el mismo de gran parte de sus padecimientos. Con el voto de sus ministros Adolfo R. Gabrielli, Abelardo F. Rossi, Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino, la Corte invalidó por arbitrario el pronunciamiento impugnado. En esa ocasión fijó principios que se fueron luego repitiendo en sentencias de distintas integraciones del Tribunal, hasta el presente. En este orden, “que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y, obviamente resulta reconocido y garantizado por la Constitución y las leyes”

El caso “*Maldonado*” consistió en un amparo promovido por el padre de una niña con motivo de una resolución de la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina que había desestimado su solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico a su hija que padece de atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig – Hoffman).

El activista juez de primera instancia, recabó diferentes informes a instituciones oficiales y a las embajadas de los Estados Unidos de América, de la Federación de Rusia y de la República de Cuba acerca de las características de la enfermedad y de su eventual remedio en el orden nacional e internacional, dado que los profesionales del Complejo Médico de la Policía Federal Argentina habían dictaminado que ningún tratamiento podía cambiar la evolución funcional de la paciente por ser “irremediablemente progresiva y fatal”. Luego sentenció haciendo lugar al amparo y ordenando en consecuencia a la demandada que arbitrara los medios para que la niña fuese trasladada al Centro Internacional de Restauración Neurológica de la ciudad de La Habana (Cuba) con el fin de continuar allí la terapia. Recurrida la sentencia, la Cámara decidió hacer lugar a la impugnación, rechazando la demanda de amparo. Contra este pronunciamiento se interpuso un recurso extraordinario federal por arbitrariedad, cuya denegación motivó la queja directa ante la Corte Suprema.

Antes de sentenciar e, incluso, antes de escuchar al procurador, el alto Tribunal dispuso medidas para mejor proveer. Tales medidas dispuestas oficiosamente consistieron en recabar una especializada opinión técnica al Cuerpo Médico Forense, al que le requirió evaluara las circunstancias y documentos que integraban el expediente e informara sobre el estado actual de los conocimientos científicos en el tema convocante, y si existían tratamientos comprobados para evitar el deterioro progresivo de la dolencia que padece la menor, señalando, además, cuál es, entre los tratamientos en uso, el aconsejado para mejorar la calidad de vida y los lugares en que pueda ser llevado a cabo eficazmente en el país. Aquí, la señal de la Corte a los jueces. Les muestra, con el ejemplo, que la renuncia consciente a la verdad es tanto más descalificable e impropia en el ámbito de la justicia tuitiva de acompañamiento.

Producidas las medidas, sentenció con acabado conocimiento de causa. Valoró que las medidas sugeridas por el Cuerpo Médico Forense y la labor desarrollada por los especialistas del Hospital Garrahan, acerca de las cuales fueron oídas las partes, demostraron acabadamente que existen en la Argentina condiciones concretas para dar la atención sanitaria que es debida a la niña y organizar su continuidad en lugares accesibles para la familia, con miras a alcanzar el mayor nivel posible de bienestar personal de la paciente. Declaró que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país. Y por consiguiente, concluyó en hacer lugar al recurso extraordinario para dejar sin efecto la sentencia apelada y -;sin reenvío!- hacer lugar a la acción de amparo, obligando a la obra social a satisfacer el derecho de la menor a obtener los cuidados que su estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital de Pediatría “Profesor Dr. Juan P. Garrahan”. Tal señera sentencia lleva la firma de los ministros Enrique S. Petracchi; Augusto C. Belluscio; Carlos S. Fayt; Antonio Boggiano; Juan C. Maqueda; E. Raúl Zaffaroni y; Elena I. Highton de Nolasco.

Continuando en la senda, en “Ortiz, Nélide c/ INSSPJ s/amparo”, por sentencia del 17/05/2006, decide la obligación de abastecer el 100% del medicamento, aunque la ley reglamentaria lo limite al 40%. En Fallos: 331: 453 sostiene que las asociaciones mutuales, como SADAIC, están obligadas a dar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) pues, si bien no constituyen empresas de medicina prepaga, ni están sujetas a la ley 24.754, no es menos cierto que, de conformidad a lo establecido en los artículos 16 y 17 de la ley 23.661 pueden ser Agentes del Seguro Nacional de Salud.

Asimismo, en Fallos: 331: 2135, ratificando los principios de que “la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Constitución Nacional” y “que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de ga-

rantizarla mediante la realización de acciones positivas”, declara que el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires debía otorgar una cobertura integral, y no meramente parcial, a la prestación educativa que una menor recibía en una escuela diferencial. En esta misma corriente, la Corte ya había destacado respecto del Estado Nacional que el deber de garantizar la cobertura integral para la patología sufrida por un menor discapacitado constituye una *política pública* de nuestro país²

Estando la vida y la salud en juego, la Corte Nacional supera sus comunes despliegues y repliegues, el “que sí pero no” en torno al amparo, y sin temor ni titubeos, habilita esta vía *urgente y expedita*. En esos casos sensibles, ya no dice que se trate de una “vía subsidiaria” –para nosotros, el amparo en ningún posee carácter subsidiario de nada, sino siempre un ámbito principal y propio, mediando la concurrencia de sus recaudos de habilitación–. Antes bien, aplica la buena doctrina³ de “que si bien la acción de amparo no está destinada a remplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritualista, toda vez *que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias*”.

Así, en su sentencia del 11/04/ 2006, en el caso “Barria, Mercedes Clelia y otro c/Chubut Provincia de y otro (Estado Nacional) s/amparo –promovida por los actores contra el Estado Nacional, la Provincia de Chubut y Bialcer S.R.L. con el objeto de reclamar que los codemandados les continúen prestando los servicios de hemodiálisis y diálisis peritoneal que venían recibiendo hasta el 01/12/2003, tres veces por semana–, la Corte expresa que, desde luego, “a aquellos pacientes necesitados de respuestas urgentes no cabe trasladarles en su totalidad los requerimientos insitos a otras causas –aún encauzadas por la vía del amparo– en las cuales se ventile la tutela de derechos de diverso contenido o trascendencia”

² CSJN; “Martín Sergio G. y otros c/ Fuerza Aérea Argentina s/amparo”, M. 3226 XXXXVIII, sentencia del 08/06/2004, con remisión al dictamen del Procurador General.

³ Que remonta a un pronunciamiento del 08/07/97, “Mases de Díaz Colodrero, María Agustina vs. Provincia de Corrientes”, CS, M. 1883.XXXII.

También en Fallos: 331: 563, caso “Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud”, donde resolvió sobre el amparo por el que la accionante pretendía salvaguardar los fines del legislador en la ley 24.754, y garantizar a los usuarios un nivel de cobertura mínimo con el objeto de resguardar los derechos a la vida y a la salud, la vía se habilitó. Bajo la declaración de que “el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas y aptas, existe un peligro actual o potencial de la protección de derechos fundamentales”

A su vez, actuando el informalismo frente a la urgencia, en “Quiñones, Alberto c/Provincia de Buenos Aires s/amparo”, el 11/06/2006 dictó una resolución por la cual se declaró incompetente, mas al propio tiempo dispuso una medida cautelar a fin de solucionar el estado de desnutrición infantil mediante el aseguramiento de una dieta mensual a cargo de la parte demandada.

Tutela judicial efectiva para los derechos de las personas menores de edad.

Las directivas de la Corte a los jueces: no desmadrar el principio de inocencia, garantía del proceso penal, en los procesos civiles tuitivos. Tampoco actuar los tradicionales procedimientos, pensados para otro tipo de asuntos.

El 19/10/2010, la Corte Suprema de la Nación dictó en la causa “M. S. G. c/L. J. V.” una sentencia de relevante significación⁴, para el caso y por sus proyecciones para la Jurisdicción de Acompañamiento.

En el caso, la madre de dos niñas había promovido un incidente de supresión de visitas del progenitor de las menores ante el procesamiento de aquél por abuso sexual en perjuicio de una de ellas. El asunto arribó a la instancia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero, el que mantuvo la decisión de reanudar el contacto de las hijas menores de las partes con su padre, aunque mediante un sistema de encuentros más aco-

⁴ Fallos: 333: 2017

tado y asistido, con la presencia de la psicóloga del juzgado actuante, hasta tanto se resolviera el incidente. Para así decidir, el Superior Tribunal de la causa consideró que frente al procesamiento del demandado no correspondía avalar el mantenimiento de la amplitud del régimen de visitas, pero, al propio tiempo, al no existir condena penal, tampoco podía suprimirse sino que debía atenuarse.

Por vía de recurso extraordinario federal por arbitrariedad de la sentencia, el asunto llegó a conocimiento de la Corte Suprema. Entre los fundamentos del excelente dictamen de la Procuradora Fiscal –al que remitió la sentencia casatoria del Tribunal cimero– extraemos éstos:

1° Los asuntos atinentes a personas menores de edad, deben solventarse en función de su mayor bienestar. “El mejor interés del niño” es un concepto abierto, consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio los jueces están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales⁵.

2° El estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con ambos padres, son cánones universales. Pero, actuables en tanto y cuanto no medien circunstancias cuya seriedad imponga otros proceder.

3° El apego indiscriminado a aquella regla general es incompatible con el fenómeno de la violencia familiar, ámbito de características

⁵ En rigor, lo así expuesto en el dictamen es un deber de los jueces a observar en la motivación de la sentencia de cualquier litigio, cuando se trate de la selección propia de valores. Y con mayor razón aún, en aquellos casos de amplios paradigmas, cuando el sentenciador opera ante lagunas de la ley, estándares jurídicos, o con poderes discrecionales. A propósito de ello, esta es una razón más para que la Corte Nacional transparente la aplicación del art. Del CPCN con la llamada “regla de cuatro”. De lo contrario, seguirá deslegitimándose al ver la paja en el ojo ajeno y no la viga en el ojo propio.

peculiares donde es menester acudir a *parámetros signados por una impronta protectoria, estrechamente ligada a la idea de tutela procesal*. Así, frente a la posible ocurrencia de esta manifestación extrema de violencia (el abuso sexual), *no es razonable que las decisiones se funden maquinalmente en modelos corrientes de abordaje, acuñados para otro tipo de litigios, de manera que vengan a equipararse, como ha ocurrido en autos, a situaciones ciertamente diversas*.⁶ Aquí, el alcance y la intervención deberían haberse establecido con ajuste a una visión especializada. Con presteza y con prudencia, ya que posponer una medida cautelar a las resultas de una investigación –la penal– presumiblemente prolongada, y mientras tanto el niño continuara en contacto con el supuesto agresor, podría importar una desafortunada contribución institucional a la consolidación de un perjuicio irreparable.

4° Los jueces locales debieron tener presente –más no lo hicieron– que, en este campo específico, la interrupción preventiva del contacto no está supeditada a la observancia del contradictorio previo; en cambio puede resultar técnicamente necesaria y admisible una cautelar innovativa.

5° El Superior Tribunal de la causa tampoco ha tratado los antecedentes de la causa penal con el rigor técnico que exigía la gravedad del planteo. La cámara del crimen determinó la existencia

⁶ La lección de la Corte es la siguiente: frente al modelo de justicia tradicional, se erige otro, diferenciado, para la atención de asuntos sensibles, entre ellos, los relativos a las relaciones de familia. MORELLO nos enseñó que el primer modelo se caracteriza por su justicia legalista, formal y lógica, deducida de reglas generales y de conceptos abstractos. En cambio, en el otro modelo, su justicia, con seguir siendo normativa, es esencialmente funcional, instrumental, precautoria, evolutiva y *pragmática*. Entre uno y otro modelo, el perfil del juez se modifica radicalmente. Para la tutela diferenciada se precisa un juez “protector” y sus conocimientos jurídicos y procedimentales, si bien indispensables, dejan de ser suficientes. Así, para la magistratura de la juventud, la magistratura familiar, la magistratura económica, lo que se reclama al juez no es solamente una especialización jurídica sino más bien una serie de conocimientos interdisciplinarios.

de una plataforma apta para avanzar el juicio de incriminación formulado en primera instancia, y en la sentencia apelada ese factor quedó despojado inmotivadamente de virtualidad. De tal suerte, para fundar el juicio provisional propio del campo protectorio, el tribunal vino a requerir elípticamente una condena criminal.

6° La difícil situación que surge de autos, excede del plano estrictamente judicial, y no habrá manera de encontrar una salida real si se la enfrenta desde este ángulo ciertamente parcial. En ese sentido, es de la mayor importancia que el grupo familiar reciba un tratamiento psicológico o psiquiátrico especializado y estable, y de cuya evolución deberá darse cuenta periódicamente al tribunal interviniente. En segundo lugar, cabe convocar a ambos litigantes a asumir responsablemente una paternidad respetuosa de la condición personal de sus hijas.

En su sentencia, la Corte remite a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, y, además, atendiendo a la medida sugerida por el Defensor Oficial, ordena al juez de la causa proceda a designar un letrado especializado en la materia a efectos de que patrocine a las menores en el proceso. Este pronunciamiento, claramente inserto en el modelo de la Jurisdicción de Acompañamiento, lleva la firma de los ministros Ricardo Luis Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco; Carlos S. Fayt; Enrique Santiago Petracchi; Juan Carlos Maqueda y; E. Raúl Zaffaroni.

Tutela judicial efectiva para los derechos de los trabajadores, privados y públicos

Las cuestiones vinculada con la Ley de Riesgos del Trabajo

A partir de 2004, la Corte Suprema ha dictado una serie de sentencias favorables a la tutela del trabajador y contrarias al sistema de limitación de responsabilidad por accidente de trabajo.

En “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales”, sentencia del 21/09/2004⁷, la mayoría del Alto tribunal decide mudar la doctrina fijada por su anterior composición en “Gorosito”⁸, declarando:

Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos (considerando 9°).

Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. (considerando 14°).

Esta jurisprudencia tuitiva continuó con numerosas declaraciones por la Corte Suprema de inconstitucionalidad de la ley N°24.527 –Ley de Riesgos del Trabajo–. En Fallos: 327: 4607 –caso “Milone c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”– declara la inconstitucionalidad del art. 14, 1. LRT, que permite que la indemnización sea abonada bajo la forma de una renta periódica en lugar de un pago único. En Fallos: 331: 250 –caso “Medina c/ Solar Servicios On Line Argentina SA.”– el Tribunal cimero, con adhesión al dictamen de la Procuración General, habilita un recurso extraordinario por arbitrariedad y aprecia la inconstitucionalidad del art. 18 LRT en tanto excluía del beneficio a percibir

⁷ Fallos: 327: 3753.

⁸ Fallos: 325: 11.

la indemnización a los padres de un hijo soltero fallecido en un accidente laboral. Luego, en Fallos: 331: 1488 –caso “Bernald c/ Bertoncini Construcciones S. A.”–, ratifica lo decidido en “Aquino”, respecto de la inconstitucionalidad del art. 39, 1. LRT que prohíbe optar por una indemnización no tarifada.

Interpretación sobre el ordenamiento jurídico aplicable en materia de responsabilidad de las ART

En Fallos: 332: 709 – caso “Torrillo c/ Gulf Oil Argentina S.A.”–, en el que se demandó la indemnización por un trabajador fallecido en un incendio, la Corte interpreta que la responsabilidad de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo no se rige por la LRT sino por las normas del Código Civil. Expresa en la motivación de su sentencia que “no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales”. “Tampoco la hay ... para que la aludida exención... encuentre motivo en el solo hecho que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. (Porque) esta postura, sin rebozos, conduciría a una exención general y permanente, por cuanto se funda en limitaciones no menos generales y permanentes. Asimismo, pasa por alto dos circunstancias. Por un lado, al hacer hincapié en lo que no les está permitido a las ART, soslaya aquello a lo que están obligadas: no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son anejos, puedan evitarse. Por el otro, olvida que no es propio

de las ART permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la ya citada obligación de denunciar resulta una de sus funciones preventivas”.

La inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios del artículo 8 de la ley 9688

Por sentencia del 10/08/2010, declaró la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio establecido por el artículo 8 de la ley 9.688 – de Accidentes del Trabajo– modificada por la ley 23.643, planteada por un trabajador que, a raíz de un accidente, padece de una incapacidad permanente del 70%. La Corte reputó que el referido tope es contrario a las condiciones dignas y equitativas en que se debe desarrollar el trabajo de acuerdo con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional⁹.

El despido discriminatorio del trabajador obliga al empleador a la reinstalación

En la causa “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A., el 7/12/2010 la Corte dio respuesta final al amparo promovido por seis trabajadores que fueron despedidos sin expresión de causa, empero por motivos antisindicales, convalidando –por mayoría– la sentencia de los jueces de grado que con fundamento en la ley antidiscriminatoria N° 23.592 declaró la nulidad del acto del despido, ordenando la inmediata reincorporación a sus respectivos puestos de trabajo¹⁰.

Sostuvo para así decidir “que corresponde descartar la inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, se la reprobueba en todos los casos, máxime que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la

⁹ CSJN, A. 374 XLIII.

¹⁰ Fallos: 333; 2306.

actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad”.

“Que la reinstalación en esas condiciones decidida guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por un despido, ya que el objetivo primario de las reparaciones en esta materia debería ser la reificación o restitución en lugar de la compensación, en tanto esta última solo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que fue sacado o quitado”.

“Solo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la ‘protección contra el despido arbitrario’ implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación, ya que a la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían al tiempo de su sanción”.

El carácter salarial de los vales alimentarios

La sentencia del Tribunal Cimero en el caso “Pérez c/ Disco S.A.”¹¹ declaró la inconstitucionalidad el artículo 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, que establecía que los vales alimentarios carecen de naturaleza salarial.

El actor había demandado pretendiendo que los vales alimentarios entregados por su empleadora fuesen declarados salario y, por ende, sumados a la base remuneratoria a los fines del cálculo

¹¹ Fallos: 332: 2043.

de las indemnizaciones derivadas de su despido. La Corte juzgó que la disposición normativa afectaba al derecho de los trabajadores a la integridad de sus remuneraciones. Conforme consideró “el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de tratados con jerarquía constitucional, que han hecho del trabajador un sujeto de *preferente tutela constitucional*, perderían buena parte de su sentido y efectividad si no expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación”. “Llamar a dichos vales, en el caso, ‘beneficios sociales’, ‘prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas’; mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de trabajo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos contratantes una suerte de prestación gratuita por parte de uno de éstos, el empleador, traduce una calificación que, por repetir los términos de un precedente que guarda con el sub *discussio* un estrecho grado de vinculación, resulta poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido”. “El art. 103 bis inc. c no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleado de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste”. “Tampoco ello surge de las alegaciones de la demandada ni de las circunstancias del proceso”. “El distingo, en suma, y por insistir en lo antes dicho, es solo ropaje”. “Por ello corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según la ley 24.700), relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial”.

Descalificación por indebidamente motivada de la sentencia que rechazó un reclamo de diferencias en la indemnización por despido.

Por sentencia del 19/10/2010¹², en la causa “Francisco Cavaliere c/ Esso S.A.P.A.”, la Corte comparte los fundamentos y conclusiones del Procurador General, y en consecuencia, declara

¹² Fallos: 333: 1979

procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia impugnada con sustento en su arbitrariedad. Con apoyo en los precedentes del Alto tribunal que expresan que son descalificables los pronunciamientos que omiten el tratamiento de cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para la solución del litigio, la Procuración dice que es inválida la sentencia que rechazara el reclamo de diferencias en la indemnización por despido fundadas en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo si, al acogerse la empresa naviera demandada al decreto 1772/91, el actor optó en los términos de los arts. 7 y 8 del citado dispositivo –entre considerarse despedido por dicha circunstancia y recibir una indemnización mermada, o bien solicitar una licencia sin goce de haberes por el término de dos años– y habiendo optado por esta última alternativa, no parece sencillo que se puedan invocar, en orden al posterior despido, las mismas razones de emergencia sucedidas en origen, pues el transcurso de los años, más allá de lo estatuido en su nacimiento, ameritaba, al menos, un examen de razonabilidad de si es pasible la aplicación en el caso del art. 247 de la LCT.

La protección de la libertad sindical

También la ley N° 23.551 –de Asociaciones Sindicales– fue objeto en los últimos años de sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio del Trabajo¹³”, el Alto Tribunal declaró que el artículo 41, inc. a de la citada ley –que para ejercer derechos gremiales exige “estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial”, y en consecuencia, no posibilita el ejercicio de derechos sindicales sin el previo otorgamiento de la personería gremial, que es una atribución monopolística del Estado– es inconstitucional. Sus Considerandos –en extremo abundantes–, se basan en numerosos tratados internacionales y concluyen en lo siguiente: “El art. 41, inc. a de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación

¹³ Fallos: 331: 499.

sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los “delegados del personal” y los integrantes de “las comisiones internas y organismos similares” previstos en su art. 40, deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta”. “La limitación mortifica dicha libertad, de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta. En segundo término, la libertad de estas últimas. Al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas. En tal sentido, para ambos órdenes, corresponde reiterar que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de la labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que están afectados”. “La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos”.

En Fallos 332: 715 –causa “Rossi c/ Estado Nacional–, la descalificación constitucional afectó al artículo 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales. La Corte, además de reiterar su doctrina de Fallos: 331: 499, considera en la sentencia que no cabe sino declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, “ en la medida en que excluye a la actora del goce de la tutela otorgada a los representantes de asociaciones con personería gremial, por ser representante (presidenta) de una asociación sindical, Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval (PROSANA), la cual, no obstante comprender en su ámbito a la relación de trabajo de dicha representante, tiene el carácter de simplemente inscripta y existe otro sindicato con personería gremial en ese ámbito”.

Protección contra el despido arbitrario de los agentes de la Administración Pública que han estado sometidos a un régimen de contratación por tiempo prolongado, desempeñando tareas o funciones ajenas al respectivo contrato.

En el caso “Ramos c/Estado Nacional”, el actor –como consecuencia de sucesivas renovaciones de su contrato– prestó servicios durante veintiún años, al cabo de los cuales no se le renovó el contrato y se le negó el pago de una indemnización. Al sentenciar el asunto¹⁴, la Corte sostuvo que “...asiste razón al apelante en cuanto demanda protección constitucional contra el despido arbitrario, pues el vínculo laboral que mantuvo con el Estado Nacional por el lapso de veintiún años no puede válidamente encuadrarse en el régimen de contratación aprobado por el decreto 4831/73”.

La sentencia de Ramos no admite lectura aislada, pues conforme declaró la Corte al sentenciar en la misma fecha el caso “Sánchez c. Auditoría General de la Nación”¹⁵, no todo mantenimiento de agentes mediante contrataciones por tiempo prolongado genera derecho a la indemnización por despido arbitrario. De allí que la doctrina del Tribunal sobre el punto surge comparando y no aislando ambos pronunciamientos suyos. La Corte hace notar la diferencia existente entre ambos casos, toda vez que Sánchez, si bien también había sido contratada y permaneció prestando sus servicios durante ocho años, lo fue en los términos de una normativa que autorizaba la incorporación de profesionales y técnicos para desempeñarse en programas de trabajo o proyectos especiales, un régimen en el cual el vínculo es transitorio y no importa una relación laboral con vocación de permanencia, y la actora no había logrado acreditar el desempeño de funciones impropias a aquellas para las que había sido contratada, esto es, conforme los términos de la sentencia “que la Auditoría General de la Nación contratante haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado”.

¹⁴ Fallos: 333: 34.

¹⁵ Fallos: 333: 335.

Tutela judicial efectiva para los derechos de los usuarios

La seguridad en el transporte

El 22/04/2008, la Corte declara procedente el recurso extraordinario interpuesto en base a la doctrina de la arbitrariedad contra la sentencia de una Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que rechazó la demanda interpuesta por una mujer por los daños sufridos como consecuencia del accidente que protagonizara al descender del vagón de una línea de subterráneos, en medio del tumulto de pasajeros que viajaban en dicho transporte público.

La sentencia del Alto Tribunal, en los autos “Ledesma, María Leonor c/Metrovías S.A.”¹⁶, invalida por contradictorio y defecto grave en la fundamentación normativa al pronunciamiento apelado. Lo hace con motivaciones del mayor interés por lo inculcable de la protección que brinda, además de al derecho a una sentencia razonablemente motivada, a los derechos del usuario.

En razón que, para decidir como lo hizo, la Cámara sostuvo, por un lado, que en el caso se hallaba en juego el deber genérico de seguridad que el prestatario asume –de acuerdo con el art. 184 del Código de Comercio– de velar por la integridad del pasajero, llevándolo sano y salvo a su destino, y que nadie puede ignorar que en diversos horarios durante el día la gente debe viajar en el subte en condiciones de espacio muy deficientes, empero, por el otro, que el hecho de que la actora introdujera el pie en el hueco existente entre el vagón y el andén solo podía obedecer a una “incorrecta maniobra” de la pasajera, la Corte principió sus consideraciones declarando que “dicho razonamiento del tribunal a quo revelaba un defecto grave de fundamentación que obliga a calificar como arbitraria a la sentencia en recurso”.

Añadió que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por tal no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”.

¹⁶ Fallos: 331: 819.

“Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercaderías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. Sería contrario a las costumbres y hasta absurdo que antes de subir exigiera información sobre las medidas de seguridad que tiene el vagón, o en los momentos previos al descenso interrogara al guarda, que tampoco suele estar presente, sobre los riesgos que existen en ese acto”.

“El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara que el consumidor se comportara como un contratante experto, que si exigiera pruebas e información antes de usar el servicio”.

“Por estas razones, cabe concluir que en la sentencia atacada se aplicó un criterio de interpretación de la diligencia contrario a la protección constitucional de la seguridad de los consumidores y usuarios”.

Sobre la misma materia versa la sentencia de la Corte dictada el 09/03/2010 en el caso “Uriarte Martínez, Héctor Víctor c/Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros” (Fallos: 333: 203). En esta causa, otra Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió rechazar la demanda de indemnización de

daños emergentes de un accidente ferroviario, ocurrido en circunstancias que el menor damnificado, hallándose en el furgón de un tren en movimiento, fue agredido por dos sujetos desconocidos que intimándoles con una navaja le sustrajeron la campera para luego arrojarlo fuera de la formación, cayendo al costado de la vías a raíz de lo cual sufrió serias lesiones. Para así decidir, el tribunal de alzada sostuvo que si bien existe un deber de seguridad a cargo del transportista, en el caso correspondía eximir a la demandada de responsabilidad porque, según consideró, los hechos delictivos constituyen una causa ajena al transporte y encuadran en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, que produce la ruptura del nexo causal.

La mayoría del Alto Tribunal juzgó de arbitrario dicho pronunciamiento y lo descalificó. Apoyándose en la doctrina de Fallos: 331: 819, le reprochó haber prescindido de la aplicación de la ley vigente, pues no analizó debidamente el caso a la luz de la Ley Fundamental que otorga protección constitucional a la seguridad de los consumidores y usuarios.

Interpretación de la ley a favor del usuario de un servicio público

CSJN, “Aguas Argentinas SA c/E.T.O.S.S.”, 10 /03/ 2009; Fallos: 332: 2009. “Cuando el artículo 35 del régimen tarifario prevé una comunicación que la concesionaria debe dirigir al usuario que desague a conductos pluviales para que modifique su situación y realice el desague en los conductos cloacales, es precisamente mediante esa comunicación que la concesionaria debe advertir al usuario su obligación de cambiar la situación en que se encuentra, y si, eventualmente, éste no la modificara en el plazo fijado a tal efecto, aquélla podría cobrar el referido “adicional” y el usuario podría ser merecedor de las penalidades que correspondieran, pudiendo afirmarse que el efectivo cumplimiento de tal comunicación o “intimación”, comporta un presupuesto necesario tanto para ejercer el derecho a facturar el adicional, cuanto para imponer las penalidades en caso de que el usuario no modifique su situación” .

Los procesos seriados en jaque: un hito en la jurisprudencia de la Corte sobre legitimación activa en la defensa de derechos de incidencia colectiva.

“La acción de amparo interpuesta por un abogado en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión puede llevarse a cabo, cabe calificarse como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, pues tal intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad y pone en riesgo el “secreto profesional” que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar, dado que su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses, sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados”- CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. s/amparo¹⁷”.

CIERRE

Actualmente, es notorio el rendimiento del recurso extraordinario federal para la tutela por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del acceso efectivo a la jurisdicción de los más vulnerables. Exhibe especial preocupación para cubrir con su manto protector a los niños, los enfermos, los discapacitados, los ancianos, los trabajadores, los usuarios y consumidores.

En su momento sirvió al valor *justicia*, y sus señeros principios deben seguir siendo resguardados por el Superior Tribunal o Corte Provincial de cada causa. Así el Máximo Tribunal argentino

¹⁷ Fallos: 332: 111

lo viene exigiendo desde la sentencia dictada en la causa “Strada”¹⁸ (8/04/1986) hasta el presente

En el hogaño, el recurso extraordinario federal se exhibe como preciosa herramienta al servicio de los valores *solidaridad* y *justicia social*.

¹⁸ Fallos: 308: 490.

Dignidad Humana

MAG. ALEJANDRO MARTÍN AVALOS VALDEZ (PARAGUAY)

Introducción

El desarrollo del objeto de este trabajo de investigación abarca básicamente las respuestas a las siguientes preguntas: ¿En qué concepto cabría la dignidad humana? ¿En el de Valor, Principio, Regla, Derecho, Garantía, Idea, etc.?, y ¿Cuándo nace? ¿Cuál es su origen?

I. Concepto, alcance y definición

Respecto a la primera pregunta, sostengo que la dignidad humana no podría definirse como valor, principio, regla o derecho, pues ella engloba a todas, es innata al hombre, absoluta, plena, inalienable e irrenunciable; o, como diría J. Habermas: “constituye la ‘fuente’ moral de la que todos los derechos fundamentales obtienen su sustancia”.

No admite un concepto de duda o de “núcleo central”, no se puede entender leve o parcialmente a la “dignidad humana”, como tampoco se puede estar “levemente embarazada” o aceptar el “ilícito legal”. Entonces, ¿dónde y cómo la ubicaríamos, dentro del mundo de las ideas o de las cosas?

Obviamente, en el “mundo de las ideas” y como un “*ius naturalismo*”, esbozado por el cerebro más robusto de la humanidad – Aristóteles –, quien en su concepto sobre la justicia dice de ella: ¿Qué es lo que los hombres tienen de iguales y de desiguales? De iguales: 1) La libertad, 2) *La dignidad*, 3) El decoro (o derecho a vivir dignamente). De desiguales: 1) Capacidad, 2) Ganas o voluntad, 3) Mérito.

El término Dignidad viene del latín, deriva de *dignitas*, *dignitatis* cuyo significado es valor personal, mérito, y esta raíz, proviene a su vez de la voz *dignus*, *digna*, *dignum* que significa digno, merecedor. La idea de “dignidad” como “merecedor” también puede observarse en la religión: “Señor, no soy digno de que entres en mi casa; pero una palabra tuya bastará para sanarme” (Evangélio según San Mateo 8,5-11).

En la *Roma clásica* el significado iba asociado a la palabra *dignitas*: el merecido prestigio de los hombres de Estado y de los funcionarios por los servicios prestados a la *res publica*. Era la distinción otorgada a unos pocos destacados “dignatarios” y *honoratores*; contrasta, naturalmente, con la dignidad que el Estado constitucional garantiza a todos los ciudadanos por igual. Concluimos prima facie la primera respuesta diciendo que la dignidad humana es la esencia inescindible e innata de todo ser humano que lo distingue de cualquier otro ser viviente (flora, fauna) por su carácter irrepetible e inalienable en otro ser.

II. Orígenes: antigüedad, edad media, edad moderna, contemporánea y actualidad

En cuanto a la segunda pregunta respecto a cuándo nace o tiene su origen, vale decir que nace con el hombre mismo y lo acompaña como la sombra al cuerpo. El Prof. D. Juan Iglesias, en su libro: *Arte del Derecho*, afirma que “la página más bella de la historia es la que habla de la larga y cruenta lucha por salvar la dignidad humana, la que es propia del hombre”.

La doctrina de Francisco De Vitoria hunde sus raíces en el principio o regla de la dignidad de la persona humana, así como el Padre Bartolomé de las Casas y el célebre dominico Fray Antonio de Montesinos en su famoso sermón “Sobre la defensa de los derechos de los indígenas en América”, y otros tantos iusnaturalistas que defendieron y desarrollaron ampliamente la “dignidad humana” muchos siglos antes de su incorporación a los textos constitucionales. Por otra parte, las universidades de Bolonia, Coimbra, Salamanca, Universidad Castilla-La Mancha (UCLM) y París sirvieron para profundizar y expandir los valores de la Dignidad, la Libertad y la Justicia.

2.1. Instrumentos normativos, declaraciones o convenios internacionales, constituciones

Siglos después, la lucha por la dignidad humana se constituyó en un presupuesto necesario del ordenamiento jurídico. Es un sísmógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden jurídico, forma, por así decir, el portal a través del cual el contenido igualitario y universalista de la moral es importado al derecho.

La idea de dignidad humana es la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igual de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que de la interacción entre estos pudo surgir, –en circunstancias históricas favorables– un orden político fundado en los Derechos Humanos.

En el dominio sobre la propia vida del ser más que del existir se encuentra la raíz de la dignidad de la persona pues –como decían las Partidas– la persona del hombre es la más noble del mundo, esa dignidad no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias y en ella se fundamentan los derechos del hombre como la libertad religiosa o la libertad de expresión.

Así aparece por primera vez en la Constitución Alemana de Weimar (1919), Art. 151: “Garantía de una existencia humanamente digna para todos”; y en el constitucionalismo moderno, sin establecer su verdadero alcance, definición o concepto jurídico dentro de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, inicia en su artículo 1 con la siguiente frase: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. También el preámbulo de la Declaración se refiere, a un tiempo, a la dignidad humana y a los derechos humanos al reafirmar la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana”.

En el mismo sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice: “La dignidad humana es inviolable”.

Cabe entender esto como la expresión de una *regla* que es vulnerada solo si el principio de la dignidad humana goza de prioridad sobre el principio en conflicto, por ejemplo sobre *la seguridad pública*, como en el caso de la cadena perpetua, esta construcción es posible debido a la textura semántica abierta del concepto de dignidad humana, que permite usar la ponderación como medio para interpretar este concepto.

El Concilio Vaticano II (1959) sostiene, en *Dignitatis Humanae*, que los actos internos voluntarios y libres en el ejercicio de la religión “no pueden ser mandados ni prohibidos por un poder meramente humano”. En la Encíclica *Pacem in Terris* (1963), el Papa Juan XXIII subrayó que “cada uno tiene el derecho de honrar a Dios siguiendo la norma justa de su Conciencia”.

La Constitución Española del año 1978 declaró que la Dignidad del Hombre es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. El art. 10.1 supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del ordenamiento jurídico español.

Como ha dicho Hernández Gil: “Si hay algo de esencial en ese derecho prefigurado por la naturaleza o encarnado en el hombre –que es el Derecho Natural– es la Dignidad de la persona, es erigir la dignidad en el centro de la protección jurídica de las personas. Lo que supone garantizar plena protección a cuantos derechos dimanen de la dignidad, estén o no reconocidos expresamente por la Constitución, e interpretar la normativa reguladora de los en ella reconocidos en el sentido extensivo necesario para comprender lo inherente a la dignidad, contrariamente como las corrientes positivistas interpretan el artículo 16 CE, para excluir el derecho a la objeción”.

En la actualidad, la dignidad humana también desempeña una función destacada en el discurso internacional sobre los derechos humanos y en la jurisprudencia. La inviolabilidad de la dignidad humana ocupó la atención del público alemán en el año 2006 cuando el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional la “Ley de seguridad aérea”, promulgada por el *Bundestag*. Al aprobarla, el Parlamento tenía presente el escenario creado tras el

11-S con el ataque terrorista a las Torres Gemelas en el World Trade Center.

En dicha ley se pretendía autorizar a las fuerzas armadas a que, en una situación semejante, pudieran derribar un avión de pasajeros que se hubiera convertido en un proyectil viviente, previniendo así la amenaza contra un número indeterminado aunque considerable de personas que se encontraran en tierra. Según la concepción del tribunal, sin embargo, la muerte de los pasajeros por órganos estatales constituiría un acto anticonstitucional.

La Corte argumentó que el deber del Estado de proteger la vida de las víctimas potenciales de un ataque terrorista era secundario frente al deber de respetar la dignidad humana de los pasajeros. “La manera en la que el Estado puede disponer unilateralmente de la vida de las personas a bordo del avión les niega el valor que conviene a todo ser humano por sí mismo”.

Es imposible no oír el eco del imperativo categórico kantiano en estas palabras del tribunal. El respeto a la dignidad humana de toda persona prohíbe que el Estado disponga de cualquier individuo simplemente como un medio para alcanzar otro fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas.

En el año 2008 se aprobaron las 100 reglas de Brasilia - Sobre el Acceso a la Justicia de Las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad: Regla (50): “Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación”.

En igual sentido, y reafirmando el reconocimiento expreso de la dignidad humana, la Constitución de la República Dominicana del año 2010, en su Art. 38, es la que mejor establece el concepto jurídico y alcance de la dignidad humana, en cuanto dice: “El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos”.

III. Paraguay: antecedentes remotos, revoluciones y proclama, constituciones nacionales

En cuanto a Paraguay, podemos decir que la lucha por la conquista de la “dignidad humana” se remonta *al año 1540* con el primer Grito Libertario en América en la lucha sostenida entre “iralistas” (Domingo Martínez de Irala) y “alvaristas” (Alvar Núñez Cabeza de Vaca).

Triunfantes los “iralistas”, se impone el principio de libre determinación de los pueblos indígenas, y se consagra la voluntad del “Común o pueblo” sobre la voluntad del Monarca español y, a su vez, se reafirma el carácter de persona o ser humano de los indígenas, coincidente con las nociones de *dignitas* y *persona*, a partir de las discusiones medievales sobre la condición del hombre creado a imagen y semejanza de Dios. Es así que la propia dignidad humana, que era puesta en duda respecto de aquellos que habitaban más allá de los confines hasta entonces conocidos por los europeos, inmersos en su pequeño universo ha sido reconocida plenamente.

En este contexto, sería famosa y definitiva la Homilía *Ego vox Clamantis in Deserto* que pronunció el tercer domingo de adviento de 1511 el P. Antonio Montesinos en la Iglesia de la Isla La Española (hoy Santo Domingo) pues provocaría un enorme revuelo y no menor escándalo entre los feligreses que lo escuchaban y que, corregida y aumentada, después volvió a pronunciar el domingo siguiente, día 21 de diciembre, cuando para ese día le había sido exigida a su superior una pública rectificación.

Esta vez, suscrita por los frailes dominicos que conformaban la comunidad misionera, volvería a tronar la voz del P. Montesinos en el púlpito tal y como, de manera tan directa y actual, nos hace llegar el relato escrito por el P. Bartolomé de las Casas que se hallaba presente: “¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tal cruel y horrible servidumbre a estos indios? –decía Montesinos– ¿Éstos no son hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estáis obligados a amarles como a vosotros mismos?”

La Homilía sonó como un aldabonazo y, sin entrar ahora a examinar las tristes consecuencias que tuvo para aquella comuni-

dad de dominicos, saltó los mares y propició, gracias a los constantes desvelos del intrépido Fray Bartolomé de las Casas, las famosas Leyes de Burgos de 1512 otorgadas por Fernando de Aragón, entonces Rey Regente de Castilla, y pocos años después la Bula *Sublimis Deus* del Papa Paulo III, inmortalizado por Tiziano, mediante la que se reconocía la dignidad de persona humana a los indios, hasta entonces claramente puesta en duda, aunque hoy nos pueda parecer inconcebible.

Posteriormente, con el avance del ius naturalismo, que define el *derecho natural* como el conjunto de derechos naturalmente poseídos por el hombre, entre ellos su propia dignidad, que la comunidad política no tiene que conceder sino reconocer como universalmente válidos. Entre los mayores exponentes y pensadores del derecho natural y de gentes encontramos a Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Suarez, Cicerón y los Estoicos.

Así, llegamos a la Revolución Comunera (1717/1735) de José de Antequera y Castro que deja encendida la llama sempiterna de la “dignidad humana”, el derecho natural y la libre determinación de los pueblos, según la cual hay y es accesible una determinación universal y racional de lo que es “justo por naturaleza” (en contraposición a lo dispuesto convencionalmente por la leyes humanas).

A este respecto, la exigencia y la aplicación de los derechos humanos han surgido de luchas violentas, en ocasiones de carácter revolucionario, por el reconocimiento.

Así, a través de dichos acontecimientos históricos, sociales y políticos arribamos al constitucionalismo moderno e incorporamos expresamente el concepto o garantía (según Alexy) de la “dignidad humana” en el preámbulo de la Constitución de 1967 que establece: “Los Representantes de la Nación Paraguaya..., consciente del deber de consagrar los derechos humanos... que garantiza la dignidad”; así como en el de la Constitución de 1992 que establece: “El Pueblo Paraguayo...reconociendo la dignidad humana ...”; y el artículo 1 “De la Forma del Estado y de Gobierno. La República del Paraguay..., fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

IV. Conclusiones: concepto jurídico y alcance

En conclusión, sostenemos y compartimos parcialmente con Robert Alexy al considerar la dignidad humana, de acuerdo con la concepción absoluta, como una norma que goza de prioridad sobre todas las demás normas en todos los casos.

Que goza de prioridad sobre todas las normas en todos los casos implica que la ponderación queda excluida.

El “peso abstracto” de la dignidad humana juega un papel central, pues por lo general (si se asume que la dignidad humana es el principio supremo del derecho) se considera mayor que el principio en conflicto. Este es uno de los rasgos de la dignidad humana de la que arranca una cierta tendencia hacia su “carácter absoluto”.

Las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva, son mandatos definitivos, su forma de aplicación es la subsunción. Los principios son mandatos de “optimización”, en cuanto tales, exigen “que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

Citando al referido Robert Alexy, el concepto de dignidad humana es un concepto altamente complejo que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos.

Hoy no se pone en tela de juicio la hegemonía global de los derechos humanos como discurso de la dignidad humana. Sin embargo, esa hegemonía convive con una realidad perturbadora: la gran mayoría de la población mundial no constituye el sujeto de los derechos humanos, sino más bien el objeto de los discursos sobre derechos humanos.

La cuestión es, en consecuencia, si los derechos humanos son eficaces en ayudar a las luchas de los excluidos, los explotados y los discriminados, o si, por el contrario, las hacen más difíciles. En otras palabras: ¿es la hegemonía de la que goza hoy el discurso de los derechos humanos el resultado de una victoria histórica, o más bien de una histórica derrota?

Con independencia de la respuesta que se dé a estos interrogantes, la verdad es que, puesto que son el discurso hegemónico de la dignidad humana, los derechos humanos son insoslayables.

Esto explica por qué los grupos sociales oprimidos no pueden por menos plantearse la siguiente pregunta: incluso si los derechos humanos forman parte de la propia hegemonía que consolida y legitima su opresión, ¿pueden utilizarse para subvertirla?

Dicho de otra manera: ¿podrían los derechos humanos utilizarse de un modo contrahegemónico? Y, en tal caso, ¿cómo? Estas dos preguntas conducen a otras dos. ¿Por qué hay tanto sufrimiento humano injusto que no se considera una violación de los derechos humanos? ¿Qué otros discursos de la dignidad humana existen en el mundo y en qué medida son compatibles con los discursos de los derechos humanos? En dicho sentido, Manuel Atienza, en su libro *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, cita a Dworkin: “[La justicia: o sea, que el Estado trate a aquellos que están bajo su dominio con la misma consideración y respeto] hace más fácil y más probable para cada uno de nosotros vivir bien una buena vida. Recuerde, además, que lo que está en juego va más allá de una vida. Sin dignidad, nuestras vidas son solo un breve destello. Pero si conseguimos vivir bien una buena vida, creamos algo más. Añadimos una nota a nuestra mortalidad. Hacemos de nuestras vidas minúsculos diamantes en las arenas del cosmos. De manera que, aunque Dworkin no lo diga aquí explícitamente, acabar con la prohibición de la eutanasia (pasiva y activa), reconocer a los individuos el derecho a morir, es uno de los aspectos de la justicia que puede ayudarnos a vivir bien”.

No obstante, existen innumerables casos de vulneración de la dignidad humana, tales como la persecución por razones raciales o religiosas, las condiciones degradantes en prisión, el fracaso en la protección contra los abusos sexuales, la exclusión total del acceso a la educación y una vida por debajo del mínimo vital, etc. Estas son condiciones bajo las cuales existe un alto grado de certeza normativa de que la dignidad humana gozará de prioridad sobre los principios en conflicto.

Finalmente, diría que la dignidad humana es la esencia de todas las garantías constitucionales, inescindible, absoluta, universal, plena, inalienable, irrenunciable, inviolable e innata a todo ser humano que lo distingue de cualquier otro ser viviente por su carácter irrepentible en otro ser.

Bibliografía

- Alexy R., *La Dignidad Humana y el juicio de proporcionalidad. Parlamento y Constitución*. Anuario Corte de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha N° 16. 2014, pp. 9-26.
- Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2da. Edición. 2014.
- Atienza, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Editorial Pasos Perdidos. 2013, pp. 151-152.
- Carbonell M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2007, pp. 71-119.
- Ciaramelli F., *Instituciones y normas*. Editorial Trotta. 2009, pp. 16-19.
- De Sousa Santos B., *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Editorial Trotta. 2014, pp. 9-24.
- Díaz-Pérez, V., *La revolución comunera del Paraguay*. Editorial Palma de Mallorca, 1973.
- Díaz Revorio, F. y Rebato Peño, M. (Dir.) *La Justicia constitucional en Iberoamericana; una perspectiva comparada*. Editorial Ubijus. 2016, 73-80.
- Dworkin R., *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. 2010, pp. 276-303.
- Dworkin R., *Una cuestión de principios*. Editores Siglo veintiuno. 2012, pp. 53-102.
- Gil Domínguez, A. (Dir.), *Muerte digna*, La Ley. 2013, pp. 125 y ss.
- González Navarro, F., *La dignidad del hombre y el acoso psíquico en el trabajo que se presta en una Administración Pública*, Editorial Thomson Reuters, España. 2009, pp. 180-222.
- Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/ Mínima Trotta. 2010, pp. 65-91.
- Habermas, J., *La Constitución de Europa*. Editorial Trotta. 2012, pp. 13-37.
- Lorenzetti, R., *El arte de hacer justicia*. Editorial Sudamericana. 2014, pp. 123-152.

- Prieto Sanchíz, L., Colección *Derecho Procesal de los Derechos -2-*. *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*. Editorial Ubi-jus. 2014, pp. 50-80, 87-107.

La dignidad humana

JUAN MARCELINO GONZÁLEZ GARCETE¹ (PARAGUAY)

¹ Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas, ambas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Invitado (cuadro permanente) de la Facultad de Derecho de la UNAM (México), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España), de la Universidad Católica de Bogotá (Colombia), entre otros. Miembro de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Miembro extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

I. Presentación del Tema

En el presente trabajo abordaré brevemente la evolución del concepto de la *dignidad humana* hasta ser “absorbido” por el derecho como un principio jurídico, y por el constitucionalismo moderno como un derecho humano fundamental.

Si bien es cierto, el tema es ampliamente complejo, que puede ser abordado desde distintos enfoques –a saber: (i) origen y evolución de la dignidad humana; (ii) La dignidad humana en las constituciones y en la jurisprudencia de diferentes países; (iii) La dignidad humana en el discurso trasnacional; (iv) La influencia del pensamiento kantiano; (v) el contenido mínimo de la idea de dignidad, etc.

Sin embargo, por las cuestiones propias de estos trabajos, en donde debemos ser breves, enfocaré este tema –sin profundizarlo– en tres ejes temáticos: *primero*, en la evolución del concepto de dignidad; *segundo*, la dignidad humana en los tratados internacionales; *tercero*, los argumentos contrarios al uso de la dignidad humana como un concepto jurídico; y, por último, la dignidad como principio jurídico.

Es dable recalcar que en la Carta Magna de Paraguay², el mismo se encuentra expresamente consagrado en el preámbulo, en los siguientes términos: “El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia”.

II. Evolución histórica del concepto de «dignidad humana»

En ese sentido se tiene que en una línea de desarrollo que se remonta a la antigua Roma, atraviesa la Edad Media y llega hasta el surgimiento del Estado liberal, la dignidad –*dignitas*– era un concepto asociado al estatus personal de algunos individuos o a la prominencia de determinadas instituciones.³

² Sancionado el 20 de junio de 1992.

³ Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires. Paidós. 1984

Ergo, con un *estatus personal*, la dignidad representaba la posición política o social derivada primariamente de la titularidad de determinadas funciones públicas, así como del reconocimiento general de logros personales o de integridad moral.

Sin embargo dicho término fue utilizado también para calificar ciertas instituciones, como la persona del soberano, la corona o el Estado, en referencia a la supremacía de sus poderes.

En cada caso se tiene que la dignidad derivada un deber general de *respeto, honor y deferencia*, debido a aquellos individuos e instituciones merecedores de dichas distinciones, un deber cuyo incumplimiento podía ser sancionado como medidas civiles y penales.

Hasta el final del siglo XVIII, la dignidad aún no estaba relacionada con los derechos humanos. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estaba entrelazada con cargos y posiciones públicas; en Estados Unidos, las referencias a la dignidad en los Artículos Federalistas, verbi-gracia, se referían a cargos, al gobierno o a la nación como un todo.

Por lo tanto, en la cultura occidental, empezando con los romanos y llegando hasta el siglo XVIII, el primer sentido atribuido a la dignidad –como categorización de los individuos– estaba asociado a un estatus superior, una posición o clase social más alta.

Como se percibe, la dignidad en sentido *premoderno* presuponía una sociedad jerarquizada, en la cual la desigualdad entre diferentes categorías de individuos era parte constitutiva de los arreglos institucionales.

En general –podríamos concebir que– la dignidad era *equivalente* a la nobleza, la cual implicaba un tratamiento especial, derechos exclusivos y privilegios. Sobre esas premisas, no parece correcto entender la idea contemporánea de dignidad humana como un desarrollo histórico del concepto romano de *dignitas hominis*.

Incorporada en documentos internacionales, tratados y constituciones como la base para un orden nacional e internacional fundamentado en la libertad y la igualdad –muchos añadirían la solidaridad–, no parece posible, en modo alguno, asociar ambas ideas en una relación lineal de sucesión.

La noción actual de dignidad humana no sustituye a la antigua, pues es producto de una historia diferente, que corrió paralela a la narrativa antes presentada. Debe quedar claro, sin embargo, que el entendimiento actual de dignidad humana posee orígenes religiosos y filosóficos que se remontan muchos siglos atrás. Este entendimiento es quizá casi tan antiguo como el anterior.⁴

La dignidad humana, como es actualmente comprendida, se mueve sobre el presupuesto de que cada ser humano posee un *valor intrínseco* y disfruta de una posición especial en el universo.

Diversas religiones, teorías y concepciones filosóficas buscan justificar esa visión metafísica. El largo desarrollo de la comprensión contemporánea de la dignidad humana se inició con el pensamiento clásico y tiene como marcos la tradición judaico-cristiana, la Ilustración y el periodo inmediatamente posterior al final de la Segunda Guerra Mundial.

Desde una perspectiva religiosa, el monoteísmo hebraico ha sido considerado como el punto inicial: la unidad de la raza humana es el corolario natural de la unidad divina.

Las ideas centrales que están en el núcleo de la dignidad humana pueden ser encontradas en el Antiguo Testamento, la Biblia Judaica: «Dios creó el ser humano a su propia imagen y semejanza» (Imago Dei)⁵ e impuso sobre cada persona el deber de amar a su prójimo como a sí mismo.

Esas máximas son repetidas en el Nuevo Testamento cristiano⁶. Debido a su influencia decisiva sobre la civilización occidental, muchos autores enfatizan el papel del cristianismo en la formación de aquello que vino a ser conocido como *dignidad humana*, y se encuentran en los Evangelios elementos de individualismo, igualdad y solidaridad que fueron fundamentales en el desarrollo contemporáneo de su alcance.

Es difícil exagerar el papel que el cristianismo en general, así como la Iglesia Católica y los reyes y filósofos católicos desempe-

⁴ Barcellos, Ana Paula De. A Eficacia Jurídica dos Princípios. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2º ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

⁵ Génesis 1:26 y 1:27.

⁶ Efesios 4:24 y Mateo 22:39

ñaron en la historia de la cultura europea, particularmente después del siglo IV.

No debe ser ignorado, sin embargo, que la Iglesia en sí, como institución humana, ha estado en desacuerdo con la dignidad humana en diversas ocasiones, por ejemplo, cuando estuvo de acuerdo con la esclavitud y con la persecución de los «herejes», como hasta los fieles más devotos reconocen. Después del Renacimiento, la lenta pero constante secularización de la sociedad redujo progresivamente la influencia temporal de la religión.

En relación con los orígenes filosóficos de la dignidad humana, el gran orador y estadista romano Marco Tulio Cicerón fue el primer autor en utilizar la expresión «dignidad del hombre», en el sentido que viene siendo explorado en la presente monografía.

El concepto surgió, por lo tanto, con contornos puramente filosóficos, derivados de la tradición política romana, sin connotación o conexión religiosa alguna.

Desde esa primera utilización ha sido asociado con la razón y con la capacidad de tomar libremente las decisiones morales.

A lo largo de la Edad Media, la dignidad humana estuvo entrelazada con la religión; en la civilización occidental, las tradiciones éticas y religiosas tradicionalmente se han superpuesto.

Fue solo en 1486, con Giovanni Pico, Conde de Mirandola, que cambió la *ratio pshilosophica*. Su famoso discurso *Oratio de Hominis Dignitate* (“Oración sobre la Dignidad del Hombre”) es considerado el manifiesto fundador del humanismo renacentista.

En este texto, Pico Della Mirandola justifica la importancia de la búsqueda humana por el conocimiento, trayendo al hombre y la razón al centro del mundo, en el umbral de la Edad Moderna.

No es una sorpresa, por lo tanto, que sus tesis hayan sido consideradas heréticas por el papa Inocencio VIII y, consecuentemente, prohibidas por la Inquisición. Otros pensadores hicieron contribuciones importantes al diseño de la idea moderna de dignidad humana, entre ellos el teólogo español Francisco de Vitoria, conocido por la firme defensa de los derechos de los indígenas contra la acción de los colonizadores en el Nuevo Mundo, y al filósofo alemán Samuel Pufendorf, un precursor de la Ilustración y

un pionero en la concepción secular de la dignidad humana, que fundó sobre la base de la libertad moral.

Si bien no se deben ignorar las contribuciones de los teóricos contractualistas como Hobbes, Locke y Rousseau –con sus importantes ideas de derecho natural, libertad y democracia, respectivamente–, es apenas con la ilustración que el concepto de dignidad humana empieza a ganar impulso.

Solo entonces la búsqueda de la razón, el conocimiento y la libertad fue capaz de romper la muralla del autoritarismo, la superstición y la ignorancia, que la manipulación de la fe y de la religión había construido en torno de las sociedades medievales.

Con la ilustración sobrevino la centralidad del hombre, al lado del individualismo, el liberalismo, el desarrollo de la ciencia, la tolerancia religiosa y el advenimiento de la cultura de los derechos individuales.

Todas estas ideas alimentaron las revoluciones liberales en Estados Unidos y en Francia. En su fase avanzada, la Ilustración produjo su representación más prominente, Kant, el celebrado y reverenciado autor de un complejo y sofisticado sistema de pensamiento, definió la Ilustración como la salida del ser humano de su autoimpuesta inmadurez.

Se concluye aquí, entonces, el breve esbozo de la trayectoria religiosa, filosófica, política y jurídica de la dignidad humana. Esta trayectoria marca el sentido contemporáneo de esta idea.

II. La dignidad humana en los tratados y en las jurisprudencias internacionales

Sería posible seguir mencionando precedentes de jurisdicciones de todo el mundo, como las de España, Portugal, Hungría, Argentina, Paraguay y México, entre muchos otros países.

Pero el punto ya quedó claro: la dignidad humana, consagrada expresamente o no al texto constitucional, se ha convertido en un instrumento argumentativo poderoso para tribunales constitucionales y cortes supremas de diferentes continentes.

El caso de los Estados Unidos será tratado en un acápite específico. Ahora se verificará cómo la dignidad humana se ha convertido en una idea omnipresente también en el derecho internacional.

De hecho, la dignidad humana ha sido preeminentemente insertada en el preámbulo o en el texto de una gran cantidad de declaraciones y tratados, algunos de ellos ya mencionados en el presente trabajo, incluyendo la Carta de la ONU (1945), la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (1979), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), la Convención contra la Tortura y Otros Tratamientos Crueles, Deshumanos o Degradantes (1984), la Convención de Derechos del Niño (1989), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), y la Carta Árabe de Derechos Humanos (2004), entre otros.

Muchos de estos documentos son aplicados directamente por Cortes Internacionales, tales como Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Europea de Justicia (CEJ), el tribunal de mayor rango en la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, ha utilizado el concepto de dignidad humana para fundamentar sus decisiones en una variada selección de casos.

En una demanda de anulación de una directriz relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, la CEJ afirmó, invocando la dignidad humana, que ni el cuerpo humano ni ninguno de sus elementos pueden constituir invenciones patentables, que la presunción de inocencia y la protección del sigilo profesional exigen “respeto a la reputación y a la dignidad” de los individuos involucrados, y que el empleador viola el deber de respetar la dignidad al despedir a un empleado debido a una cirugía de cambio de sexo.⁷

⁷ Case 13/94. P v S and Cornwall cc, 1996 E.C.R. I-2143

Una discusión compleja sobre la dignidad humana en el derecho europeo se dio en el caso Omega. El litigio involucraba la prohibición por parte de las autoridades alemanas de Bonn de una instalación conocida como “Laserdrome”, usada para juegos que simulan actos de homicidio, con el disparo sobre blancos humanos mediante un rayo laser.

Una empresa británica suministraba el equipo para el juego, cuya explotación pretendía adelantar una empresa alemana mediante un acuerdo de franquicia. El acuerdo estaba listo para la firma. Un tribunal alemán refrendó la prohibición sosteniendo que el “juego de la muerte” era una afrenta a la dignidad humana.

La cuestión sometida al CEJ era si las disposiciones sobre la libertad de prestar servicios y el libre movimiento de mercancías, contenidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, habían sido violadas.

La Corte consideró que Alemania podía tener un sistema de protección de la dignidad humana diferente del adoptado en otro Estado miembro, y que no era necesario que los Estados miembros compartieran las mismas concepciones de un determinado valor o derecho fundamental.

En otras palabras, la dignidad humana podría tener diferentes significados y alcances dentro de las jurisdicciones domésticas de la Unión Europea.

La Corte Europea de Derechos Humanos (CEJ), con sede en Estrasburgo, fue instituido para aplicar la Convención Europea sobre Derechos Humanos (1950). Aunque la Convención no incorpore expresamente el concepto de dignidad humana en su texto, la CEJ ha empleado frecuentemente la dignidad humana como un importante elemento en su interpretación del documento.

En el conocido caso Tyrer⁸, la CEDH consideró que la decisión proferida por un tribunal de menores del Reino Unido de someter a una menor de quince años de edad a castigos corporales (“tres azotes de vara”) violaba el artículo 3 de la Convención sobre Derechos Humanos. A pesar de que el castigo no redundará en efec-

⁸ Tyrer v. the United Kingdom, 26 Eur. Ct. H.R. (1978)

tos “graves o de larga duración”, “constituía una agresión a (...) la dignidad de la persona y la integridad física”.

Para apoyar esa conclusión, la Corte aludió, en particular, al hecho de que la joven “fuese tratada como un objeto en poder de las autoridades”⁹

A lo largo de las décadas siguientes, la Corte Europea consideró que la dignidad producía efectos en casos como el de un hombre que tardó nueve años en obtener el divorcio debido a innumerables acusaciones infundadas en relación con su salud mental; en el rechazo de la inmunidad conyugal para la acusación de estupro; en el uso de la fuerza excesiva contra un prisionero; en relación con las condiciones de vida o de detención degradantes; en la persecución penal de la conducta homosexual privada y consentida entre adultos; y el caso en que el Reino Unido no permitió legalmente el cambio de sexo a un transexual, en contra de su derecho a la intimidad.

En 1997, sin embargo, la Corte Europea acogió una decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido según la cual el consentimiento no era una defensa válida contra acusaciones de lesiones y agresiones penales ocurridas en el contexto de participación voluntaria en actividades sadomasoquistas realizadas en un contexto privado.

La Corte Europea observó que “la protección de la vida privada significa la protección de la intimidad y de la dignidad de la persona, no la protección de su degradación o la promoción de la inmoralidad criminal”¹⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución autónoma de la Organización de los Estados Americanos, cuyo objetivo es la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte IDH también ha citado la dignidad en muchas ocasiones, con respecto, por ejemplo, a la violencia psicológica, sexual y física contra reclusos de una cárcel peruana (Miguel Castro-Cas-

⁹ Tyrer v. the United Kingdom, 26 Eur. Ct. H.R. (1978)

¹⁰ Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom, 29 Eur. Ct. H.R. 120 (1997)

tro vs. Perú); al confinamiento solitario y otras formas de encarcelamiento en condiciones inhumanas, a desapariciones forzosas y ejecuciones extrajudiciales.

La Corte IDH ha observado también que la dignidad desempeña un papel no solo en la caracterización del daño causado por violaciones a los derechos humanos, sino también en la responsabilidad del Estado en la reparación del daño.

Y es así porque una violación de los derechos humanos hiere “la dignidad y el respeto debidos a cada ser humano (...) [L]a punición de quien llevó a cabo el acto restablece la dignidad y la autoestima de la víctima (...) y de la comunidad”.¹¹

En 1999, la Corte IDH considero que el derecho fundamental a la vida “no solo incluye el derecho de cada ser humano a no ser privado de su vida arbitrariamente, sino también el derecho a acceder a las condiciones que garantizan una existencia digna”.¹²

A finales de 2010, la Corte IDH decidió que crímenes contra la humanidad perpetrados por la dictadura en Brasil (asesinato, tortura y desaparición forzada de personas), de 1964 hasta 1985, debían ser investigados judicialmente y castigados. Esta decisión invalidó la Ley de Amnistía que fue promulgada por el Congreso y refrenda por el Supremo Tribunal Federal.¹³

III. Argumentos contrarios al uso de la dignidad humana como un concepto jurídico

Diversos autores se han opuesto al uso de la dignidad humana en el derecho de una forma insólita. Uno de los argumentos contrarios al uso de la dignidad es de naturaleza formal: la dignidad humana no está presente en el texto de las constituciones de muchos países; los dos ejemplos más conocidos son Francia y Estados Unidos.

Por ello, algunos sostienen que no sería legítimo que las cortes importaran –o contrabandearan– la dignidad humana en la inter-

¹¹ Bulacio vs. Argentina. Series 100 (2003)

¹² Caso de los “Niños de la Calle vs. Guatemala”. Series N° 77 (1999)

¹³ Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil. 24 de noviembre de 2010.

pretación constitucional. En una crítica al uso de la dignidad humana por el juez Brennan, el historiador del derecho de Harvard, Raoul Berger, escribió que “el respeto por la dignidad humana claramente salió de la nada”.

Fiel al textualismo como su filosofía de interpretación constitucional, el juez Antonin Scalia ha rechazado la legitimidad del uso de la dignidad humana como un concepto jurídico, porque “ella no es mencionada en el texto de la Constitución de Estados Unidos”.

En Francia, Hennette-Vauchez ha escrito diversos artículos y fue coautor de un libro que estigmatizaba la idea de dignidad humana como un rescate de concepciones iusnaturalistas del derecho y usaba a los juristas a actuar como anticuados “oráculos del derecho”.

En Estados Unidos, algunos autores han expresado fuertes críticas al uso de la dignidad humana en el derecho constitucional, basados en el argumento de que ese no es un concepto enraizado en la tradición americana.

Neomi Rao, por ejemplo, ha escrito que ese concepto marcadamente europeo podría debilitar el constitucionalismo estadounidense que se base en derechos individuales y no en valores comunitarios.

Después de reconocer que el ascenso de la idea de la dignidad humana en Europa fue una reacción contra los horrores de la Alemania Nazi, RAO declara que mucho de su significado es extraído de “un compromiso con el Estado social”, con un “aspecto socialista” reflejado en la defensa de la inclusión de derechos positivos en la Constitución.

Ella concluye que “la dignidad humana es un receptáculo verbal que contiene las preferencias y los compromisos ideológicos de la política europea moderna”.

De la misma forma, James Q. Whitman, después de observar adecuadamente que “europeos y americanos comprenden la intimidad de modo diferente”, hace un afirmación altamente controversial sobre el origen de la dignidad en Europa, a saber, que ella “experimentó un significado desarrollo bajo la marca del fas-

cismo”, y que “las instituciones contemporáneas alemanas sobre la dignidad tienen una historia nazi”.¹⁴

El argumento central de Whitman es que el derecho a la intimidad en Estados Unidos está vinculado al valor de la libertad, mientras que en Europa está orientado en dirección a la dignidad, entendida como honor personal.

En conclusión declara que “las perspectivas para la protección, en nombre de la dignidad, del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo son, se puede afirmar, remotas”, y que “la protección de la dignidad de las personas es completamente extraña a la tradición americana”.

La tercera y última crítica a ser abordada aquí denuncia la ausencia de un significado suficientemente específico y sustantivo de la dignidad humana y su subsecuente abuso, en especial en el campo de la bioética.

Aunque ninguno de ellos sea irrelevante, todos los cuestionamientos anteriores sobre la importancia del concepto de la dignidad humana pueden ser confrontados y superados. En cuanto a la objeción textualista, es suficiente recordar que todas las constituciones traen valores e ideas que subyacen e inspiran sus disposiciones, incluso sin ninguna discusión textual expresa.

En la Constitución de Estados Unidos, por ejemplo, no hay mención a la democracia, al Estado de Derecho y al control de constitucionalidad, y a pesar de ello todos esos conceptos son omnipresentes en la teoría jurídica y en las jurisprudencias americanas.

IV. La dignidad humana como un principio jurídico

La dignidad humana tiene su cuna secular en la filosofía, ámbito en el que pensadores innovadores como Cicerón, Pico Della Mirandola e Immanuel Kant construyeron ideas como el antropocentrismo (una visión del mundo que reserva al ser humano

¹⁴ The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=ohlj>

un lugar y un papel centrales en el universo), el valor intrínseco de cada persona y la capacidad individual de tener acceso a la razón, de hacer escogencias morales y determinar su propio destino.

Por sus raíces en la ética y en la filosofía moral, la dignidad humana es, en primer lugar, un valor, un concepto vinculado a la moralidad, al bien, a la conducta correcta y a la vida buena. A lo largo del siglo XX, principalmente en el periodo después de la Segunda Guerra Mundial, la idea de dignidad humana fue incorporada al discurso político de las potencias que vencieron en el conflicto y se convirtió en una meta política, un fin a ser alcanzado por instituciones nacionales e internacionales.

No es difícil percibir, en ese contexto, la doble dimensión de la dignidad humana: una interna, expresada en el valor intrínseco o propio de cada individuo; otra externa, que representa sus derechos, aspiraciones y responsabilidades, así como los correlativos deberes de terceros.

La primera dimensión es por sí misma inviolable; el valor intrínseco del individuo no se pierde en ninguna circunstancia; la segunda puede sufrir restricciones y distinciones.

En un primer momento, la protección y la promoción de la dignidad humana fueron consideradas tareas exclusivas de los poderes políticos del Estado, es decir, de los poderes ejecutivo y legislativo.

No tomó mucho tiempo para que esas metas políticas y valores morales inscriptos en la dignidad migraran al derecho. Una razón obvia para esa migración fue el hecho de que la dignidad humana hubiera sido consagrada en diversos documentos y tratados internacionales, así como en muchas constitucionales nacionales.

Pero el ascenso de la dignidad humana como un concepto jurídico, en los dos lados del Atlántico, fue consecuencia de un cambio fundamental en el pensamiento jurídico, que se volvió más visible y concreto después de la Segunda Guerra.

De hecho, cuando los dos pilares del pensamiento jurídico clásico –la summa divisio entre el derecho público y derecho privado y la creencia en el formalismo y en el razonamiento puramente

deductivo– empezaron a decaer, la interpretación jurídica hizo un movimiento decisivo en dirección a la filosofía moral y política.

Esto es particularmente cierto en las decisiones que involucran casos difíciles, en que no hay soluciones claras y acabadas en el derecho positivo.

Estos casos implican lagunas, principios conflictivos, desacuerdos morales o ambigüedades. En ese nuevo ambiente post-positivista, en el cual la Constitución y los principios constitucionales, expresos o implícitos, desempeñan una función central, los jueces y las cortes frecuentemente necesitan recurrir a la moralidad política con la finalidad de aplicar los principios correctamente.

Esa tendencia se mostró particularmente evidente en Alemania y en otros países de la tradición del *civil law*, así como en otros países asociados al *common law*, como Canadá y Sudáfrica.

Además, como ya se demostró con anterioridad, ese también fue el caso, en alguna medida, de Estados Unidos. De hecho, “el ideal constitucional de la dignidad humana”, como es presentado por el juez Willian Brennan, ha estado firmemente presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde la década de 1940, además de figurar en el centro de la producción académica de algunos de los filósofos del derecho y constitucionalistas más prominentes de las últimas décadas.

De todo lo dicho queda claro que la dignidad humana es un concepto multifacético, que está presente en la religión, en la filosofía, en la política y en el derecho.

Hay un consenso razonable en que ella constituye un valor fundamental subyacente a las democracias constitucionales de modo general, incluso cuando no está expresamente prevista en sus constituciones.

V. A modo de cierre

Como se vio, la dignidad, en una línea de desarrollo semántico que se remonta a la Antigüedad, era un concepto asociado a la idea de clase y jerarquía: el estatus de ciertas posiciones sociales y políticas.

La dignidad, entonces, estaba vinculada al honor y otorgaba a algunos individuos privilegios y tratamientos especiales. En ese sentido, la dignidad presuponía una sociedad estratificada y denotaba nobleza, aristocracia y la condición superior de algunas personas sobre otras.

A lo largo de los siglos, sin embargo, con el impulso de la religión, de la filosofía y de la política, una idea diferente de dignidad se fue desarrollando –la dignidad humana–, destinada a garantizar el mismo valor intrínseco a todos los seres humanos y el lugar especial ocupado por la humanidad en el universo.

Ese es el concepto explorado en este artículo, que está en el origen de los derechos humanos, particularmente de los derechos a la libertad y a la igualdad.

Esas ideas están ahora consolidadas en las democracias constitucionales y han cultivado aspiraciones más altas.

En algún lugar del futuro, con la dosis adecuada del idealismo y de determinación política, la dignidad humana se volverá fuente de un tratamiento especial y elevado destinado a todos los individuos: que cada quien disfrute del nivel máximo alcanzable de derechos, respeto y realización personal.

Todas las personas serán nobles. O mejor dicho, como en el lírico pasaje de *Les miserables*, “todo hombre será rey”. Y más adelante aún, como el deseo y la ambición son ilimitados, “los hombres querrán ser dioses”.

Esta tesis no supone verdad, es tan solo nuestro punto de vista. Sea bienvenido el debate.

**Los fallos "Fontev ecchia" y "Schiffrin" de la CSJN
Apuntes para ordenar el debate**

CARLOS D. LUQUE* (ARGENTINA)

*Profesor de Derecho Constitucional – Universidad Nacional del Nordeste - Argentina

Profesor de Derechos Humanos y Garantías – Universidad Gastón Da-chary - Argentina

I. Introducción

En esta breve presentación trataremos de hacer notar que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Fontevecchia”, sobre cómo se debe conducir ese tribunal ante una decisión de la Corte IDH, y “Schiffrin”, sobre cómo debe resolver el poder judicial ante una impugnación a una reforma de la Constitución Nacional, son dos de los fallos más trascendentes dictados en muchos años en nuestro país.

En base a esa sola afirmación haremos algunas afirmaciones sobre los mismos que mantengan el debate vivo por una cuestión fundamental: ninguno de los dos fallos son piezas jurídicas exquisitas, antes bien nos encontramos ante un primer fallo breve y conciso pero sin demasiada, no si necesaria, argumentación de fondo como “Fontevecchia”; y luego veremos también con la mencionada brevedad que nos imponen las normas eventuales el decisorio “Schiffrin”, que es una sentencia poco elaborada realmente, con algún error muy grueso en sus fundamentaciones y hasta con algún sesgo de torpeza para llegar al decisorio; esto último no porque creamos que algún miembro de la Corte pueda ser calificado de ese modo sino porque se revisa un precedente como “Fayt”, que podría no ser un paradigma de preciosismo jurídico pero estaba correctamente elaborado, con una ligereza extraña de la actual composición de la Corte aunque lo digamos de manera simplemente potencial.

II. Breve mención a Fontevecchia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió a través de una sentencia un pedido de informes que le remitió el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación sobre el caso “Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina”, que decidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2011 y lo hizo con un cambio de dirección, está claro, en su doctrina “convencional” y para algunos (los más quizá) además incurriendo en un debilitamiento cuasi

definitivo de la fuerza normativa de los derechos humanos en nuestro país, creemos que esto no es así y buscaremos aquí demostrarlo con sensatez constitucional, equilibrio y brevedad.

El fallo es bastante simple para su lectura e interesante en sus decisorios (hasta histórico, han dicho), no digo que sea favorable o no del todo, porque lógicamente esto dependerá de los casos futuros, el parate que le puso aquí la Corte a la denominada desde 1994 a esta parte por el propio Rosatti “ultra-convencionalidad”.

La coyuntura seguramente va a servir o va a ayudar para tratar de bajarle los decibeles a doctrina que está mezclando todo sin darse cuenta que simplemente, aunque con derivaciones importantes y opinables todas, en el fondo se está fallando sobre un expediente judicial.

Podríamos comenzar a dar nuestra opinión y decir que el fallo en principio y en general es algo erróneo, y en particular, para el expediente, algo acertado.

Nos explicamos con lo ya dicho en su oportunidad por Horacio Rosatti a partir de dos cuestiones discutidas a su vez en la Convención Constituyente reformadora de 1994, es así que no es históricamente cierto que la expresión “en las condiciones de su vigencia” –en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos– haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a “con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes”.¹

En definitiva (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994) vemos que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es, dice Rosatti (podría ser decimos nosotros), inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22) y 118 de la C.N.²; aquí calza de modo tremendo la bellísima cita de Joaquín

¹ Rosatti, Horacio; *El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, lunes 13 de febrero de 2012.

V. González que hace en el fallo la Corte refiriéndose al art. 27 de la Constitución Nacional.

Realmente muy debatible todo, sin embargo hay algunos extremos que también encontramos muy valiosos:

No es para el voto mayoritario de la CSJN, ni desobedecer ni desconocer el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos o, más simplemente, la autoridad que además tiene jerarquía constitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino simplemente en este caso resolver que dicho tribunal no puede revocar una condena nacional, abundando dice el considerando 6º) del voto mayoritario: "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)". Entonces, como vemos, "el convencionalismo", y con él el denominado "control de convencionalidad", creado por la propia doctrina de la Corte IDH allá por 2007, gozan de buena salud.

En correlación con el párrafo anterior la CSJN también afirma que la Corte IDH no constituye en absoluto una instancia superior para sus decisiones, o también una "cuarta instancia".

Como va repetido, la Corte Suprema resuelve principalmente aquí desligarse de que exista una instancia superior que pueda "revocar" sus sentencias, las mismas "se sustentan con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible dejarlos sin efecto – lo cual supone 'revocarlos'". (Considerando 6º del voto de Horacio Rosatti).

También veo bastante difícil la hipótesis donde entre en juego la mentada adecuación al direccionamiento convencional (art. 2 de la CADH), esto es la obligación de los Estados de adecuar el derecho interno y la imposibilidad de apelar a él para incumplir una obligación internacional adquirida en un tratado, como hizo Chile con su reformada Constitución de 2005, si el sistema interamericano lo resolviese hacia nuestro país por ejemplo, estos son algunos de los argumentos contra el denominado "ultra-convencionalismo".

² Idem.

Un breve párrafo para el análisis sobre el fallo que hace Gargarella en su prestigioso blog, donde corre todo el eje de la discusión hacia su interminable y muy preparada prédica dialógica. No estamos del todo de acuerdo, porque a sabiendas y con estándares del primer mundo le sube el nivel de escrutinio a nuestra sociedad que hoy, y en general, no tiene idea siquiera de que hablamos cuando nos referimos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

No obstante absolutamente todo lo dicho, el voto del juez Maqueda es la doctrina hoy mayoritaria en la República Argentina y nos parece y creemos que todavía está bien que así sea. Quedan en el tintero las críticas a las posturas de Highton una (¿ex?) convencionalista de la primera hora a quien le vino bárbaro el fallo, aún más que el decisorio sobre el propio amparo que presento para permanecer en el tribunal una vez que cumpla sus 75 años, y Lorenzetti.

Por lo demás, y también en nombre de la sensatez nombrada, de la cordura y de la prudencia habrá que esperar, como se dijo al principio, si la Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue en este camino de disimilitudes o las va ordenando como todos que-rríamos.

III. Schiffrin o la capacidad de destrozar un precedente respetable

Aquí lo primero que hay para mencionar es que podría haber esgrimido la Corte si fallaba como finalmente lo hizo, esto es revisando el precedente “Fayt” para luego ver qué fue lo que argumentó.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en mayoría conformada por tres votos concurrentes, en el caso “Schiffrin” revisó y sustituyó el estándar del control de constitucionalidad de una reforma constitucional que desarrolló la Corte con otra composición en el precedente “Fayt”³.

En el recordado caso “Fayt” la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar la nulidad, sanción prevista por la ley

³ CS, Fallos 322:1616.

preconstituyente, de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99 inciso 4 párrafo tercero por considerar que la Convención Constituyente se había extralimitado en las facultades establecidas por el poder preconstituyente, por cuanto no estaba previsto en la ley 24.309 que declaro la necesidad de la reforma de 1994 que pudiera modificarse el carácter vitalicio del cargo de los jueces.

Un primer problema a resolver: ¿puede un poder constituido revisar una reforma constitucional?

La respuesta es que los cuatro votos, los tres mayoritarios de Lorenzetti, Maqueda y Rosatti y la disidencia de Carlos Rosenkrantz de manera coincidente y/o similar, mantuvieron el estándar expuesto en el caso "Fayt" sobre la procedencia del control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

Por ende, el caso "Schiffin" consolidó la facultad del Poder Judicial de revisar mediante el control de constitucionalidad de una reforma constitucional⁴.

La supuesta ¿invalidez? de la ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma constitucional de 1994.

Aquí pensamos que existe un grueso error en la doctrina que dice que la ley 24.309 fue "inválida". La Convención con base en la mencionada ley funcionó y reformó la Constitución Nacional en 1994, más legitimidad constitucional que esa no podría haberse dado a la ley preconstituyente.

Otra cuestión no menor es si los jueces Maqueda y Rosatti deberían haber votado en este expediente, quizá al ser ambos exconvencionales constituyentes de 1994 deberían haberse excusado porque la decisión en Schiffin sobre la validez de la norma que los jueces votantes en su momento ya habían habilitado no es una cuestión accesoria que deriva de dicha norma constitucional.

El juez Maqueda por su parte se despacha en estos términos: En efecto, es claro que cuando los jueces en el caso 'Fayt' resolvieron nulificar una norma de la Constitución Nacional trastornaron la

⁴ Gil Domínguez, Andrés; El caso "Schiffin" y el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, publicado en underconstitutional.blogspot.com.ar el jueves 30 de marzo de 2017.

unidad y la coherencia de su texto y si esta grave decisión promueve de por sí una lectura desacertada del poder de los jueces en nuestro sistema representativo, mucho más desafortunada asoma al proyectarse los resultados nocivos que cabría derivar de una interpretación expansiva de su doctrina. Llanamente, aplicar la sentencia 'Fayt' implica poner en duda la validez de todos los derechos y las XXXXXXXX no fueron expresa y explícitamente precisados en la ley 24.309, lo cual -es evidente- impacta de lleno en la idea fundacional de supremacía constitucional al desconocer la tarea de la Convención Reformadora.

Así, la hermenéutica que postula ese pronunciamiento pondría en tela de juicio -es decir que resultarían cuestionables-:

a) Las trascendentes cláusulas que en defensa del orden constitucional y del sistema democrático fueron incluidas en el artículo 36 del texto reformado, con fundamento en el artículo 3º, punto j de la ley 24.309 ("Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional")

b) En particular, el criterio lleva a la inquietante conclusión de dejar sin fundamento a la inclusión del quinto párrafo del artículo 36 según el cual atentará "contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos". En los términos que ofrece el precedente "Fayt", cabe preguntarse de qué forma resultaría admisible haber incorporado al orden constitucional argentino esta previsión referida a la ejemplaridad y a la ética que debe requerirse de los funcionarios públicos.

c) También resultaría cuestionable, a la luz del erróneo criterio sentado en el precedente "Fayt", la modificación del régimen de competencias nacionales y provinciales que apareja el reconocimiento a la Nación de la potestad de dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección en materia ambiental (artículo 41), ya que la norma habilitante escuetamente se titulaba "k. preservación del medio ambiente".

d) Iguales consideraciones podrían formularse respecto de la incorporación como proceso constitucional de la acción de habeas data

junto al habeas corpus y la acción de amparo (art. 43) en el marco del punto habilitante "n. consagración expresa del habeas corpus y del amparo".

e) Con la lectura que propone el precedente "Fayt" igualmente caería la regla que en ese mismo artículo 43 protege el secreto de las fuentes de información de los periodistas.

f) En la misma incertidumbre quedarían las trascendentes previsiones que reconocen a los pueblos indígenas argentinos la personería jurídica y la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras (artículo 75, inciso 17) incorporadas con fundamento en el punto 11. Adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

Asimismo, la irrazonable postulación del precedente mencionado también arrojaría dudas respecto de:

g) La incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y las consecuencias que de ello se deriva en materia de supremacía constitucional (artículos 30, 31 Y 75 inciso 22).

h) Las leyes para regular las formas (artículo 75, inciso 12) que del Congreso Nacional pueda dictar acceso a la nacionalidad argentina.

i) Las acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad que innegablemente supusieron una ampliación de derechos y garantías (artículo 75, inciso 23), todos ellos incorporados en el marco del punto "e. actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente de la Constitución Nacional

j) La incorporación del Ministerio Público encabezado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación (artículo 120) habilitado por el punto "g. Ministerio Público como órgano extrapoder.

k) La habilitación a las provincias y al Congreso Federal para crear regiones para el desarrollo económico y social (artículo 124).

l) El reconocimiento a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (artículo 124) en el punto "a. Fortalecimiento del régimen federal".

m) Finalmente, el razonamiento propuesto en la sentencia “Fayt” podría ser utilizado hasta para convalidar la anulación de la cláusula transitoria primera en cuanto establece que “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional”, reforma habilitada en el marco del punto l. “Institutos para la integración y jerarquía de los tratados Internacionales”.⁵

El juez Maqueda, según lo que dice en este considerando de su voto concurrente, ¿pensaba desde la sentencia “Fayt” que prácticamente toda la reforma quedaba invalidada por dicho decisorio?

A su vez Lorenzetti afirma:

“Que, en lo relativo al control sustancial sobre las reformas aprobadas por la Convención Constituyente, corresponde examinar si el límite de 75 años de edad para la inamovilidad de los jueces federales, incorporado por la reforma, afectó alguno de los principios fundantes del Estado de Derecho que integran el contenido pétreo de nuestra Ley Fundamental; y, en particular, si vulneró el principio de la independencia judicial, constituye uno de los pilares básicos del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional.”⁶

En cuanto a este comentario de Lorenzetti, no interesa aclarar que la solución de la teoría de los contenidos pétreos es un tema que se enseña en el segundo año del grado universitario y está más que claro que no existen contenidos normativos pétreos en nuestra Constitución. Bidart Campos defendía la existencia de algunos contenidos pétreos pero lo hacía en base a considerar que su imposibilidad de abolición (pero si de reforma) provenía de la fisonomía de una determinada estructura social y que si esta cambiaba el “contenido pétreo” dejaba de serlo.⁷

Tanto Maqueda como Rosatti retroceden el escrutinio de revisión de una reforma constitucional por un poder constituido al precedente “Soria de Guerrero” de 1963 que preveía dos fundamentos principales:

⁵ Voto del Juez Maqueda, considerando 41.

⁶ Voto del Juez Lorenzetti, considerando 21.

-La reforma constitucional no es una cuestión política justiciable.

-Extraordinariamente lo sería: "en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley"⁸

Otro punto en el cual reparar es en la "deferencia democrática" que le asignan a la Convención Constituyente de 1994.

En este particular, denominado "punto complementario" por Sagües, la decisión de una convención constituyente y la soberanía del pueblo se confundirían.

En el considerando que se repite en los tres votos de la mayoría, y que afortunadamente da validez a la sentencia (repetimos: 27 del Juez Lorenzetti, 47 del Juez Maqueda y 25 del Juez Rosatti), su punto g) afirma que lo decidido por la asamblea constituyente significa la voluntad soberana del pueblo.

Tal tesis no surge del art. 30 de la CN. Además, que una convención haya sido electa por el pueblo no implica necesariamente que ese pueblo (en concreto, con más precisión, la mayoría del mismo) comparta íntegramente lo decidido después por aquélla. Eso es un dato cuya respuesta la dará la sociología política y jurídica: puede ser que la mayoría de la comunidad adhiera a lo resuelto, o que lo haga en parte sí y en parte no, o que incluso no tenga opinión cierta sobre algunos tramos de lo reformado. La tesis *vox asamblea, vox populi*, en resumen, vale en el orden de las realidades si efectivamente tenemos encuestas o consultas que refrenden tal hipótesis. En cuanto al tema de la limitación por razones de edad del período de desempeño de los jueces federales, un asunto que no figuraba expresamente en la convocatoria a reforma constitucional, francamente resulta arriesgado afirmar que lo aprobado por la convención era realmente la voluntad del pueblo. No tenemos datos serios sobre ello, en un sentido o en otro.⁹

⁷ Bidart Campos, Germán J. Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo I-A, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000, p. 485.

⁸ CS, Fallos: 256:556.

El voto de Carlos Rosenkrantz con una alta dosis de objetividad jurídica y para nosotros en calidad de buena doctrina, dice:

“La declaración de necesidad de reforma referida a un artículo determinado, por otro lado, no es una licencia para introducir en él cualesquiera contenidos, sino solamente una autorización para que la convención modifique, del modo en que estime conveniente, las mismas cuestiones que el artículo ya regulaba.

En consecuencia, la habilitación de la reforma del artículo 86, inciso (5 solo podía entenderse como permitiendo modificar el procedimiento de designación de los jueces de la Nación mas nunca como un permiso para alterar la duración de su mandato pues esta cuestión, como quedó dicho precedentemente, no se en-contraba prevista en el artículo 86, inciso (5 sino en el artículo 96 de la Constitución (hoy art. 110 C.N.).

Debe enfatizarse aquí que permitir que la convención regule cuestiones que antes no estaban contempladas por el artículo cuya reforma es habilitada sería de la máxima gravedad pues, por ese sencillo expediente, se liberaría a la convención de todos los reaseguros, controles y límites creados por la Constitución e impuestos por el Congreso. Así, se traicionaría el ponderado sistema de reforma ideado por nuestros constituyentes, convirtiéndolo en una “caja de Pandora” incapaz de prevenir que quienes resulten electos como convencionales ignoren los acuerdos previos necesarios para reformar la Constitución y conviertan en texto constitucional sus preferencias personales acerca del funcionamiento de los poderes del Estado o del contenido de los derechos individuales para cuya protección nuestra Constitución fue ideada”¹⁰.

“Las consideraciones que se han hecho precedentemente no son sino una exposición enriquecida y más desarrollada del fundamento central en que se apoyó esta Corte para pronunciarse en el ya recordado precedente ‘Fayt’: la Convención Reformadora de 1994 realizó una reforma que no había sido autorizada por el Congreso de la Na-

⁹ Sagúes, Néstor Pedro; La justiciabilidad de una reforma constitucional, AR/DOC/918/2017.

¹⁰ Voto del Juez Rozenkrantz, considerando 22.

*ción y, de ese modo, violó la Constitución Nacional. Aquella decisión fue la que debía tomar esta Corte y lo hizo, en lo medular, por la razón correcta. Se ajusta al texto de nuestra Constitución, a las normas y principios que ella consagra y sigue los métodos canónicos de su interpretación, definitorios de nuestra tradición constitucional. El precedente "Fayt" (Fallos: 322: 1616), por consiguiente, debe ser reafirmado."*¹¹

IV. Conclusión

Más que concluir, creemos que estamos empezando a debatir sobre un tema que estuvo pacíficamente quieto durante casi dos décadas y que tiene muchísimas más aristas que las aquí mencionadas.

Estamos de acuerdo con cualquier modificación que se pueda hacer a la "inamovilidad temporal absoluta", todo lo que tenga visos de vitalicio tiene resabios cuasi-monárquicos de hace poco más de doscientos años, pero todo aquello que pudiera hacerse en este particular dejamos en claro que deberá ser hecho a través de una reforma válida y legítima.

Esto último claramente no ocurrió con el impugnado párrafo tercero del inciso 4) del artículo 99 de la Constitución Nacional introducido por la convención reformadora de 1994.

¹¹ Voto del Juez Rosenkrantz, considerando 42.

Las variables contemporáneas del control de constitucionalidad y de convencionalidad

PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ* (PARAGUAY)

* Profesor catedrático de Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Secretario General de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal; Presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Conferencista internacional, autor de libros y artículos especializados.

E-mail villalbabernie@gmail.com

I. Advertencias previas

El derecho se va transformado continuamente, siendo la dinamicidad una de sus constantes. Así, en este tiempo, el Poder Judicial se ha convertido en un eslabón trascendente en la institucionalidad democrática, como elemento de consolidación de nuevos postulados jurídicos e incluso de nóveles paradigmas.

Desde un tiempo atrás, hay que advertir que la idea del constitucionalismo tradicional ha colapsado al no lograr dar respuestas a la dinámica constitucional atrapada en el movimiento huracanado de la sociedad. Es por ello que somos del criterio de que las cosas deben ser repensadas y ajustadas a estas bisoñas mutaciones que irradia la convulsionada realidad social.

En este contexto, invitar a replantear criterios con relación al control de constitucionalidad y su derivado el control de convencionalidad, especialmente para dar respuestas a quienes deben ejercerlo.

En el marco de influencia, no corresponde dejar de referenciar a la *constitucionalización* del orden jurídico, que al compás de las ideas de rescate en favor de otorgar trascendencia a la Constitución como norma rectora dando respuestas a los continuos avatares que presenta al derecho procesal, rescatando a Norma Fundamental como esencial para la construcción del orden jurídico, supone la superación de las ideas positivistas, arribando al post positivismo sobre la base de un Estado Social de Derecho.

Finalmente, como último aspecto, analizar la incidencia del *control de convencionalidad* cimentado a la luz de los fallos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que encaminan la necesidad de estructurar cambios de relevancia en el orden jurídico.

II. La humanización del proceso como objetivo principal

Al referirse a la humanización del proceso, figura el ingreso a un campo axiológico valorativo marcando el rumbo hacia una ten-

dencia social del derecho, lo que genera la necesidad de un marco normativo que proyecte la visión de tutelar a la persona por sobre todas las cosas.

En opinión de Sentís Melendo, el proceso es vida humana que se despoja de formalismos para ganar vitalidad¹, supone su perfeccionamiento para tornarlo más útil y no entorpecedor de la justicia, desmantelando los formalismos estériles², haciéndolo más confiable para el litigante. En definitiva, el derecho progresa en la medida que se humaniza³ y tiene como norte la dignidad de la persona.

En posicionar al hombre como centro del derecho gravita el principio cardinal hacia el cual debería converger el orden jurídico, es para el ciudadano común que se edifica el método de litigación, para viabilizar la vigencia de sus derechos que se regulan las normas jurídicas; es su “*modus vivendi*” el que sistematizamos; a tal punto llegan estas afirmaciones, que el derecho carecería de sentido alguno sin los hombres.

La justicia social debe llegar al compendio legal, pues el hombre común le teme a la ley, recela del proceso, se asusta de éstos, pero a su vez sigue creyendo en el derecho como su último consuelo.

Esta faceta de humanización, viene dictada y orientada desde los derechos humanos inherentes al hombre, no hay rama del derecho que no pueda ser actualizada desde la óptica de los derechos fundamentales, sobre todo si la intención figura establecer la justicia o no de las normas jurídicas.

Asistimos, aún en países de avanzada, a una crisis profunda y creciente de la juridicidad, llegando a admitir que la mayoría de

¹ Sentís Melendo, Santiago, *Humanización del proceso*, en Estudios de Derecho Procesal, año 1.967, citado por Berizonce.

² Berizonce, Roberto, *El Proceso Civil en Transformación*, p. 40, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 2008.

³ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 466, 3ra. edición póstuma, Editorial Depalma, Buenos Aires, Año 1.997. “...En un orden social injusto, la justicia solo se logra amparando a los débiles. Es esto, por supuesto, un problema de grados, que va desde un mínimo inicio hasta un máximo que puede también serlo en sentido opuesto. Pero el derecho que aspira a tutelar la persona humana, salvaguardando su dignidad, no solo no declina ni está en crisis, sino que se supera a sí mismo”.

los diseños jurídicos originados en los albores del siglo XIX respondían a una tradición jurídica moldeada en base a la protección de los derechos subjetivos, que tenían una clara orientación patrimonialista, en los que su máxima expresión era el amparo del derecho a la propiedad. Esbozaban una inclinación patrimonialista, por la concepción que tenían de la libertad, que desde la Revolución francesa estuvo orientada en la protección de lo patrimonial y del derecho de dominio, tolerando que los ordenamientos procesales tengan una injerencia decisiva de aquellos ideales neoliberales.

En contraposición, emergió en el siglo XX, como una conquista del constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales, sustentado en la idea del Estado Social de Derecho, ampliando un catálogo de derechos universales propios del hombre, como la libertad, el derecho a la vida, los derechos civiles (incluidos los de adquirir y disponer bienes), en reemplazo de la visión simplista anterior, reposicionando al ser humano como centro de la protección del derecho. Del mismo modo, idéntica visión está arraigada y es difundida desde el orden supranacional.

III. Contitucionalización

La Constitucionalización del orden jurídico supone un criterio de racionalización sobre lo Constitucional dejando de lado la superficialidad imperante, indagado como un nuevo marco teórico, no exento de polémicas por cierto. Como también comporta un criterio metodológico para comprender lo Constitucional, que primordialmente supera a la teoría, para justificar la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

Consiste en la marcha y resultado de la transformación del Derecho causado por la Constitución⁴, conllevando la idea de impregnación de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales⁵. La Consti-

⁴ García Figueroa, Alfonso, *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*, publ. en *Neoconstitucionalismo*, Edición de Miguel Carbonell, p. 163, Editorial Trotta, 2ª Edición, Madrid, España, Año 2005.

⁵ Guastini, Riccardo, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*, publ. en *Neoconstitucionalismo*, p. 49, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid España, Segunda Edición, Año 2005.

tución pasa a tener una visión unificadora, posicionándose como remedio a los efectos destructivos del orden jurídico, mediante una previsión de mayor rango, un derecho más alto⁶, de fuerza obligatoria incluso para el legislador, que debe condicionar su actuación a la misma. La premisa genera la noción, que más allá de la literalidad normativa, están los valores y los principios inmanentes consagrados en la Constitución que no merecen soslayarse.

Plantea que no hay problema jurídico que pueda evitar estar constitucionalizado, irradia la creencia indubitada que no pueda ser posible una esfera politizada separada o inmune a la influencia constitucional. Según Prieto Sanchís, “*no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado*”⁷, trasuntando que cualquier tipología jurídica desemboca en una argumentación de los derechos fundamentales⁸.

Sin dudas la constitucionalización retrata la imagen de que el orden jurídico se visualiza constitucionalizado, comporta que las normas de rango inferior tienen que estar acorde con los principios y valores formales y axiológicos de la Constitución⁹, pero no solo eso, sino que en cada casuística deben aplicarse programáticamente los principios y valores consagrados en la norma superior.

IV. La magistratura en los sistemas¹⁰

Cuando se invoca a los jueces, debe abordarse el recuento de la diferenciación entre los dos grandes sistemas, el *civil law* y el *com-*

⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, p. 39, Editorial Trotta, 6ª Edición, Madrid, España, Año 2005.

⁷ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, p. 213 y sgtes., publ. en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Dir. Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, España, Año 2007.

⁸ Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, p. 93, Bogotá, Colombia, Año 2009

⁹ Tamayo Jaramillo, Javier, *La decisión judicial*, T. I, p. 83, Editorial Díké, Medellín, Colombia, Año 2011.

¹⁰ Villalba Bernié, Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional: contenidos esenciales*, p. 167/195, Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, Año 2016. Donde se desarrolla con amplitud el temario

mon law, partiendo desde allí en pos de intentar comprender la situación actual, donde ha mudado literalmente su concepción original, siendo importante el análisis para dilucidar lo que acontece con la magistratura constitucional latinoamericana.

Ocurre que el Continente Americano fue un caldo de cultivo para las innovaciones del ámbito constitucional, donde a consecuencia de una deficiente teorización se instituyeron modelos constitucionales híbridos, mezcla de ambas concepciones empujando hacia un mar de confusiones.

Tanto el *civil law* como el *common law* tuvieron su génesis en circunstancias sociales, políticas y culturales totalmente diferentes, derivando que de ambas visiones del derecho se formaran tradiciones jurídicas distintivas, con institutos y fenómenos jurídicos propios de cada concepción.

La secuencia evolutiva que se fue presentando con el juez constitucional, obliga en estos tiempos a repensar conceptos que por décadas se han impuesto, para readecuarlos. “*Un texto sin contexto es un pretexto para no entender el texto*”, axioma transmitido por Duncan Kennedy que se ajusta a lo tratado.

Se avizoran nuevos paradigmas a ser comprendidos. No corresponde seguir ligados a preceptos tan básicos, como aquel planteando que sostiene que el juez no puede salirse de la ley, que la debe aplicar aunque sea injusta (axioma positivista), pues la sociedad actual ya no soporta estos postulados tan primitivos. Sabido resulta que la justicia no se agota en la legalidad, ante lo cual, como lo sostiene Zagrebelski, “el juez que es solo un escrupuloso observador pasivo de la ley, no es un buen juez”¹¹

Debe recordarse que el *civil law* forjado a partir de las banderas de la Revolución francesa (1879) conllevó la creación de un nuevo orden jurídico, un nuevo derecho que florecería a la luz del constitucionalismo francés, que levanta velas de una realidad histórica distinta al constitucionalismo inglés.

Ambos tuvieron en mira vencer al absolutismo, de hecho lo lograron, pero con distintos mecanismos. Cuando en Europa Con-

¹¹ Zagrebelski, Gustavo, *La exigencia de justicia*, p. 34, Editorial Trotta, Madrid, España, Año 2006.

tinental (Francia) se trató de sustituir al poder absoluto del juez reemplazándolo por otro Poder absoluto, la Asamblea Soberana o Parlamento, en Inglaterra, en cambio, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey, los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento¹². Lo que derivó que en Francia el absolutismo se erradicara por la sumisión del soberano a la ley, dando mayor trascendencia al Parlamento; en cambio en Inglaterra, fue un criterio de contención al arbitrio real.

4.1. *La Revolución Francesa*

La Revolución Francesa comprendió que para concretar sus fines la vigencia de la ley era imprescindible, para lo cual otorgaron inmensos poderes al Parlamento, sometiendo a los jueces a la supremacía parlamentaria. Es aquí donde nace el Juez como “*bouche de la loi*” (juez boca de la ley), que solo debía aplicarla y no interpretarla, pues esa tarea estaba reservada al Parlamento. La idea básica consistía en amarrar al juez al texto de la ley, impidiendo su facultad interpretativa.

¿Por qué se llega en Francia a esta situación límite? Ocurría que antes de la Revolución Francesa, el Poder Judicial de aquel país conformada parte de la clase aristocrática francesa representando a la oligarquía, eran los brazos ejecutores del Rey, sometiendo a las clases menos privilegiadas, es decir, la toga al servicio de la clase gobernante. Solo basta recordar que en aquellos tiempos los cargos judiciales eran comprados o heredados¹³, ante lo cual no era difícil presagiar que aquellos jueces solo aplicaban la ley en beneficio de la clase aristocrática o, lo que es lo mismo, se negaban a aplicar la legislación que fuese contraria a los intereses de sus benefactores, reprimiendo las ideas progresistas de las clases obreras, manteniendo el *status quo* de predominancia del linaje oligárquico.

¹² Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes Obligatorios*, p. 50, Editorial Palestra, Lima Perú, 2013, citando ideas de Zagrebelsky.

¹³ *Idem* anterior, p. 55. “Suponía que el cargo de magistrado debería ser usufructuado como si fuese una propiedad particular capaz de rendir frutos personales.”

El grado de tensión incontrolable que derivó en la Revolución Francesa, hizo que no solo se busque el derrocamiento de la monarquía, sino también de sus personeros principales, donde los jueces proyectaban una imagen en consonancia con los intereses aristocráticos. No solo versó sobre hacer caer a la monarquía, sino a todo lo que representaba el poder de la realeza francesa, donde los jueces eran parte vital de aquel engranaje.

El foco revolucionario afectó principalmente a la Realeza y a los jueces, los que en su mayoría fueron martirizados, los que se salvaron fueron destituidos. Los revolucionarios enfatizaron las ideas de un nuevo derecho, una nueva sociedad donde el Parlamento tendría un papel fundamental, aceptando la visión de Montesquieu¹⁴ de la separación de poderes, pero donde el Poder Judicial debía estar subordinado al Parlamento, institución que representaba los intereses del pueblo.

De acuerdo a Montesquieu, el deber de juzgar era simplemente la aplicación literal de la ley, el empleo del texto exacto de la ley, sin un poder creativo o de *imperium*, un juez que debía ser solamente la *bouche de la loi*, un juez pasivo. Por ello es que afirmamos que el Poder Judicial, en el origen revolucionario francés, no era técnicamente un “Poder”, sino un mero administrador de normas jurídicas al carecer de una *nulla* potestad interpretativa, no poseyendo una verdadera potestad de juzgar o cuanto menos limitado a lo reglado por el legislativo. El juez como la boca que pronuncia las sentencias en el sentido exacto del texto de la ley, sin apartarse jamás de la literalidad de la misma.

¹⁴ Es interesante referir a la bibliografía de Montesquieu, quien nació en Charles-Louis de Secondat justamente de una familia de magistrados, cargo que ejerció por herencia de su tío, desempeñándose como *President a mortier* en el *Parlament de Bourdeaux*, sin dejarse seducir por las facilidades de su cargo y posición social. Renunció a su cargo de juez y tuvo la audacia de denunciar las relaciones irregulares de los jueces con el poder, fue allí que idealizó su teoría de división de poderes.

4.2. El derecho inglés

En el *common law* la innovación fungió diferente, también hubieron grandes disputas buscando superar las anomalías del absolutismo monárquico inglés, pero con diferente tónica. La *Bill of Rights* de 1689, tuvo como característica el sometimiento del monarca a la ley. Guillermo de Orange fue obligado a ajustarse a la ley para acceder al trono mediante un acuerdo entre éste y el Parlamento. En aquella normativa, destacaba entre sus principios fundamentales la protección de la persona humana y las garantías procesales en favor de la libertad política, pero fundamentalmente demostraba la sumisión del Soberano a la ley.

Podría decirse que sin dudas la Revolución Inglesa también venció al absolutismo incluso antes que la revolución Francesa, pero en Inglaterra no tuvo las consecuencias de aquella, porque el Parlamento no asumió otro poder absoluto, como ocurrió en Francia, sino que la monarquía siguió vigente, imponiendo el acatamiento de la Ley, estando obligado a respetar los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses.

No se planteó un nuevo derecho, sino el mejoramiento del derecho ancestral inglés, que no promovía repulsión alguna, sino que simplemente lo mejoraron. En este contexto el juez era visualizado como un amigo del pueblo, porque de hecho fueron los jueces los que pusieron límites al soberano. El juez inglés no fue sometido a la Ley, mediante sus poderes se le otorgaba la potestad de controlar los actos legislativos, es decir, incluso el Parlamento era sumiso a los designios de los jueces ingleses.

Muestra que el *common law* apostó y confió en el Poder Judicial, mientras el *civil law* esclavizaba a los jueces al Parlamento¹⁵. En Inglaterra, los jueces fueron la garantía de control de la aplicación del derecho, obligaba tanto al Parlamento como al Soberano a su sujeción.

Las ideas de superación del *ius naturalismo* racionalista por el positivismo tuvo efectos dispares en ambos sistemas, apuntalando concepciones antagónicas de *juge bouche de la loi* (juez boca

¹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes ...*, ob cit., p. 53

de la ley) en Francia, y de *judge make law* (juez legislador) en Inglaterra.

En el *common law* nunca se pensó en engrillar al juez a un Código, permitiendo que el juez prosiguiera con la tradición de poder interpretar la ley, ello porque en Inglaterra el juez constituía en parte de una casta preocupada por proteger al individuo y en poner frenos a los abusos de poder, que propició la superación del feudalismo. Los jueces colaboraron con la superación de las diferencias, es por ello que estos no fueron el objetivo de la Revolución inglesa (más calma y negociada), como tampoco lo fueron de la Revolución Americana, tal como sí se diera en Francia.

4.3. Revolución Americana

Por la relevancia histórica que ha tenido en el orbe jurídico, debe analizarse también la Revolución Americana, dando origen al Constitucionalismo de Estados Unidos, sin el ánimo de volver a hacer un recuento histórico, simplemente a los efectos de poner a consideración un par de cuestiones de trascendencia.

El constitucionalismo americano, al igual que el inglés, construyó sus cimientos sobre la base de una gran apuesta en favor del Poder Judicial, con una confianza en los jueces. En un primer momento con un apoyo medido, pero luego se va imponiendo paulatinamente.

A partir del caso *Marbury vs Madison* se crea la doctrina del control de constitucionalidad, refrendando que el Poder Judicial se convierta en un verdadero “Poder”, hasta esa sentencia no es que no se diera un control de constitucionalidad, sino que los fallos de la Corte Suprema Americana solo se habían atrevido a proclamar la inconstitucionalidad de leyes estatales, afectando a los distintos Estados pero sin un carácter general.

En cambio con *Marbury vs Madison* por primera vez se declaró la inconstitucionalidad de una Ley Federal emanada del Congreso de los Estados Unidos, el Poder Judicial actuando como verdadero poder imponía límites a otro Poder (Legislativo) del Estado, a un igual. Mediante esta decisoria se denota el verdadero

imperium del Poder Judicial, que en adelante fue visto como un igual ante el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, reviendo la postura inicial de Montesquieu que no idealizó al Judicial como un Poder, sino como un mero administrador de justicia, sin facultad de interpretar y declarar la nulidad de lo resuelto por otro poder del Estado.

Tanto el control de constitucionalidad, como la visión del Poder Judicial en igualdad de posicionamiento con los otros poderes del Estado, surgieron en el Derecho Americano.

4.4. *Visión kelseniana*

Mucho tiempo después del modelo francés, se origina en Austria el denominado “Modelo Kelseniano” de control de constitucionalidad concentrado a cargo de un Tribunal Constitucional.

Al modelo constitucional difuso de los americanos del norte, los europeos le opusieron el modelo de control concentrado en un tribunal constitucional. Los norteamericanos construyeron su sistema alrededor del caso judicial, encomendando la tarea del control de constitucionalidad a los jueces, reservando la última decisión a la Corte Suprema. En cambio, los europeos prefirieron concentrar la tarea en tribunales creados para el efecto o bien dotando al Tribunal Superior del país la potestad de resolver cuestiones constitucionales. Han tenido un desarrollo paralelo, en andariveles distintos:

El sistema norteamericano, en un control caso por caso sin efectos derogatorios sobre la ley cuestionada; el europeo, asintiendo la derogación formal de la ley constitucional.

El sistema norteamericano, en un control posterior aplicado a la casuística; el europeo, con matices, pero caracterizado por un control previo y abstracto.

El control norteamericano es incidental ejercido en el curso del proceso; el europeo, asume un rol más específico, una función jurisdiccional autónoma, aplicada por órganos especiales, tratando de dar respuesta a un proceso autónomo de constitucionalidad, con efecto *erga omnes* de ser necesario.

Efecto para el caso concreto en el norteamericano; efecto *erga omnes* en el europeo.

El modelo europeo tuvo como un primer ejemplo válido a la Constitución Checoslovaca de Febrero 1920 (meses antes a la austríaca), que fue un modelo puro de control concentrado, pero paradójicamente el Tribunal Constitucional checoslovaco no llegó a ejercer jurisdicción alguna, no conociéndose fallos jurisprudenciales del mismo en su corta duración de 18 años.

Por eso, adquiere gran relevancia el modelo austríaco, al punto de considerarse que en Austria se origina el control de constitucionalidad concentrado. Fue a consecuencia de la Constitución Austriaca de Octubre 1.920, donde se crea el Tribunal Constitucional, comenzando a tener predicamento esta idea, al facultarle el control de las leyes de la federación.

Luego de lo ocurrido en Austria, se concentró gran parte del debate constitucional sobre la protección de la Constitución, consagrándose la rigidez constitucional que se presentaba como elemento insustituible del mecanismo de protección.

Es aquí donde cobra relevancia la figura del Hans Kelsen, verdadero ideólogo del constitucionalismo universal, introduciendo un sistema de jurisdicción concentrado de constitucionalidad de las leyes, cuya característica principal giraba en torno a un único tribunal que de forma concentrada controlaba la constitucionalidad de las leyes. No solo fue el creador intelectual del método concentrado sino su más notorio teórico.

Había nacido en Praga en 1881, antigua Checoslovaquia, hoy capital de la República Checa, adoptando la ciudadanía austríaca luego de que sus padres le hayan llevado a vivir a Viena cuando Checoslovaquia se separa del Imperio Austro Húngaro. Se desempeñó como profesor en Viena, Colonia, Ginebra y Praga, para en 1940 emigrar a Estados Unidos donde fallece en 1973 (Berkeley).

Fue integrante del Tribunal Constitucional Austríaco por varios años, y en 1928 realiza su trabajo doctrinario más emblemático denominado "*La garantie Jurisdictionnelle de la Constitución*", rompiendo el tabú que por entonces dominaba Europa de la supremacía parlamentaria, reemplazándola por la idea de Suprema-

cía constitucional que desde entonces se impone, con el paradigma de la famosa pirámide kelseniana al frente.

El sistema concentrado austríaco original sufrió dos modificaciones, la reforma de 1925 y en 1930 la segunda reforma, no obstante haber reacondicionando su perspectivación no cambiaría su esencia.

En resumen, el gran mérito de Kelsen fue haber instalado nuevamente el debate constitucional, luego de muchos años, con una fuerza inusual, imprimiéndole mayúscula intensidad debido a la actuación de los tribunales constitucionales que adquirieron un *status* especial.

V. Latinoamérica: una gran confusión

Cuando en el *common law* se apuesta a confiar en los jueces, el *civil law* no se origina en una confianza, sino en una gran desconfianza hacia los mismos. Quizás en estos temas que parecen insignificantes, como de su falta de comprensión, es que en Latinoamérica tengamos tantos inconvenientes para constituir un gran Poder Judicial que actué como referente indiscutido. Porque cuando se instituyeron las Constituciones, no fue clarificado el posicionamiento teórico adoptado, forjando un sistema híbrido, mezcla del constitucionalismo europeo afincado en la Revolución Francesa, como en postulados americanistas derivados especialmente de la Revolución Americana.

Entonces la tesis radica en desenredar si se instauró un sistema constitucional de confianza o desconfianza en los jueces, apreciando que la mayoría de las Constituciones latinoamericanas optaron por dar confianza a los jueces, pero basado en postulados del constitucionalismo europeo, una incoherencia sistémica.

Parece un contrasentido, que de hecho lo es, la conjunción *civil law*-confianza en los jueces, que supone una evidente asistematicidad, conduciendo en la praxis a la consolidación de un nuevo modelo híbrido o mixto, claramente Latinoamericano. Subyace que la inexactitud en la percepción de estas anomalías

asistémicas suscitaron la incesante búsqueda por hacer eficaz al sistema constitucional, arribando a la actualidad donde conviven el modelo concentrado y el difuso, provenientes del *civil law* y del *common law* respectivamente.

Basta recordar, que el modelo político de control de constitucionalidad francés, que en puridad no debería ser considerado un modelo de control de constitucionalidad al resultar todo lo contrario, no pudo ser sostenido en el tiempo ni en la mismísima Francia, encaminando a que estas irregularidades hayan sido ajustadas -no subsanadas- en la Constitución de 1958 y luego reacomodada nuevamente en el año 2008 con la reforma constitucional, sin apostar por un control jurisdiccional puro, pero morigerando el control parlamentario.

Resulta consabido que otro escenario se visualizó en el resto de Europa Continental, donde a través de la visión kelseniana se afinó el denominado control concentrado de constitucionalidad, a fines del siglo XIX, al reglar que debían ser jueces especializados los que controlaran y ejercieran dicha actividad. Fue el emerger de los tribunales constitucionales.

Nótese que en la misma Europa se generaron dos modelos, el político-francés y el jurisdiccional-austriaco (kelseniano), con la constante que ninguno apostó en dar confianza a los jueces, los que siguieron sin poder realizar el control de constitucionalidad, que en la hipótesis kelseniana estaba reservada a un Tribunal Constitucional especializado y concentrado. En ambos casos europeos se observa con notoriedad que ni el modelo político, ni el jurisdiccional, confiaron en el juez común para ejercer el testeado de constitucionalidad, lo que saltaba al tapete era una gran desconfianza hacia los jueces inferiores. Aunque podamos coincidir que en el caso austríaco, se expresa una confiabilidad pero reducida a un órgano especial y concentrado.

No ocurrió lo mismo en Inglaterra y en Estados Unidos, donde proliferó un sistema de control difuso de constitucionalidad de gran confianza en los jueces, al punto de afirmar que todos los jueces son constitucionales.

Sin vueltas, el sistema que tuvo mayor éxito en el control constitucional fue el que otorgó confianza a los jueces para esa tarea,

así la justicia constitucional tuvo un mayúsculo desarrollo en EEUU, donde los valores fundamentales fueron ejercidos por vía de un control difuso de constitucionalidad.

Entonces, tenemos por un lado aquellos países que entronizaron el sistema de desconfianza (sea por el modelo político o por la jurisdicción concentrada) tendiendo a perpetuar el principio de legalidad, por sobre la argumentación en principios; por el otro, los países que apostaron por el modelo de confianza en los jueces, como es el caso de los países anglosajones. Ante una idéntica problemática elaboraron soluciones distintas y absolutamente contrapuestas.

Interesa, en consecuencia, retratar como han incidido estas cuestiones en Latinoamérica, donde se produce una mezcla de conceptos, modelos y sistemas, quizás teniendo como antecedente la involución y orfandad teórica de estos lares, donde se asimiló en parte la desconfianza y en parte la confianza.

Veamos porque:

Una gran mayoría apostó por una predominancia hacia el control concentrado, pero sin erradicar el control difuso.

Se asimiló, a nivel constitucional, cuestiones teóricas del derecho americano, como del Europeo Continental, en una excentricidad teórica.

Se apostó a confiar en los jueces, pero sin confiar de modo absoluto.

Las confusiones en cuanto al análisis y aplicación del temario, en muchas ocasiones impidieron un avance en pos de una mejor protección de las garantías constitucionales.

VI. Secuencia evolutiva del Juez Constitucional

El transcurrir del tiempo y en especial los cambiantes vaivenes de la modernidad han obligado a una permanente evolución de la magistratura constitucional, atento a que las necesidades de antaño no son las mismas en la actualidad, donde la dinámica social obliga a un permanente replanteo avistando los defectos insolubles

de los modelos clásicos que deben ir acomodándose a los diseños de estos días, reformulando los enfoques tradicionales que han sucumbido.

El juez francés originado en la Revolución Francesa (*Civil Law*) debía resolver apegado a la norma ya prevista por el Parlamento limitándose a ser la boca de la ley (tal cual la concibió Montesquieu), rigiendo el principio de legalidad a ultranza, que impidió al magistrado interpretar la norma, debiendo aplicarla sin cuestionar si esta fuera justa o injusta. En cambio, el *common law* planteaba un juez de reglas abiertas y de conceptos indeterminados, adoptando la solución que le pareciera oportuna para el caso concreto, es decir, podía interpretar las normas o reglas adecuándola a la casuística a resolver.

Ambas dimensiones permitidas al juez permitieron que en el *common law* el juez siempre sea un juez constitucional adquiriendo magnitud el Derecho Constitucional, situación tan notoria en el derecho de Estados Unidos de América, adquiriendo una importancia singular.

Esta situación no se presentó en el *civil law*, donde el Derecho Constitucional si bien no perdió relevancia, se imaginaba como algo utópico, inalcanzable o cuanto menos de difícil concreción. De ahí que asumiera un rol protagónico el Proceso Civil, al amparo de las ideas transmitidas por el Estado Liberal clásico, vigorizaba a este mecanismo como el más indicado y relevante, esquema de litigación sustentada en el principio de la tipicidad de las formas procesales, donde predominaba la libertad de las partes por sobre el arbitrio judicial.

Por aquel entonces las formas del proceso eran vistas como “garantías de libertad”, ante lo cual era lógico que se limitara la función jurisdiccional y los poderes del juez, con una excesiva racionalización, así garantizar al litigante que el juez no pasaría los límites de estas formas procesales.

En este contexto, debido a que la idea liberal se traspoló a todos los ámbitos del derecho, se consideró que los jueces ordinarios siempre aplican la ley y que los jueces constitucionales deben interpretar la ley. Discurrieron de esta concepción como proble-

mas esenciales: en primer lugar, la problemática de establecer quiénes eran jueces constitucionales, muy escasos por cierto; en segundo lugar, que competencia tendrían los jueces constitucionales; y en tercer lugar, a que se consideraría proceso constitucional.

En un avance cualitativo a los inconvenientes referenciados, surge la visión kelseniana de un Tribunal Constitucional concentrado, que planteaba otra concepción superadora de la anterior pero sin dudas insuficiente o, cuanto menos, limitativa del control de constitucionalidad, que proliferó en gran parte de Europa Continental. Se trató de una visión donde repercutían las atribuciones específicas de los tribunales constitucionales, marcando un indicativo concreto de las facultades del órgano en la ley, no previéndose otras cuestiones.

La confusión entre lo difuso y lo concentrado proliferó en la mayoría de los países latinoamericanos por la falta de comprensión del modelo implementado.

La novel concepción se ha visto apuntalada con el emerger de la protección de los derechos humanos, que con la Convención Americana de Derechos Humanos al frente, y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos como propulsora jurisdiccional, ha socavado los cimientos de los órdenes jurídicos internos, rabiosamente legalistas, inspirando al surgimiento de un juez constitucional sobre la base de una argumentación sobre principios, en aplicación del control de convencionalidad que obliga a comenzar a elaborar una teoría de los precedentes obligatorios a la luz de los fallos de la instancia supranacional.

Permite concluir que el juez constitucional se acomodará a los tiempos modernos, interpretando la norma y concibiendo a los principios como piedra angular de su accionar, un juez abierto, alejado de aquel concebido únicamente para aplicar la ley.

VII. Modelos de jurisdicción constitucional

Corresponde exponer cuales son los distintos modelos de Magistratura Constitucional que se han formalizado en la jurisdicción

constitucional latinoamericana, fundamentalmente la verificación de cómo se evacúa técnicamente el control de constitucionalidad. De acuerdo al posicionamiento estructural desarrollado por el ordenamiento jurídico en particular, corroborar a quien se considera Juez Constitucional.

Las variables son cuantiosas, subrayando representar solo a las más significativas:

Corte Suprema Especializada: Algunos países han optado por asentar que las discusiones constitucionales se planteen únicamente ante Cortes Supremas especializadas, sin que sean esbozadas ante otros organismos jurisdiccionales. Es el caso de los sistemas concentrados, tal lo ocurrido con la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Uruguay y Honduras. Demás está decir, que no toleran el control difuso de Constitucionalidad.

Sin embargo, otros órdenes constitucionales consienten la existencia de una Corte Suprema especializada, pero además permiten el control difuso de constitucionalidad, significa esto que dichas Altas Cortes tienen función constitucional, pero integradas a un control más amplio aun ejercida por otros organismos. Estas situaciones se presentan en México, Brasil, Argentina y República Dominicana.

Tribunal Constitucional Autónomo: Otros países se han inclinado por la conformación de un Tribunal Constitucional Autónomo, por fuera del Poder Judicial, garantizando su autonomía constitucional e independencia. Es el caso Chile, Perú, Guatemala y Ecuador.

Tribunal Constitucional Subordinado: Consisten en Tribunales Constitucionales dentro del Poder Judicial, previendo la existencia de un Tribunal Constitucional independiente a la vez subordinado al Poder Judicial. Esta tipología se descubre reconocida con los Tribunales Constitucionales de Colombia y Bolivia.

Salas Constitucionales: Radica en el otorgamiento de la jurisdicción constitucional a salas específicas conformadas dentro de la Corte Suprema de Justicia, lo que implica la inexistencia de un Tribunal Constitucional propiamente. Es la situación de Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Paraguay, Venezuela y Honduras.

Jueces Constitucionales Ordinarios: En derivación del control difuso se estipula que son jueces constitucionales todos los jueces

del fuero ordinario, recalcando que cada uno de ellos puede ejercer el control de constitucionalidad, como se presenta en Estados Unidos, Canadá y Argentina.

VIII. Bloque de constitucionalidad

El Bloque de Constitucionalidad constituye un nuevo reto propiciado por la Constitucionalización, pasando a ser una herramienta útil para la interpretación y aplicación del Derecho Procesal Constitucional. Conlleva la formalización del control de constitucionalidad, pero sobrepasando a la Constitución, al involucrar al orden internacional como parte del Derecho positivo vigente.

La doctrina especializada más depurada refiere al Bloque de Constitucionalidad como un conjunto normativo que contiene normas, principios, postulados legales y garantías propias con rango constitucional, pero que materialmente están fuera del texto constitucional¹⁶.

Discurre entendido como un repertorio normativo contenido en disposiciones, principios o valores con características naturalmente constitucionales, pero que están ubicadas fuera del texto de la Constitución. Referencia al conjunto de normas que sin estar consagrados expresamente en la literalidad constitucional, hacen parte de ella, sea por decisión de un juez o por la disposición de la Carta Magna.

La principal consecuencia que acarrea esta doctrina deviene de mover los contornos de la literalidad normativa de la Constitución, para traspasarlas, asintiendo que solo el marco constitucional es insuficiente, permitiendo que otras normativas de igual rango sean aplicadas, como el caso del Pacto de San José de Costa Rica. Indudablemente acarrea la ruptura de viejos paradigmas,

¹⁶ Caldera Infante, Jesús Enrique, *“El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales: una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional”*, en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Volumen I, p. 223-255, VC Editores Ltda. y ACDP, Bogotá, Colombia, 2012.

que pierden vigencia, llevando a la obligatoriedad del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad por igual, en idénticas condiciones.

De allí que la idea de Bloque de Constitucionalidad tropiece, en un proceso de asimilación, con el pretexto que nada puede debilitar la Supremacía de la Constitución, al violentar el principio de rigidez de la misma, incluso aduciendo el peligro de la pérdida de sistematicidad del orden jurídico. Parte de una noción, una especie de mito errado, que cuando se refiere al derecho constitucional se aprecia limitado por las fronteras marcadas por el mismo texto constitucional sin poder salirse de su literalidad.

IX. Nuevos paradigmas del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad, como puede deducirse de la extensa descriptiva realizada, presenta múltiples alternativas, que con seguridad no se agotan en estas líneas, presentando contornos no analizados, pero que denotan a pesar de la multiplicidad de aspectos un objetivo común: la Supremacía Constitucional que conlleva la defensa del marco constitucional y la consolidación de las instituciones constitucionales.

Parangonando aquello de que todos los caminos conducen a Roma, en este ámbito todas las variables conducen a consolidar la Supremacía Constitucional en los órdenes jurídicos de los distintos países, los que presentan naturalmente sesgos y matices propios. Aun a pesar de la disparidad de criterios, emerge indudable la idea de apuntalar el orden constitucional como centro de la legalidad.

El Derecho Comparado muestra sistemas diferentes, entre los que sobresalen notoriamente el concentrado y el difuso, el primero afinado en Europa y el segundo de tinte norteamericano que gira en torno al caso judicial. Solo por citar a los modelos principales.

El sistema americano, soportado en arbotantes puntales como lo son: *i*) la legitimación para pedirla, que al estar involucrado en un caso concreto, fluye reservado a las partes; *ii*) una forma de

terminada de plantearlo; *iii*) el ámbito concreto donde se formula, en una causa judicial; y, *iv*) la resolución reservada a cualquier juez requerido; *v*) los efectos de la sentencia, en principio *inter partes*, gira en torno al caso judicial y solo depende de él.

Por el lado del sistema europeo, se identifican las características que se detallan: *i*) un proceso autónomo de constitucionalidad; *ii*) un órgano encargado de ejercerlo, generalmente en Tribunal Constitucional; *iii*) legitimación específica, no habilitada a particulares y reservada para funcionarios públicos o ciertos sujetos predeterminados; *iv*) decisión con efecto general “*erga omnes*”; y, *v*) enjuicia a la norma en sí misma atacada de inconstitucional.

Ahora bien, no se agotan las diferencias en estos dos modelos básicos, pues, como fuera referenciado, Latinoamérica se ha abierto a otros postulados mixtos, con anuencia concentrada y difusa a la vez. Mostrando una estela de acercamiento y fusión, sin representar compartimientos estancos, visualizando una tendencia hacia el rescate de lo mejor de ambos modelos, que a la sazón se van complementado en pos de la consolidación de la Supremacía Constitucional, objetivo común buscado por todas las formas del control de constitucionalidad. Parecería ser que Europa cada vez más denota vientos de cambio hacia la recepción del control difuso, y viceversa, América irradia una visión de aceptación del control concentrado.

No obstante lo antedicho, se percibe en las tendencias del control de constitucionalidad un acercamiento entre los modelos fundamentales -difuso y concentrado- visualizando puntos de encuentros para inclusive suponer la existencia de nuevos modelos, que en Latinoamérica se palpan desde el accionar de la Corte IDH, que impone un control de convencionalidad coincidente con el sistema difuso, que en algunos casos se opone al modelo de control del país y en otros no.

En resumen, la aproximación es cada vez más notoria, si bien cada uno de los modelos de control mantiene su posición original, los países han asimilado las tendencias favorables de ambos. Por nuestra parte, creemos que no se trata de asumir preferencia por alguna de ellas, no es el objetivo de esta investigación, eso sí, esta-

mos condicionados por la situación pragmática de receptividad en cada régimen jurídico. No obstante los grados de coincidencia son cada vez más significativos, perspectivando una posición ecléctica.

X. Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad

La constitucionalización trasunta también la incidencia del ámbito supranacional de los derechos humanos, mostrando que el tradicional concepto del *control de constitucionalidad* ha variado de eje, sin perder trascendencia, pero compartiendo escena con el control de convencionalidad.

La idea de *control de constitucionalidad* ha sido una visión unívoca y de aceptación común, oscilando sobre distintos posicionamientos que generaron cuanto menos el sostenimiento de dos escuelas clásicas, la americana (de control difuso) y la europea (de control concentrado), y por estos lares (Latinoamérica), podríamos agregar una tercera opción mixta, de control ambivalente concentrado y difuso a la vez.

El control de constitucionalidad se convierte así en la espina dorsal del mundo jurídico enarbolada por la Constitución. Todo el ejido legal gira en torno a esta idealización que no tiene una expresa consagración legislativa actuando como un orden implícito.

Referenciando al *control de constitucionalidad*, aflora con fuerza la idea de la Supremacía Constitucional, que comporta la obediencia debida a la Constitución como el orden superior del sistema de fuentes de un orden jurídico determinado. Dicho de otra manera, el sometimiento de todos los órganos del Estado y de los ciudadanos en particular a la Constitución, a la ley, siendo esta función ejercida mediante el Control de Constitucionalidad, que indica el marco general en el cual se desenvolverá el contexto jurídico y político.

En la otra escena se encuentra el “*control de convencionalidad*”, que constituye una noción puesta de moda en el Derecho Internacional a partir de la novedosa doctrina esbozada por la Corte

IDH en el año 2006 proferida en el caso “*Almonacid Arellano vs Chile*”, que si bien no fue el primer caso en el cual se cita¹⁷ a la terminología, se realiza una descriptiva funcional del concepto.

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

En forma específica, el “Control de Convencionalidad” alude a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el Pacto de derechos humanos, conllevando incluso la de inaplicar las normas que la contravengan. Técnicamente constituye un mandato realizado a los jueces nacionales, obligándoles a controlar en cada uno de sus fueros y materias la vigencia de la Convención. De hecho la Constitucionalización equivale a la humanización en el sentido que el derecho llega a ser caracterizado como un esfuerzo institucional para hacer triunfar a los derechos humanos¹⁸, el principio de convencionalidad pasa a ser el brazo ejecutor de esta idea básica.

Actúa en consonancia con el sistema de control de Constitucionalidad jurisdiccional difuso, donde todos los jueces de cualquier materia e instancia están obligados a efectuar el control de convencionalidad de las normas internacionales que son parte del orden interno (como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros documentos que integran el sistema de protección) debiendo aplicar las normativas de derechos humanos en prelación a las leyes positivas que no contengan dicha protección o, incluso, que se contrapongan a aquellas.

Las previsiones referenciadas en los párrafos anteriores, denotan la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir con

¹⁷Véase, Caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, 2001, donde se utiliza por vez primera el término control de convencionalidad; luego en caso *Tibi vs. Ecuador*, 2004; caso *López Álvarez vs. Honduras*, febrero 2006; Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, septiembre 2006.

¹⁸ Vigo, Rodolfo Luís, “*Constitucionalización y judicialización del derecho*”, ob. cit., p. 32.

el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole que fuere, siempre que requiera investigación mediante la viabilización de un modelo procesal.

Implica que el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad actuarán fusionados en pos de brindar una mejor protección, e incluso, la Convención deberá prevalecer por encima de la Constitución, cuando verse como una mejor garantía de los derechos humanos en aplicación del principio *pro-homine*.

XI. Convencionalidad

América Latina se muestra como el continente donde el Control de Convencionalidad ha adquirido un vuelo propio, desde nuestro particular punto de vista, a consecuencia de la carencia de marcos teóricos de referencia constitucional proyectados sobre una cosmovisión social peculiar denotando un cúmulo de violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales, de ahí la trascendencia adquirida por el organismo internacional que en cierta forma viene a suplir las deficiencias de tutela de los órdenes domésticos. En Europa, en cambio, no se han dado estas circunstancias por lo que la incidencia de los órganos internacionales de Derechos Humanos y de la doctrina del Control de convencionalidad no ha proliferado con la magnitud que se da en el continente americano, donde la característica es que si bien se apuntala el respeto de las garantías fundamentales se concreta por vía de la jurisdicción constitucional interna y no por el control de convencionalidad, que es mirado con cierto recelo. No obstante recalcar la gran trascendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el alto grado de cumplimiento de las sentencias por los Estados signatarios del Convenio Europeo, situación que contrasta con Latinoamérica.

Se esboza una idea particular de los motivos que desde nuestro punto de vista ha permitido el desarrollo de la convencionalidad en Latinoamérica, cuales son:

i) La carencia de una escuela jurídica filosófica propia latinoamericana o incluso de algún país en particular, notando que los distintos países deambulan en diferentes marcos teóricos referenciales, lo que ha permitido que ideológicamente el control de convencionalidad no tenga un componente de contrastación de teoría jurídica filosófica y de una escuela constitucional fuerte que impidan su desarrollo.

ii) También coadyuvan que hayan proliferado sistemáticas violaciones de derechos humanos y derechos fundamentales no protegidos en el orden interno.

iii) Ante lo cual el organismo internacional viene a suplir las deficiencias de tutela de los marcos domésticos, estableciendo cánones de derecho sustancial y procesal para el logro de su cometido.

La razón por la que el orden supranacional ha alcanzado tanta predominancia en los últimos tiempos deviene en respuesta a que los repertorios internos no dan protección suficiente a la persona humana, como también cuando surge legislada una eficiente protección, estas se aplican con interpretaciones disuasivas y erradas a fin de evitar el cumplimiento.

La exigencia del control de convencionalidad, que aun no ha pegado mucho por cierto, debe ser aplicada y tenida en cuenta. Sin embargo, debido a múltiples circunstancias y sucesos se ha viabilizado el debate sobre el relacionamiento de lo Supranacional y el orden interno. Ya no puede desconocerse el carácter supranacional, incluso plantea la perspectiva de un control de convencionalidad incisivo y determinante, mostrando las más de las veces que el orden internacional debe prevalecer y que las disposiciones inconventionales de la normativa local deben ser anuladas y expulsadas del orden jurídico.

Se cuestiona la verdadera Supremacía constitucional que ha dejado de ser tan Suprema, pues en uso de la Soberanía del Estado incorporado al texto constitucional, ha decidido voluntariamente ceder hacia la Supremacía de la Convención. Conlleva que al “*Corpus iuris*” Interamericano de Derechos Humanos, se le ha conce-

dido la condición de parámetro de convencionalidad¹⁹ y, al ser parte del orden jurídico vigente, con amplias posibilidades de ejercicio.

Un temario que en los últimos tiempos ha adquirido vuelo propio en la doctrina constitucional es la del precedente vinculante u obligatorio. Numerosas obras se han escrito sobre el precedente, en especial aquellos que tratan de explicitar como se abordaría una cuestión como la del precedente en ordenamientos constitucionales del *civil law*, una antinomia y dispersión asistémica que a pesar de todo ha proliferado en los fallos de la Corte IDH.

Resolución bisagra dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye la “*Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs Uruguay*”, dictado en Marzo del año 2013, la catalogamos así porque en la misma se resuelve orientar a todos los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que los fallos jurisprudenciales de la Corte IDH, tienen efectos de precedentes vinculantes obligatorios y con efecto *erga omnes* para todos los que sean parte del sistema.

Supone a los Estados que tengan consagrada la perspectiva del precedente vinculante una ratificación de vinculatoriedad jurisprudencial de los fallos de las Altas Cortes; y, para los países que no tengan reconocido el precedente vinculante, la necesidad de replantear los tantos, generando la imperiosidad de aceptar el golpe de timón efectuado por el órgano internacional, tanto en lo referente al precedente como al efecto *erga omnes*.

Por un lado la Corte IDH, imponiendo la doctrina del precedente vinculante, en la otra vereda el constitucionalismo interno de los Estados, que generalmente oponen reparos de admisibilidad, idéntica situación proyectada a los códigos procesales rituales.

Desde el órgano internacional de Derechos Humanos, imponer el efecto *erga omnes* de la sentencia supranacional.

¹⁹ Jinesta Lobo, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Volumen III, p. 209-226, VC Editores Ltda. y ACDP, Bogotá, Colombia, 2012.

La cuestión radica entonces, en aplicar el marco constitucional atendiendo a la Supremacía Constitucional o adherir a las posturas recomendadas por la Convención ADH. Sin dudas esto genera grandes discusiones doctrinarias, por el efecto de Bloque de Constitucionalidad de las normativas de derechos humanos, que culminará con el análisis de si es o no necesaria una reforma, sea constitucional o procesal, para ajustar el marco legal al contorno internacional de los derechos humanos.

XII. Repercusión de los fallos de la Corte IDH

Ninguna objeción se presenta en relación a que los fallos de la Corte IDH deben ser cumplidos y acatados por los tres poderes del Estado en el marco interno de cada uno de los países condenados.

La evolución ha sido progresiva y constante, aunque debe reconocerse que, con mucho inconvenientes. En primer lugar, porque los Estados se han mostrado reticentes a cumplir con las sentencias, situación que fue cambiando con el tiempo; y, en segundo lugar, porque tampoco la propia Corte IDH clarificaba la cuestión como no queriendo inmiscuirse en el orden interno de los países condenados. Por estos días, la dificultad se ha depurado dejando establecida la Corte que el control de convencionalidad será ejercido por todos los poderes del Estado, con efectos vinculantes hacia todo el repertorio jurídico interno.

12.1. Repercusión interna

Así, las decisiones emitidas por la Corte tienen efecto de precedente vinculante para los Estados que hayan sido parte en las distintas casuísticas, siendo su aplicabilidad obligatoria para los Estados. Generalmente no fue objetado que cuando un Estado era condenado a ejercer el control de convencionalidad, de ahí en más estaba compelido a ejercer el principio de convencionalidad en su orden interno²⁰.

²⁰ Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, párr. 186, citando el caso *Barrios Altos vs. Perú*

Las resoluciones que condenan a un Estado determinado no se limitan a la parte resolutive, sino también abarcaba la “*ratio decidendi*”, ampliando los efectos del fallo, indicando que no se agota en la parte resolutive, sino que comprende sus fundamentos principales, expandiendo efectos, convirtiéndose en una especie de doctrina legal para casos similares.

12.2. Repercusión externa

En cuanto a la repercusión externa de los fallos de la Corte IDH, la idea se centra en identificar hasta qué punto el precedente vinculante surge de las sentencias con respecto a los Estados partes. Fue el Tribunal Constitucional Peruano el primero en reconocer la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, aclarando que dichos fallos son obligatorios como precedentes vinculantes para los Estados aunque no hayan sido partes en el juicio²¹.

Pero el fallo donde se esclarecen las cosas fue el precedente emitido en la *Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs Uruguay* en el año 2013, al establecer que los fallos de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para todos los Estados signatarios por el solo hecho de ser parte de la Convención²², desde esta sentencia clarificadora ya no quedan dudas que todas las resoluciones del órgano internacional son obligatorias para los Estados signatarios, independientemente a si hayan sido parte o no del conflicto.

XIII. Desafíos

La idea del derecho reposa en una visión globalizante y holística que actúa en armonía, donde los instrumentos legales se brindan en pos de una excelsa protección de los derechos fundamentales; tal como lo hacen en una orquesta sinfónica los distintos instru-

²¹ Tribunal Constitucional Peruano, en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expte. N° 2.750-060-PA/TC, del 21 de Julio de 2006, párr. 12 y 13.

²² Corte IDH, *Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay*, resolución 20/03/13.

mentos musicales, cumpliendo un rol trascendental en la ejecución de los arpeggios y acordes que representarán a la obra musical. En la ciencia jurídica no debería realizarse una mirada parcializada resolviendo solo sobre Códigos sin mirar al todo legal, porque de hacerlo así, sería como la composición musical ejecutada por un solo instrumento.

A modo de síntesis, la transformación permanente del ámbito judicial, hacen que se planteen la apertura de nuevos surcos, haciendo que cuestiones tan arraigadas en el derecho vayan mudando al paso de la influencia de las nuevas coordenadas. Algunas de las mutaciones son imperceptibles y casi normales, como la necesidad de la humanización del proceso, en cambio otras transformaciones requieren de posturas legislativas y doctrinarias firmes tal el caso del asentimiento de la doctrina del control de convencionalidad, que requiera de una mutación de mentalidad.

Plantea la exigencia de apuntalar cimientos que convaliden las transformaciones, sobre todo cuando de ser bien utilizadas se convertirán en elementos fructíferos para hacer del proceso un ágil medio de resolución de conflictos.

Tanto la constitucionalización como la convencionalización del proceso plantean ribetez de transformación, de aquello que era analizado como tradicional, para asentir una nueva teoría general del proceso, desde allí trasladarse a cada una de las áreas que deberán ajustar sus parámetros a los noveles postulados.

En resumen, la ciencia jurídica deberá ajustar sus líneas genéricas a las conquistas de la nueva doctrina propias del avance del ser humano, que se han agudizado en las últimas décadas, planteando una verdadera transformación de los lineamientos procedimentales en pos de una mayor eficiencia del juzgamiento, que deben llegar al orden jurídico interno, rompiendo las barreras que se le imponen.

En el orbe jurídico a estas alturas, no se debería luchar contra ellas tal como el Quijote contra los molinos de viento, sino amoldarlas a las necesidades básicas y existenciales, por cuanto su empuje no parece detenerse, ni se paralizarán. En tiempos de dinamismo, como plantea la era moderna globalizada, no podemos seguir fortaleciendo procedimientos anquilosados y que no dan respuestas, pues de seguir así las brechas de estancamiento se agudizarán cada vez más.

Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño

PLAUTO CAVALCANTE LEMOS CARDOSO¹ (BRASIL)

“Dicen que nadie conoce realmente a una Nación hasta que ha estado dentro de sus cárceles. No se debe juzgar a una Nación por cómo trata a sus ciudadanos más encumbrados, sino por cómo trata a los más humildes”.

NELSON MANDELA, *A Long Walk to Freedom*

¹ Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina. *Master of Laws* – LL.M en *Litigation* en la Fundación Getúlio Vargas – FGV Rio, Brasil. Master en Literatura Inglesa en la Universidad de Sussex, Inglaterra – Especialista en Lingüística Aplicada en la Universidad de Brasilia - UnB. Graduado en Derecho en la Universidad Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro y en Letras en la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG. Abogado, profesor y conferencista en las áreas de Derecho & Literatura, Derechos Humanos y Derecho Constitucional Comparado. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional – AAJC, y del Instituto de Estudios Políticos y del Estado de la AAJC. Miembro da Red de Investigadores del Parlamento de México -REDIPAL.

I. Introducción¹

La presidente de la Corte Constitucional brasileña, la Ministra Carmem Lúcia, en su reciente discurso sobre el estado calamitoso del sistema penitenciario brasileño recordó que el ya fallecido escritor, antropólogo y senador brasileño Darcy Ribeiro cierta vez afirmó, en una conferencia en 1982, que si los gobernantes no construyesen² escuelas, en 20 años faltaría dinero para construir presidios.

En el país del mañana, el hecho hoy se consuma en una crisis estructural de tales dimensiones que no es posible entenderla como una simple coincidencia de falta de recursos, desidia del administrador, falta de compromiso por parte de la nación, insipiencia del derecho interno o ineficiencia sistémica de un poder judicial incapaz. Ningún país escoge –y aquí insistimos en que se trata de una elección³– gastar por mes 13 veces más con un preso que con un alumno . Hay algo más profundo, incómodo y peligroso que justifica o explica esto.

Este trabajo de derecho comparado busca contextualizar el uso del instituto del derecho colombiano del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) por primera vez en Brasil, explicitando parte de su insondable telón social de fondo y posible razón subyacente para los decepcionantes límites de la sentencia de la Magna Corte, considerando la dimensión de los pedidos listados en la Petición Inicial del PSOL (Partido Socialismo y Libertad) y los que fueron de hecho aceptados: la dignidad no es vista por la sociedad brasileña como parte intrínseca de todo ser humano, sino solamente de algunos de ellos.⁴

¹ Traducido para el castellano por Florencia Bevacqua y revisado por Plauto Cardoso.

² Disponible en <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acceso: 14/12/2016.

³ Ibidem.

Como⁵ es afirmado en el propio texto ampliamente citado de Ana Paula Barcellos, con quien defendemos esta teoría y la aplicamos aquí en el contexto específico de análisis de la aplicación del ECI en Brasil por primera vez, tal premisa carece de un estudio multidisciplinar más profundo, no siendo objeto del alcance bastante limitado de este artículo. Sin embargo, es una perspectiva que coloca el debate en el camino correcto: nuestro problema es primordialmente social y penal como consecuencia. Y la respuesta para los problemas sociales no debería ser penal a priori.

Para ello, tomamos prestados como textos basales las enseñanzas de Robert Alexy en su obra *La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*⁶, el recientemente lanzado *Castigar al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, de Roberto Gargarella⁷, y el esclarecedor texto de Ana Paula Barcellos titulado *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*⁸.

⁵ Como es afirmado en el propio texto ampliamente citado de Ana Paula Barcellos, con quien defendemos esta teoría y la aplicamos aquí en el contexto específico de análisis de la aplicación del ECI en Brasil por primera vez, tal premisa carece de un estudio multidisciplinar más profundo, no siendo objeto del alcance bastante limitado de este artículo. Sin embargo, es una perspectiva que coloca el debate en el camino correcto: nuestro problema es primordialmente social y penal como consecuencia. Y la respuesta para los problemas sociales no debería ser penal a priori.

⁶ Alexy, Robert. “*La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. V (8), p.21-42, jan- jun 2000. Disponible en:

<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372?show=full>

⁷ Gargarella, Roberto. *Castigar Al Prójimo: por una refundación democrática del derecho*

⁸ Barcellos, Ana Paula. *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*. In: FERREIRA, Marieta de Moarais (cord.). *Revista de Direito Administrativo RDA*. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

En la sentencia analizada de la ADPF 347/DF⁹ se debate con cierta profundidad la crisis del sistema carcelario en el país. Sin embargo, lo que cuestionamos aquí es si la decretación del Estado de Cosas Inconstitucional no fue más que un modismo lujoso, fruto de la exhibición mediática causado por la triste presencia de cámaras en el plenario de la Suprema Corte brasileña, o si realmente hay algo relevante y práctico que pueda extraerse de esta innovación jurisprudencial. Nuestra teoría es que el tratamiento de la cuestión de los derechos fundamentales de los presos por el plenario de la Suprema Corte brasileña, como re-tratamos en nuestro análisis de todos los pedidos de la Petición inicial y la Sentencia más adelante, se amolda en todos los sentidos formales a las 5 características de los derechos humanos listados por Alexy¹⁰. No obstante, a pesar de la existencia de un contexto ideal de un Estado Constitucional Democrático sostenido por Alexy como el ambiente necesario para la realización de los derechos humanos¹¹ –y aquí nos enfocamos apenas en los fundamentales, ese núcleo duro que nos protege contra los abusos del mismo Leviatán– sostenemos que la visión de la sociedad brasileña, y en ella incluidos los propios juzgadores, legisladores, administradores públicos y todos los demás *players* del proceso democrático de elecciones de prioridades públicas, resultado de una falla grave en su formación conjunta, no asocia ontológicamente dignidad al ser humano, relativizando este concepto de una manera peligrosa. Afirmamos que la discrepancia entre la lista de pedidos de la Petición Inicial y los pocos que fueron concedidos por mayoría por el pleno de la Suprema Corte está más directamente relacionada con esto filtro cultural invisible. Nuestra propuesta, en palabras de Michel Foucault, consiste “no en hacer ver lo invisible, sino en hacer ver hasta qué punto es invisible la invisibilidad del visible”¹². Nuestra conclusión final se sostiene.

⁹ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el o número 9937785.

¹⁰ Cf. Alexy, p 24

¹¹ Alexy, p. 22.

En el texto de Gargarella sobre como nuestra “obsesión penal” no nos permite ver el hecho de que los problemas sociales “sin embargo, requieren soluciones sociales.”¹³

II. Alienistas

El Dr. Simão Bacamarte, personaje icónico de la obra *El Alienista* del escritor Machado de Assis¹⁴, médico que obtuvo fama europea, desarrolla, en su regreso a su ciudad natal, teorías sobre la locura después de dedicarse a los estudios de psiquiatría. Construye un hospicio llamado Casa Verde, donde comienza a abrigar, con aval de las autoridades, a todos los que consideraba que tenían comportamientos desviantes. No tardó mucho tiempo para que, además de los claros casos de locura, el Dr. Simão lograra encarcelar al 75% de la población de la ciudad. Al darse cuenta de su error, los libera a todos y pasa a enfocarse en los otros, aquellos que hasta entonces eran definidos como normales porque seguían una cierta regularidad en sus acciones y poseían firmeza de carácter. Nuevamente termina superpoblando su sanatorio, y elige otra vez liberar a todos los internos por detectar fallas en su teoría. Finalmente, sentencia que nadie, excepto él, poseía una personalidad perfecta. Concluye ser el único normal y decide encerrarse solo en la Casa Verde para el resto de su vida.

La obra de 1882 parece terriblemente actual. En una saña alienista, en junio de 2014 alcanzamos como nación el número de 711.463 presos, computados los que están en prisión domiciliar¹⁵, es decir la tercera mayor población carcelaria del mundo, según los datos del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), atrás

¹² Foucault, Michel. *O Pensamento do Exterior*. Trad. Nurimar Falci. São Paulo: Princípio, 1990, p. 30. Traducción propia.

¹³ Gargarella, p.247.

¹⁴ Assis, Joaquim Maria Machado de. *O Alienista*. São Paulo: Ática, 1996.

¹⁵ A fines comparativos, en Argentina se registraban 60.240 en el mismo periodo.

apenas de Estados Unidos y China¹⁶. Si se cumplieren los 373.991 mandatos de prisión en abierto, alcanzaríamos la aterrador cifra de 1.085.454 presos, según el propio informe. ¿Y a¹⁷ quiénes encarcelamos? ¿Quiénes son nuestros monstruos? Según el *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (Infopen), el perfil socioeconómico de los detenidos muestra que el 55% tiene entre 18 y 29 años, el 61,6% son negros y el 75,08% tienen solo la escuela primaria completa.¹⁸ O sea, pobres y negros sin escolaridad. No construimos escuelas y ahora nos faltan recursos para los presidios.¹⁹

Lo más chocante es que por lo menos el 40% de estas personas ni siquiera ha sido juzgado y condenado en jurisdicción de primer grado²⁰. Son presos provisorios, amontonados como

¹⁶ Disponible en http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05h.

¹⁷ “El criminólogo noruego Nils Christie, referente de las teorías críticas y abolicionistas en materia penal, solía decir que, a pesar de haber recorrido cárceles en decenas de países, a lo largo de toda su vida, nunca se había encontrado con el monstruo. Y sin embargo, casi en cada una de ellas, casi cada vez, las autoridades que lo llevaban a recorrer las prisiones le anunciaban – o prevenían – diciéndole; “Ahora vamos a mostrarte al monstruo que tenemos encerrado”. Chrisite decía que, cada vez que pudo hablar con el monstruo, se encontró con personas muy similares a él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudiera entender, que no merecía ser escuchado.” In: Gargarella, Roberto. *Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p.247

¹⁸ Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acceso: 19/12/2016 a las 23:05.

¹⁹ Esto en un marco donde la tasa de condenas por homicidios alcanza el 2% en algunos estados brasileiros. La situación podría verse

en la Casa Verde del Dr. Bacamarte. ¿Y con qué fundamentos se impone una exclusión social profunda? ¿Qué hicieron éstas personas? , se preguntan. “El 28% de los detenidos, respondía, fueron condenados por crimen de tráfico de drogas, 25% por robo, 13% por hurto y 10% por homicidio.”²¹ Robo, hurto y homicidio punidos en la práctica de manera similar. Finalmente, el Infopen nos muestra que si tomamos el total de las personas que pasaron por el sistema penitenciario nacional apenas a lo largo de 2014, y si consideramos todas las entradas y salidas, se llega a la impresionante cifra de por lo menos un millón de brasileños encarcelados en un solo año, ubicando al país en el sexto lugar en la colocación mundial en términos de tasa de encarcelamiento general, con una tasa de no menos de 358 detenidos a cada 100.000 habitantes, superada apenas por algunos de los modelos mundiales en observancia de derechos humanos,²² como Ruanda, Rusia, Tailandia, Cuba y los Estados Unidos.

III. Homo Sacer

Ana Paula Barcellos, en *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*²³ , describe con propiedad las

agravada si hubiese mejoras en la calidad en el proceso de investigación policial. Como fue apuntado por Barretos, ¿Qué pasaría si el promedio brasileño se aproximase al promedio de esclarecimientos de homicidios de las Naciones Unidas para países europeos, que es del 49%? Ver Barcelos, p. 50.

²⁰ Ese porcentaje no incluye a las personas en prisión domiciliaria. Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>.

Acceso: 19/12/2016 a las 23:05.

²¹ Ibidem, traducción propia.

²² Ibidem. Ver también el *Diagnóstico de Pessoas presas* elaborado por el CNJ. Disponible en http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05.

asombrosas condiciones carcelarias brasileñas y nos pinta un panorama que supera a la imaginación más perversa. Como consecuencia del antiguo problema de hacinamiento:

“Los presos son mantenidos, literalmente, amontonados en las penitenciarías o en las comisarías. En varios lugares del país hay presos alojados en pié, en los pasillos de las comisarías, o, incluso, confinados en contenedores. El hacinamiento termina contribuyendo para que sean raros los establecimientos prisionales en los cuales hay una separación de los presos por edad o por gravedad del delito. El país ha convivido, incluso, con denuncias de mujeres que permanecieron presas en celdas junto con hombres”.

En la investigación de la Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) organizada por la Cámara de Diputados²⁴, se llegó a las siguientes conclusiones, según la autora :

“Ninguno de los presidios existentes cumplía lo que la legislación brasileña, en vigor desde 1984, prevé, a saber: que cada condenado debe ser alojado en celdas individuales, que a su vez contendrán dormitorio, sanitarios y lavabo, con un área mínima de 6m². La CPI reporta que el hacinamiento no es un problema nuevo: existe al menos desde inicios del siglo XIX. [...] El informe de la CPI reporta también, al lado del hacinamiento, y guardando cierta relación con esto, otros problemas gravísimos, que son usuales y se pueden observar en varios estados de la Federación. Es frecuente que los presos no tengan acceso al agua en cantidades mínimamente razonables – sea para higiene, sea para consumo. Es igualmente frecuente que las celdas estén contaminadas por desagües corrientes y que haya basura permanentemente, incluso heces y orina mantenidos en botellas plásticas en los rincones de las celdas, ya que no hay instalaciones sanitarias suficientes. La CPI informó varios casos en que los sanitarios, sin sistema de

²³ Barcelos, p. 39-65.

²⁴ Informe disponible en:

<bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acceso: 16/12/2016.

descarga, son usados, cada uno, por más de 70 presos en la misma celda, y en los cuales la limpieza con agua se realiza apenas una vez al día. El resultado, obvio, es una grosera falta de condiciones de higiene y un olor insoportable, además de insectos variados. Es frecuente que no haya divisiones aislando el sanitario del resto de la celda, de modo que el preso debe usarla delante de decenas de otros presos, habiendo inclusive ejemplos en los que el sanitario no es más que un agujero en el piso. El acceso al agua para el lavado de las manos después del uso de los sanitarios es rarísimo”.

Si consideramos correcta la afirmación de Nelson Mandela que traemos a colación como epígrafe simbólico de este trabajo, se trata claramente de un país enfermo, de una sociedad con un pacto difícil de considerarse civilizatorio. El informe de la CPI continúa con el ya conocido, pero no menos chocante festival de horrores:

“Como regla, no hay colchones o, cuando existen, son en una cantidad insuficiente. La comida, en general, es poca y de pésima calidad, cuando no es servida en mal estado. En muchos presidios es servida en bolsas plásticas y los detenidos deben comerla con las manos, ya que no hay cubiertos. Tampoco se distribuyen ropas. La carencia de estos elementos (colchones, ropas, comida, etc.) fomenta un amplio mercado negro dentro de estos establecimientos. Debe agregarse el hecho de que no hay control térmico de las celdas, que pueden llegar a temperaturas próximas a 50 grados en verano.

[...] En septiembre de 2008, la Inpección General de Justiça de la Provincia de San Pablo atendió pedido de la Defensoría para inhabilitar una de ellas –la Cárcel Pública Femenina localizada en el municipio de San Bernardo del Campo–. El establecimiento, que tenía capacidad para 32 detenidas, mantenía 193. Faltaban colchones, material de higiene y médicos para atenderlas. En la Cárcel Pública Femenina de Indaiatuba, también en San Pablo, cada colchón de una plaza era compartido por tres detenidas, mientras otras se veían obligadas a dormir en el baño por falta de espacio.

Sin material de higiene personal, las presas usaban miga de pan como toallitas íntimas”.

Es en este contexto de absoluta violación de los derechos más básicos del ser humano y de los apenados es que el Supremo Tribunal Federal (STF) aplica formalmente por primera vez el instituto Estado de Cosas Inconstitucional. Pasemos entonces a la decisión de la corte delante de lo que fue requerido.

IV. Much a do about nothing

En medio de los debates sobre el novel instituto traído al seno del sistema jurídico patrio, a este autor le llamó la atención el bajo volumen de al menos uno: no se cuestionaba mucho si cabía el uso del ECI, fundamentado en una reiterada violación a los derechos constitucionales fundamentales y la mora contumaz del poder público para la solución de un grave problema social estructural. Nótese que no hay previsión Constitucional para el ECI en el ordenamiento jurídico brasileño.

De hecho, los Ministros reconocen la presencia de anomalías grotescas, y fundamentan sus opiniones en línea con los elementos que Alexy sustenta para diferenciar los Derechos Humanos de otros derechos: “su universalidad, su validez²⁵ moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción” . Veamos algunos recortes relevantes²⁶ que ilustran como juzgó la Corte Constitucional Brasileña :

“El Plenario anotó que en el sistema carcelario brasileño habría violación generalizada de los derechos fundamentales de los presos en lo que se refiere a la dignidad, salud física e integridad psíquica. Las penas privativas de libertad aplicadas en los presidios se con-

²⁵ Alexy, p. 23.

²⁶ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el número 9937785. Acceso en 10/12/2016. Todas las partes de la sentencia citadas aquí son traducción propia para el castellano.

vertirían en penas crueles y deshumanas. En este contexto, diferentes dispositivos constitucionales (artículos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, y 6º), normas internacionales reconocedoras de los derechos de los presos (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes y la Convención Americana de Derechos Humanos) y normas infraconstitucionales como la LEP y la LC 79/1994, que creó el Funpen, habrían sido transgredidas”.

Y que:

La violación de los derechos fundamentales alcanzaría la transgresión a la dignidad de la persona humana y al propio mínimo existencial y justificaría la actuación más asertiva del STF”.

Y a pesar de esto, denegaron los siguientes pedidos:²⁷

que se estableciesen, en lo posible, penas y alternativas a la prisión, ante la circunstancia de que la reclusión sea sistemáticamente cumplida en condiciones mucho más severas de lo que son admitidas por el marco normativo; que se amenizasen los requisitos temporales para la fruición de los beneficios y los derechos de los presos, como la progresión del régimen, la libertad condicional y la suspensión condicional de la pena, en los casos en que fuesen reveladas las condiciones de cumplimiento de penas más severas de lo que previstas en el orden jurídico en razón de la Jurisprudencia Actual del STF sobre el cuadro del sistema carcelario, preservándose así la proporcionalidad de la sanción;²⁸

²⁷ La petición inicial puede ser vista por completo en <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acceso: 11/12/2016. Los pedidos listados arriba se encuentran en las páginas 70-72.

que se abatiese de la pena el tiempo de prisión, constatándose que las condiciones del cumplimiento efectivo son significativamente más severas que las previstas en el orden jurídico, de forma de compensar el ilícito estatal.

...reconocieron que:

Se destacó que la fuerte violación de los derechos fundamentales de los presos repercutiría más allá de las respectivas situaciones subjetivas y produciría más violencia contra la propia sociedad. Las cárceles brasileñas, además de que no sirven para la resocialización de los presos, fomentarían el aumento de la criminalidad, pues transformarían pequeños delincuentes en “monstruos del crimen”. La prueba de la ineficiencia del sistema como política de seguridad pública estaría en las altas tasas de reincidencia. Y el reincidente pasaría a cometer crímenes todavía más graves.

Se consignó que la situación sería aterradora: dentro de los presidios, violaciones sistemáticas de los derechos humanos; fuera de ellos, aumento de la criminalidad y de la inseguridad social. Se registró que la responsabilidad por esa situación no

²⁸ En este caso en particular la timidez de la sentencia llama la atención, pues tramita en el Senado Federal desde 2013 el PLS 513/2013 que propone, entre otros avances, cerca de 200 alteraciones a la Ley 7.210 de 1984. Una de ellas trata exactamente de la prohibición, contenida en el Art. 114-A, de la acomodación de presos en los establecimientos penales en un número que supere su capacidad. Una vez alcanzado el límite de la ocupación, según la propuesta, le competará al Juicio de Ejecución Penal realizar una movilización carcelaria en el establecimiento. En el caso de que el número de presos supere la capacidad, la concesión de beneficios a los presos que estén más cercanos a alcanzar el requisito temporal para la progresión de la pena podrá ser anticipada, a fin de adecuar la capacidad a los límites legales. Ver <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca-aco-es-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios>. Aceso:21/12/2016.

podría ser atribuida a un único y exclusivo poder, sino a los tres –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–; y no solo los de la Nación, como también los de los Estados-Membros y del Distrito Federal. Se ponderó que habría problemas tanto de formulación e implementación de políticas públicas como de interpretación y aplicación de la ley penal. Además, faltaría coordinación institucional. La ausencia de medidas legislativas, administrativas y presupuestarias eficaces representaría una falla estructural al generar tanto la ofensa reiterada de los derechos, como la perpetuación y el empeoramiento de la situación. El Poder Judicial también sería responsable, ya que aproximadamente el 41% de los presos estaría bajo custodia provisoria y las investigaciones demostrarían que, cuando fuesen juzgados, la mayoría alcanzaría la absolución o la condenación a penas alternativas. Además, la manutención del elevado número de presos para más allá del tiempo de pena fijado, evidenciaría la inadecuada asistencia judicial.

A pesar del bonito discurso, se denegó:

que pusiesen en marcha, en casos de decreto o manutención de prisión provisoria, la motivación expresa por la cual no se aplican medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, establecidas en el art. 319 del CPP;

que considerasen, fundamentalmente, el cuadro dramático del sistema penitenciario brasileño al momento del implemento de cautelares penales, en la aplicación de la pena durante el proceso de ejecución penal;

al CNJ (Consejo Nacional de Justicia), que coordinase una movilización carcelaria a fines de revisar todos los procesos de ejecución penal, en curso en el País, que envolviesen la aplicación de la pena privativa de libertad, con el objetivo de adecuarla a las medidas alegadas en las letras “e” y “f”;

Se concedió, al final, el mínimo que ya era esperado y hace mucho incorporado al derecho interno a través del Decreto 678 del 06 de noviembre de 1992, habiendo depositado el gobierno brasileño la carta de adhesión a la Convención Americana²⁹ de Derechos Humanos el 25 de septiembre del mismo año :

que, observados los artículos 9.3 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizasen, en hasta 90 días, audiencias de custodia, viabilizando la asistencia del preso ante la autoridad judicial en un plazo máximo de 24 horas, contadas desde el momento de laprisión;

Se impuso lo que ya estaba³⁰ impuesto por ley y reiteradamente incumplido por el Estado :

a la Nación, que liberase el presupuesto del Fondo Penitenciario Nacional –Funpen, absteniéndose de realizar nuevas contingencias–.

²⁹ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 7o : “Direito à liberdade pessoal: (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.”

³⁰ Lei Complementar no 79/1994, arts. 1o e 3o , I: “Art. 1o Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. (...) Art. 3o Os recursos do Funpen serão aplicados em: I – construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais”

¿Cuál es el motivo para la importación de un instituto de derecho Colombiano que implica una acción tan contundente de la Suprema Corte al punto de suscitar quejas elocuentes de los demás poderes sobre el hecho de haberse el Tribunal Constitucional sustituido al administrador en la imposición de políticas públicas –visión que en este caso que no compartimos, porque no hubo una determinación del contenido, medio o detalles de tales políticas, sino solamente una imposición de que se hiciese– y terminar por actuar de manera tan tímida delante de un rol, de pedidos relevantes, bien motivados y reconocidos en los votos de varios de sus más longevos y experimentados ministros?

Es importante resaltar que el *leading case* brasileño se relaciona muy bien con el emblemático caso juzgado en 1998 por la Corte Constitucional Colombiana (T 153/98), cuyas realidades de fondo son tristemente semejantes. Sin embargo, independientemente del resultado práctico del primer caso en Colombia –que apunta mucho más al hecho de que el judicial no está pensado para supervisar la ejecución de políticas públicas–, la decisión original Colombiana, inspiradora de la Corte Brasileña, es inmensamente más osada, avanzada y, por qué no decir, humana.³¹

La premisa que guía nuestra mirada en el enfrentamiento de los elementos esenciales de la propia naturaleza de los Derechos Humanos enumerados por Alexy contra los fundamentos de la Sentencia nos termina llevando en dirección a las prop-

³¹ En la *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998 delante de una profunda deuda del estado en relación a crear políticas públicas que apunten, al menos, a minimizar la situación, la corte: declaró el Estado de Cosas Inconstitucional; ordenó la elaboración de un plano de construcción y reparación de las unidades carcelárias; determinó que el gobierno nacional providenciase los recursos presupuestarios necesarios; les exigió a los gobernadores que creasen y mantuviesen presidios propios; y le requirió al presidente de la República medidas necesarias para asegurar el respeto de los derechos de los internos en los presidios del país.

uestas de Gargarella para una refundación democrática del derecho penal, puesto que:

“Brasil ha hecho explícito su compromiso con los derechos humanos en general, y con los derechos de los presos en particular, por medio de la subscripción de actos internacionales tratando sobre el tema y de la edición de las normas internas. Sin embargo, a pesar del bonito discurso y de lo que dispone el derecho, parece que la formación de la cultura brasileña todavía no fue capaz de incorporar las nociones de igualdad esencial de los individuos y de la dignidad de cada ser humano. Así, los compromisos formales con los derechos humanos terminan siendo contruidos sobre una base moral y filosófica que no es realmente compartida por la mayor parte de la sociedad y que, por eso mismo, delante de cualquier amenaza –como, por ejemplo, la amenaza de la violencia urbana–, revela su fragilidad”³².

A pesar del discurso, nos parece que falta como sociedad el elemento relacionado a la indiscutible titularidad del tema *Universalidad*. En el contexto brasileño, pareciera que falta la identidad –que Alexy afirma que es tan preciada para Habermas³³– entre los destinatarios del derecho y sus autores. Y parece que su falta crea excepciones peligrosas y clases de seres humanos más o menos dignas que otras. En el lenguaje cotidiano, esta falta resuena en los recurrentes comentarios en las calles, en los medios de comunicación sensacionalistas e incluso en sectores más aculturados, de que los derechos humanos son para defender delincuentes.³⁴ En palabras de

³² Barcellos, p. 52.

³³ Ver Alexy, p. 39.

³⁴ Tan común y banalizada se volvió tal afirmación que motivó incluso la campaña con 24 videos del Departamento de Derechos Humanos de la *Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs)* para intentar diseminar lo contrario. Disponible en: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-vaio-alem-de-defender-bandido-4660406.html>. Acceso: 19/12/2017.

Gargarella, “¿Cuál es la dificultad que nos impide defender, al mismo tiempo, los derechos de los ciudadanos comunes y los derechos de los delincuentes?”³⁵

Geothe ya nos afirmaba que “el que no sabe llevar su contabilidad por espacio de tres mil años se queda como un ignorante en la oscuridad y solo vive al día”.³⁶ Lo que le asusta a este autor es el hecho de que a pesar de toda la generosa lista de fundamentos apuntados en los votos de varios de los Ministros y del plenario para la aplicación del ECI, lo que fue efectivamente comandado en términos prácticos como solución muestra un desfasaje profundo en el proceso de reflexión y debate entre la opinión pública, el legislador y el Tribunal Constitucional³⁷ :

*“No deja de ser impresionante, desde el punto de vista filosófico, que, una vez más en la historia de la humanidad, un debate considere que los individuos son titulares de una dignidad inherente, piense en la flexibilización de derechos para determinada categoría de criminales y trabaje con la manipulación del concepto de persona. El riesgo que ese tipo de construcción teórica representa para la protección de los derechos humanos en el mundo es muy obvio y dispensa mayores consideraciones”.*³⁸

Conclusión

No creemos que el Tribunal Constitucional Brasileño sea una institución madura para la reflexión del proceso político brasileño, y aún no se oyen en sus debates de manera consistente los ecos de las calles o del Congreso.

³⁵ Gargarella, P. 266.

³⁶ Traducción libre. En Gaarder, Jostein. *O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia*.

Trad: Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

³⁷ Para ver más acerca de tal equilibrio, ver Alexy, p.41.

³⁸ Barcelos, p.56.

Concluimos que la supervaloración del rol del poder judicial y del legislativo como responsable por soluciones permanentes es fruto de una obsesión normativa de una cultura positivista superficial y poco civilizada, fundada en lo que Gargarella denomina “La obsesión Penal”³⁹, en la cual se recurre con asombrosa frecuencia a la criminalización banal de conductas, seguidas de la imposición de penas y sanciones discrepantes en el intento –como afirmó Roberto Gargarella en su reciente charla–⁴⁰ paradójal e irracional de querer incluir a través de la exclusión.

Tiene que quedar clara la limitada capacidad del poder judicial para imponer el cumplimiento de los derechos fundamentales, especialmente delante de las decisiones de alta magnitud, como la que determina el fin de las violaciones de los derechos de los presos, sea de manera tímida como la que analizamos o con más audacia como la de la propia *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998, de la Corte Constitucional Colombiana, y que no obtuvo un gran éxito al ver observados sus comandos por la absoluta incapacidad de supervisión del poder judicial colombiano sobre la implementación de sus decisiones en el ámbito de políticas públicas, entre otras limitaciones intrínsecas a este poder. Aunque la decisión analizada –bien fundamentada, convincente y principalmente sólida– fuese audaz como la Colombiana (T) 153, creemos que el poder judicial brasileño no tendría estructura para supervisar la imposición de su ejecución.

A la sociedad brasileña le falta el reconocimiento de los derechos humanos como universales, habiendo un desfasaje entre los destinatarios del derecho y sus autores. Creemos, finalmente, que la eliminación o la significativa reducción de las violaciones sistemáticas de los derechos fundamentales del condenado en Brasil, depende de factores que van más allá del voluntarismo judicial.⁴¹ Problemas sociales requieren soluciones sociales.

³⁹ Gargarella, p.247.

⁴⁰ Gargarella, Robert. Presentación del libro *Castigar al Próximo*. Facultad de derecho-UBA: salón verde, 13/12/2016. (Comunicación oral).

⁴¹ Gargarella, 2016, p.247..

Bibliografía

- Alexy, Robert. *La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. V (8), p.21-42, jan-jun 2000. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372?show=full>
- Assis, Joaquim Maria Machado de. *O Alienista*. São Paulo: Ática, 1996.
- Barcellos, Ana Paula. “Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana”. In: FERREIRA, Marieta de Moarais (cord.). *Revista de Direito Administrativo RDA*. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- Brasil. Ministério da Justiça. Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca-acoes-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios>. Acceso: 21/12/2016.
- Brasil. Lei Complementar no 79/94. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp79.htm. Acceso: 20/12/2016.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Disponible en: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05.
- Brasil. Decreto 678/92. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acceso: 21/12/2016.
- Brasil. Câmara dos Deputados. Informe disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acceso: 16/12/2016.
- Brasil. Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponible en:

<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-vao-alem-de-defender-bandido-4660406.html>. Acceso: 19/12/2017.

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/bajoelenumero9937785>. Acceso: 10/12/16.
- Foucault, Michel. *O Pensamento do Exterior*. Trad. Nurimar Faldi. São Paulo: Princípio, 1990.
- Gaarder, Jostein. *O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia*. Trad: Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 1991
- Gargarella, Roberto. *Castigar Al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- ————— Presentación del libro *Castigar al Prójimo*. Facultad de derecho-UBA: salón verde, 13/12/2016. (Comunicación oral)
- Mandela, N. *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*. 18 ed. Boston, Back Bay Books, 1995.
- *Mapa da Violencia*. Disponible en: <http://www.mapadaviolencia.org.br/>. Acceso: 17/12/2016.

**Un nuevo mecanismo de la democracia constitucional:
las audiencias públicas informativas en el Órgano Judicial**

CARLOS IGNACIO GIUFFRÉ¹ (ARGENTINA)

¹ Toda traducción de la literatura en inglés fue realizada por el autor.

I. Aproximación al tema

Las audiencias públicas² en el ámbito del Poder Judicial, según Mônica Clarissa Hennig Leal, constituyen un mecanismo de avance en la apertura y democratización del Órgano Judicial en un sistema que le otorga al mismo la última palabra³. Su basamento reside, por un lado, en uno de los imperativos del axioma republicano –artículo 1 de la Constitución Nacional– que es la publicidad de los actos de gobierno y, por el otro, en el brocardo de soberanía del pueblo –artículo 33 de la Constitución Nacional–.

Efectivamente, ellas posibilitan a la ciudadanía el acceso a la información de los procesos judiciales de interés colectivo, concretando a la vez el principio de publicidad procesal, que “comporta la posibilidad de que los actos procesales sean presenciados o conocidos incluso por quienes no participan del proceso”⁴. Lo cual reconoce conveniencia en el hecho de acor-

² Cada vez que en este trabajo se haga referencia a las audiencias públicas, será solo con referencia a una de las tres clases de las contempladas por la Acordada N° 30/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a las “informativas”, vale decir, a aquellas que versan sobre asuntos de relevancia institucional; dado que solo éstas constituyen, como se intentará mostrar, una institucionalización del modelo deliberativo de democracia. Mientras que los otros dos tipos audiencias públicas, exceden el tópico del presente labor, puesto que las “ordenatorias” solo tienen valor en materia de economía procesal y las “conciliatorias” contribuyen a evitar la litigiosidad y adversarialidad.

³ Hennig Leal, Mônica Clarissa, *Public hearings in the Ambit of the Federal Supreme Court: A new form of participation in public affairs?* 2014, pág. 4.

<http://www.jus.uio.no/english/research/newsand-events/events/conferences/2014/wcclcmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>. Último acceso: 10 de abril de 2017.

⁴ Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Actualizado por Lino Alberto Palacio y Luis Enrique Palacio. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 57.

dar a la opinión pública un medio de fiscalizar la eficiencia en la prestación de los “servicios de justicia” –artículo 114 inc. 6 de la Constitución Nacional–, mediante el control de la conducta y los argumentos de los magistrados y litigantes. En este sentido, Mark Tushnet advierte que hay estudios sobre las audiencias públicas en la Corte Suprema de Brasil donde se sugiere que hay razones para pensar que ellas han mejorado la calidad de la jurisprudencia de la Corte⁵.

Allende de tales asertos, al permitir el contacto directo y personal de los sujetos procesales entre sí, contribuyen a efectivizar el principio de intermediación. Lo ideal en este aspecto es que entre las partes en litigio, el juez, los amigos del tribunal y el público no aparezca ninguna interposición. Convocar a una audiencia pública en un caso de gran interés colectivo no solo permite mejorar la información de los jueces del tribunal sobre el caso, sino que también facilita un mayor conocimiento para el público en general y, por lo tanto, un mayor control y participación social.

Además, el imperativo de oír y escuchar a los interesados (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de ella, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados) antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, surge de dos garantías clásicas del Derecho Constitucional: la del debido proceso y la del derecho a la defensa en juicio –artículo 18 de la Constitución Nacional–.

Asimismo, este instituto posibilita la participación en los procesos judiciales no solo a las partes, también a personas aje-

⁵ Al respecto, cita a Daniel Wang, quien apunta lo siguiente: “These decisions establish a comprehensive set of criteria that present a more refined and realistic interpretation of the right to health than was exhibited in previous BFSC case law”. Tushnet, Mark, “New institutional mechanisms for making Constitutional Law”, pág. 167-183. En Bustamante, Thomas; Fernandez, Bernardo Gonçalves (eds.), *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer International Publishing, vol. 113, Switzerland, 2016.

nas a ellas: los *amicus curiae*⁶ o amigos del tribunal. La sociedad civil, a través de ellos, intenta hacer manifiestos sus problemas e intereses para incidir en la formación institucionalizada de la voluntad del tribunal. Esto se conforma con el principio de soberanía popular, según el cual el poder del Estado procede del pueblo, al ser éste el portador del derecho subjetivo a participar con igualdad de oportunidades en la formación democrática de la voluntad común, mediante la autodeterminación ciudadana.

Ello es congruente con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en cuanto consagran el derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos (art. 23.1 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 20 Declaración Americana de Derechos Humanos).

Por su parte, en materia ambiental, las audiencias públicas resultan obligatorias a la luz de los artículos 19 y 20 de la Ley de Política Ambiental Nacional N° 25.675. El primero, establece que: “Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente”. Mientras que el segundo, dispone que: “Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los re-

⁶ Según el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión “*amicus curiae*” significa: “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 la audiencia”. Por su parte, la Acordada que regula la

sultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública”.

La consagración de los derechos de participación política remiten a la necesidad de institucionalizar un mecanismo de formación pública de la opinión y la voluntad común que culmine en resoluciones acerca de las leyes, las medidas políticas y los asuntos litigiosos. Un ejemplo de tal institucionalización lo constituyen las audiencias públicas en el ámbito del Órgano Judicial, dado que representan una pieza del modelo de democracia deliberativa en el cual su consolidación y desarrollo depende de procedimientos comunicativos y dialógicos con intersubjetividad en los ámbitos públicos en los que tiene lugar una formación racional de la voluntad acerca de materias relevantes.

A su vez, ellas encuentran regulación específica dentro del espacio judicial en la Acordada N° 30 del año 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷. Ahí se expresa lo siguiente: “Además, (de) la participación ciudadana... y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”.

II. Democracia deliberativa

Más allá de las normas mentadas, las audiencias públicas reflejan un ejercicio de la democracia deliberativa en los términos en los que Habermas –referente mundial de la filosofía y del derecho– define dicho concepto. En efecto, la democracia de-

⁷ En Mendoza, las audiencias públicas en el ámbito judicial se encuentran contempladas por la Acordada N° 25.325/13 de la Suprema Corte de Justicia, que sigue los lineamientos de la Acordada del Tribunal Cívero Nacional.

liberativa es un modelo normativo de Estado que propone la adopción de procedimientos colectivos de toma de decisiones políticas de modo democrático, con participación directa o indirecta de todos los potencialmente afectados por tales decisiones, y basado en el principio de la argumentación dialógica entre los decisores.

Según Martí⁸, este modelo de democracia está caracterizado por ocho principios estructurales constitutivos del proceso deliberativo: el de argumentación, el de un procedimiento abierto, el de inclusión, el de publicidad, el de procedimiento colectivo, el de procedimiento continuo y los de libertad e igualdad de los participantes.

En este marco, las reglas del modelo dialógico, que desplazan la visión de la política centrada exclusivamente en el Estado, cobran plausibilidad a partir de estas audiencias públicas, basadas en el presupuesto de que la ciudadanía también es capaz de acción colectiva.

Ello significa que el resultado del instituto en análisis no se circunscribe exclusivamente a que las partes expresen sus respectivos alegatos e invoquen las pruebas que hacen a su derecho, puesto que, conjuntamente, permite concretar sus posiciones no solo ante el Tribunal, sino también ante la sociedad toda que los está observando merced a la publicidad del acto.

Entonces, las audiencias públicas “aproximan” el terreno de lo fáctico al ideal central de la democracia deliberativa, compuesto por la interacción entre órganos estatales institucionalizados y la formación de una opinión pública no institucionalizada. Tal manera de interactuar supone la posibilidad de decidir racionalmente las controversias judiciales suscitadas en la sociedad, por lo tanto, implica una fuente de legitimidad de las decisiones judiciales.

Aquí se torna preciso aclarar que se habla de “aproximación” a un ideal y no de “efectivización” del mismo, puesto

⁸ Martí, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 42.

que quienes intervienen en las audiencias públicas no se hallan en pie de igualdad al momento de decidir, ya que las partes – en virtud de tales institutos– ostentan un poder de influencia sobre las convicciones de tipo público de los jueces y son éstos quienes, en definitiva, terminan asumiendo el deber de sentenciar.

Las audiencias públicas constituyen una experiencia representativa de cómo, en términos de democracia deliberativa, la influencia del espacio público puede lograr consolidar y desarrollar un alto grado de discusión respecto a un asunto colectivo y, en determinadas circunstancias, puede generar la adopción de decisiones por parte de los órganos institucionalmente establecidos con una alta dosis de calidad en términos de contenido, racionalidad e intersubjetividad¹⁰.

De este modo, se fortalece el vínculo entre los ciudadanos y los funcionarios, a la vez que se abren canales de difusión y de participación directa o semidirecta en los ámbitos de toma de decisiones políticas, vigorizando la esfera pública mediante la deliberación pública informal y no institucional que se genera al difundir la audiencia pública en directo, por ejemplo, a través de el Centro de Información Judicial, la televisión, Youtube, redes sociales, etcétera.

Una de las virtudes de las audiencias públicas estriba en que las cuestiones de relevancia institucional sean abordadas en un procedimiento de producción legítima de resoluciones judiciales, donde las pretensiones de validez emanan de un proceso discursivo articulado sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles que aportan y reciben los miembros de la comunidad jurídica.

¹⁰ Un ejemplo ilustrativo de ello son las manifestaciones públicas efectuadas por los actores sociales y políticos que llegan a algunas instituciones claves como la Corte Suprema y que se revierten en forma de

III. Principio del Discurso y teoría discursiva del derecho

En tal marco, es dable atender al principio del discurso de Habermas, que señala lo siguiente: “válidas son aquellas decisiones (y solo aquellas) en las que todos los que pudieran verse afectados concurren a prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”¹¹.

Con “válido” Habermas designa lo legítimo, que es producto de la convicción común que se corrobora si entre oyente y hablante se produce un reconocimiento intersubjetivo de una pretensión de validez; por “discurso racional” se entiende toda tentativa de examen y entendimiento de pretensiones de validez que se han vuelto controvertidas; con “pretensiones de validez” se concibe a los enunciados propuestos por los partícipes del debate; y con “afectado” se llama a cualquiera a quien pueda concernir en sus intereses las consecuencias a que alcance dar lugar una determinada práctica regulada por normas.

Según la teoría del discurso, una norma es correcta, y por lo tanto legítima, si puede ser el resultado de un específico procedimiento de corrección, a saber, el de un proceso de argumentación o fundamentación racional en el marco de una situación ideal de diálogo, como es el discurso, donde se introducen informaciones y se producen argumentos sobre pretensiones de validez problemáticas formuladas por las partes; el resultado de él será el reconocimiento o el rechazo de una pretensión de validez.

La democracia deliberativa es una teoría que defiende la adopción del aludido ideal de diálogo y, en cuanto ideal, se limita a establecer un estado de cosas hacia el cual se debe tender en la medida de lo posible y que sirve para plantear y diseñar instituciones que concreten procesos democráticos de toma de decisiones, sin perjuicio de las restricciones temporales, sociales y de contenido que inevitablemente se hacen presentes.

¹¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Ed. Trotta, Madrid, 2008, pág. 172.

La importancia de la deliberación radica en que estimula la búsqueda del mejor argumento e inculca la fundamentación racional y la presión de alcanzar una mayor consistencia en las decisiones. Según la propuesta habermasiana, el lugar tradicional de la “razón práctica subjetiva”, como capacidad que orienta al actor en la acción o que le dicta qué es lo que deben hacer, pasa a ocuparlo la “razón comunicativa”, consistente más bien en el medio lingüístico a través del cual se concatenan las interacciones a fin de lograr el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez. Precisamente, porque ella no da orientaciones de contenido determinado, no es informativa¹².

En otras palabras, el concepto de “racionalidad procedimental-comunicativa”, conforme a la cual las propiedades de validez de un juicio lógico, no solo han de buscarse en la dimensión individual o de la lógica-semántica de los argumentos, sino también en la dimensión del proceso colectivo de fundamentación del mismo¹³. Y los resultados obtenidos conforme a ese procedimiento, habrían de fundar su presunción de racionalidad.

La teoría discursiva del derecho de Habermas hace depender la aceptabilidad racional de las resoluciones judiciales no solo de la calidad de los argumentos, sino también de la estructura del proceso de argumentación. A diferencia del modelo solipsista de decisión judicial basado en la personalidad de un juez Hércules –todo poderoso– que se distingue por su razón personal y por su privilegiado acceso a la verdad, el procedimiento argumentativo de búsqueda cooperativa de la verdad garantiza la comprobabilidad intersubjetiva del juicio.

En este contexto, Michelman critica la concepción que tiene Dworkin del proceso de decisión judicial: “Lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, sino a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad... Hércules no es más que un hombre después de

¹² Habermas, ob. cit., págs. 63-65.

¹³ Habermas, ob. cit., pág. 297.

todo... Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a... la pluralidad”¹⁴.

Las audiencias públicas no solo institucionalizan una formación de la voluntad y la opinión política de modo racional, sino que también garantizan el medio mismo en el que ella puede expresarse como voluntad común conformada intersubjetivamente por los miembros de una comunidad jurídica. Esa manera de formación de las decisiones, llevadas adelante con las audiencias públicas, ha de efectuarse en formas de comunicación que se arriman al ideal del principio del discurso, logrando así una producción del derecho más discursiva que monológica.

Alexy, en coincidencia Habermas, afirma que “el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”¹⁵. En efecto, lo que asegura la justicia de una resolución judicial es su génesis democrática y no principios a priori a los que el juez puede acceder; desde tal óptica, la justicia de la sentencia viene garantizada por el peculiar procedimiento de su producción.

El modelo deliberativo de democracia, en oposición al representativo, institucionaliza y consigue la inserción del discurso, como un proceso abierto y colectivo en la toma de posiciones, dentro todos los ámbitos del Estado –en el caso de las audiencias públicas: en el proceso judicial–. Tal prototipo de Estado obtiene su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad común gracias a la racionalidad de sus resultados.

De todo lo expuesto, se infiere que aún cuando el sistema constitucional le atribuye a la Corte Suprema la “última palabra”, si ella pretende actuar conforme al principio del discurso,

¹⁴ Michelman, Frank, Justification and the justifiability of law in contradictory world; Ed. Nomos, t. XVIII, 1986, pág. 76. En: Habermas, ob. cit., pág. 295.

¹⁵ Alexy, Robert, La institucionalización de la razón, pág. 233. En: Serna, Pedro (Director), De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Ed. Comares, Granada, 2005, pág. 179.

crear derecho legítimo e institucionalizar el modelo deliberativo, debe interesarse en fortalecer el diálogo y la deliberación democrática entre las instituciones y la ciudadanía.

Con respecto al habitual argumento adverso a la realización de las audiencias públicas concerniente a que no se advierte su necesidad y/o utilidad en cuestiones de estricto contenido jurídico, viene desatendida la idea de que para la efectividad del principio del discurso es elemental que temas y contribuciones no se vean restringidos a priori.

Pero, además, se pasa por alto que posibilitan al pueblo un lugar central en la tarea colectiva de interpretación jurídica y construcción de significados constitucionales. Lugar justo, pues, que ciertas instituciones a puertas cerradas se arroguen la visión propia como la única justa, sin someterla a deliberación, conduce a un dogmatismo rígido y autoritario, a un solipsismo. Lo óptimo es no imponer la propia voluntad contra quienes se resisten a ella, sino valerse del potencial de una voluntad común formada en una comunicación exenta de coerción¹⁶.

Como afirma Gadamer¹⁷, lo esencial en la actividad judicial, a fin de tomar decisiones correctas y democráticas, es el diálogo, ya que nadie contempla lo que acontece ni afirma que él solo domina el asunto, sino que se toma parte conjuntamente de la verdad y se obtiene en común. En el mismo sentido se expresa Zaccaría: “la mejor garantía de que los actos de elección son justos y legítimos se encuentra en el diálogo con otros. Abrirse a la crítica, someterse a reflexiones y argumentaciones obliga a discutir las premisas valorativas que han guiado el proceso”¹⁸.

¹⁶ Habermas, ob. cit., pág. 215.

¹⁷ Gadamer, Hans Georg, *Elogio de la teoría. Discursos y artículos*. Ed. Península, Barcelona, 1993, pág. 63.

¹⁸ Viola, Francesco; Zaccaría, Giuseppe, *Derecho e interpretación; Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 399.

Por consiguiente, la legitimidad de las decisiones tiene carácter comunicativo, pues solo existe si hay intersubjetividad y consenso entre todos los sujetos involucrados. De ahí es que, lo que propone el constitucionalismo dialógico es un ambicioso sistema de gobierno a través de la discusión, en el que los resultados son alcanzados luego de amplios procedimientos cooperativos de deliberación pública.

La formación discursiva de la opinión y de la voluntad de ningún modo se restringe a los parlamentos¹⁹, porque –en palabras de Habermas– la formación intraparlamentaria de la voluntad “solo constituye un pequeño segmento de la vida pública”²⁰. La racionalidad de una decisión política también depende, entonces, de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio público político. Por lo tanto, la discusión democrática no ha de reducirse al ámbito del debate parlamentario, sino a la interacción que existe entre el interior de la esfera de lo público político, la opinión pública informal y las instituciones encargadas de tomar las decisiones políticas.

Según el presente modelo, existe una conexión entre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad política con la formación informal de la opinión que se desarrolla en los espacios públicos autónomos mediante una soberanía comunicativamente fluidificada de los ciudadanos que se hace valer en el poder de los discursos públicos emanados de esos espacios, pero que toman forma de acuerdos en el cuerpo legislativo –que procede democráticamente–²¹.

De guisa tal que, la lógica propuesta de la división de poderes propia del principio republicano ha de realizarse en estructuras distintas, a través del establecimiento de las correspondientes formas de participación y comunicación²², junto con órganos del Estado sensibles a los resultados de una formación informal de la opinión que brota de espacios públicos

¹⁹ Habermas, ob. cit., pág. 254.

²⁰ Habermas, ob. cit., pág. 561.

²¹ Habermas, ob. cit., pág. 254.

²² Habermas, ob. cit., pág. 262.

autónomos y que significa un potencial político de presión sobre los organismos gubernamentales, obligados a dar razones y a justificar ampliamente sus resoluciones.

De manera que, el usual argumento contrario a las audiencias públicas referente a que si la Corte promoviera la deliberación ciudadana se estaría inmiscuyendo en competencias propias del Poder Legislativo, resulta cuestionable, tanto desde la teoría habermasiana como también porque ellas están reglamentadas en el ámbito del Poder Judicial por parte de los Tribunales Cimeros de las provincias y de la Nación.

Al hilo de lo vertido, el mismo Habermas pretende que el Tribunal Cimero cuide que los canales por los que discurre el proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza a sí misma la comunidad jurídica democrática, permanezcan indemnes²³.

Otro factor a tener en cuenta, es el hecho de que las normas son provisionales y siempre controvertibles, pues deben someterse a un constante e ininterrumpido intercambio intelectual, el discurso nunca debe cerrarse. En el mismo sentido expresa Viola que “hoy va desapareciendo la idea de un horizonte cultural estable, del que descienda una voluntad normativa constante”²⁴. Alexy se expresa en idéntica sintonía: quedan rechazadas las aspiraciones a resultados que queden fijos de modo inamovible²⁵.

También Habermas habla de un “aspecto de cambiabilidad” o de susceptibilidad de cambio, habida cuenta de la posibilidad siempre presente de modificar o derogar las medidas tomadas o las normas sancionadas. Por esta razón, queda abierta la posibilidad de revisar las ideas que de momento se suponen bien fundamentadas, a la luz de nuevas informaciones y razones que pueden surgir después. Sin embargo, este falibilismo es compensado por el procedimiento jurídico que garantiza decisiones a plazo fijo, inequívoca y vinculantes²⁶.

²³ Habermas, ob. cit., pág. 337.

²⁴ Viola, Francesco; Zaccarìa, Giuseppe, ob. cit., pág. 401.

²⁵ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pág. 83.

Efectivamente, hay numerosas razones para el abandono de una norma aceptada hasta un momento determinado: el cambio en la interpretación de necesidades, nuevo conocimiento empírico, no haber pensado determinadas consecuencias, la advertencia posterior de contradicciones normativas, etcétera. Por tanto, las normas son fundamentadas solo provisionalmente; son falsables en cualquier momento que se cuente con nuevos argumentos informaciones²⁷.

IV. Poder comunicativo y poder político

Otra perspectiva a tener en cuenta es la que se abre con el concepto de autonomía política propio del principio de soberanía popular, el cual, articulado en términos de teoría del discurso, determina que para el surgimiento de derecho legítimo y poder político han de movilizarse las libertades comunicativas de los ciudadanos, puesto que las formas emancipadas de vida no pueden derivarse de una actividad proveniente puramente del Estado. En tal explicación, la producción de las leyes se hace depender de la generación de otro tipo de poder, a saber, de ese poder comunicativo²⁸.

Dicho de otro modo, la legitimación de las decisiones políticas y la regulación de la cohesión social dependen del vigor de la opinión pública y de la verdadera autonomía de la voluntad de los ciudadanos. El ejercicio de esa autonomía importa la formación discursiva de una voluntad común, pero no significa todavía la implementación de leyes que surgen de ella, la cual viene aprendida por el concepto de poder político.

Arendt define al poder comunicativo como la fuerza generadora de consenso de una comunicación enderezada al entendimiento, e indica que ese poder brota de la capacidad

²⁶ Habermas, ob. cit., pág. 101.

²⁷ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. Ed. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 141

²⁸ Habermas, ob. cit., pág. 214.

humana, pero no de la de actuar, sino de la de concertarse con los demás para actuar de común acuerdo con ellos²⁹. Ella puntualiza que surge entre los hombres cuando actúan en común y se dispersa tan pronto como se dispersan de nuevo³⁰.

Tal poder comunicativo solo puede formarse en los espacios públicos y solo puede germinar a partir de las estructuras de intersubjetividad de una comunicación no distorsionada. Nace allí donde se produce una formación de la opinión y la voluntad comunes, que con la desencadenada libertad comunicativa de cada uno para hacer uso público de su razón en todos los aspectos hace valer la fuerza productiva que representa una forma ampliada de pensar. Pues aquella se caracteriza por atener el juicio de uno a los juicios de los otros y a ponerse en el lugar de cada uno³¹.

Ahora bien, es menester precisar la distinción propia de Habermas entre poder comunicativo y poder político; el primero se refiere a la posibilidad de producir discursivamente motivaciones y convicciones compartidas, que se concretan en una voluntad común; el segundo concierne a el empleo del poder administrativo. Hay un poder que surge de la interacción comunicativa, que posibilita la cooperación y la aparición del poder político; pero el ejercicio de ese poder ya constituido despliega instrumentos normativos y administrativos que deben ser contemplados en su incidencia en los procesos de toma de decisión colectiva.

El poder comunicativo se transforma en poder administrativo en la medida que puede promover la creación de derecho –leyes, por ejemplo–. Por ello, Habermas recurre al derecho como “bisagra” o categoría de mediación social entre la facticidad y la validez. O dicho con sus palabras: “Propongo considerar el derecho como el medio a través del cual el poder

²⁹ Arendt, Hannah, *Sobre la violencia*, Madrid, 1973, pág. 146. En: Habermas, ob. cit., pág. 215.

³⁰ Arendt, Hannah, *La condición humana*. Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013 pág. 223.

³¹ Habermas, ob. cit., pág. 215.

comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un facultamiento o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código «poder», al poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados³².

Lo desarrollado lleva a construir un marco jurídico discursivo que permita traducir el poder comunicativo ciudadano en poder legítimo institucionalizado. De allí que la voluntad común elaborada deliberativamente se endereza a tornar efectivo el poder comunicativo y a la producción de normas, porque el sistema de los derechos solo puede ser vinculante, interpretado y desarrollado mediante esas normas³³, que pueden asumir la forma de leyes, sentencias y decretos.

En este cuadro es que la voluntad común formada en el medio jurídico que es la audiencia pública importa una fuente de creación legítima y democrática de derecho y de resoluciones judiciales.

Por lo tanto, las audiencias públicas poseen la ventaja de lograr vincular poder comunicativo y derecho, produciendo derecho legítimo por parte no solo de las instituciones estatales, sino también de los ciudadanos en ejercicio de su autonomía política. En otras palabras, constituyen un resorte a través del cual el poder comunicativo de la sociedad se transforma en derecho –la sentencia– precedido de deliberación.

En esta línea es que, frente a las distribuciones desiguales de las oportunidades de expresarse, las audiencias resultan útiles para poder neutralizar aquéllas mediante redistribuciones institucionales³⁴, que amplían el espectro de razones que

³² Habermas, ob. cit., págs. 217-8.

³³ Habermas, ob. cit., pág. 240.

³⁴ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 129.

se vierten en el intercambio intelectual de hablar y oír, a la vez que todos los intereses en litigio puedan tenerse equitativamente en cuenta y todas las partes logran estar dotadas del mismo poder en la situación de intercambio de argumentos. Piénsese en el caso “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma s/ acción de amparo”³⁵ ante el Tribunal Cívero Nacional.

En síntesis, el Estado de derecho deliberativo abre el camino a la organización políticamente autónoma de la sociedad. Sus instituciones tienen por fin asegurar el ejercicio efectivo de la autonomía política de ciudadanos, de suerte que pueda, por un lado, surgir el poder comunicativo resultante de la formación de una voluntad racional y así encontrar expresión vinculante en programas legislativos y sentencias, por ejemplo, y, por otro, que este poder pueda circular a lo largo y ancho de la sociedad y pueda desarrollar su fuerza de integración social³⁶.

Habermas entiende por integración social, “la conciliación del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás”³⁷. Las audiencias públicas, en este sentido, institucionalizan el uso público de libertades comunicativas que permiten la integración social entre instituciones estatales, los sujetos procesales y los ciudadanos.

³⁵ CSJN, fallos: Q. 64. XLVI., Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. 24/04/2012. Es el caso de Sonia Quisbeth Castro, inmigrante boliviana, y su hijo de seis años, quien padece una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producto de una “encefalopatía crónica”. La mujer trabajaba en un taller de costura, pero tiempo después de que naciera su hijo quedaron solos en situación de calle, ante tal situación la Defensoría de la Ciudad Autónoma llevó el caso a tribunales contra el Gobierno. Resultaría sobreabundante señalar las “desiguales oportunidades de expresarse” que existen entre el Estado de la Ciudad de Buenos Aires y la actora. A los efectos de neutralizar tal desequilibrio mediante una “redistribución institucional” la Corte Suprema convocó a una audiencia pública.

³⁶ Habermas, ob. cit., pág. 245.

³⁷ Habermas, ob. cit., pág. 91.

V. Espacio público y opinión pública

Un nuevo aspecto a considerar yace en que las audiencias públicas facilitan que la opinión pública, como proceso informal que es parte del espacio público político, complemente los procesos institucionales en los que se expresa la voluntad judicial para la adopción de decisiones vinculantes del Órgano Judicial a los fines de tenerlas como legítimas.

El concepto de espacio público, como lo indica Habermas, es el lugar donde se funda y se construye la democracia. Es el punto de encuentro de una sociedad capaz de deliberar y a la vez de legitimar las decisiones. Éstas, luego de tal camino, adquieren otro tenor, pues se han inferido a partir de condiciones discursivas en su creación desde espacios comunicativos.

Las opiniones públicas representan un potencial que puede ejercer influencia constructiva sobre la reflexión y valoración de los funcionarios o sobre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, administrativos o judiciales. De hecho, este influjo apoyado por convicciones de tipo público opera sobre las convicciones de los miembros autorizados del Estado y determina su comportamiento³⁸.

Dicho de otro modo: “Solo el sistema político puede «actuar». Es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas de la opinión pública constituyen una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan decisiones influyentes. La opinión pública así elaborada y trasformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma «mandar», sino solo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección”³⁹.

³⁸ Habermas, ob. cit., pág. 443.

³⁹ Habermas, ob. cit., pág. 376.

A la postre, las audiencias públicas constituyen un procedimiento institucionalizado que permite la canalización de dicho influjo, desde la sociedad al Estado y viceversa. En virtud de ellas, se pueden presentar todos los aspectos controvertidos, argumentos y datos de un caso ante los jueces como representantes de la comunidad jurídica encargados de juzgar imparcialmente; asimismo, también lleva a que el tribunal justifique su sentencia ante un espacio público ilimitado. De forma que quede garantizada la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales⁴⁰.

VI. Democratización del Poder Judicial

Es importante no ceñir el alcance de las audiencias públicas a un mero medio probatorio, pues se estaría soslayando que importan un mecanismo de participación ciudadana en la formación de la voluntad común y de una vía de apertura al pueblo del Poder Judicial –órgano estatal con grandes cuestionamientos en cuanto a su (i) legitimidad– a través de la difusión informativa.

El desafío que planteado a los jueces en una sociedad pluralista moderna, otrora aislados –tal como lo sugería Hamilton en el capítulo 78 de El Federalista⁴¹–, consiste en ser receptivos de la opinión pública y en tomar decisiones democráticas influidas y precedidas por deliberaciones ciudadanas efectuadas en forma pública y argumentativa, es decir, mediante el intercambio regulado de informaciones y razones.

La razón de ser de ellas reside en dotar de mayor justicia a las actuaciones judiciales mediante la promoción de la intervención ciudadana en la toma de sus decisiones, a fin de que éstas sean el resultado de deliberación. De un lado, tienen su fundamento en su contribución al acceso a la justicia y al control social colectivo de la actividad judicial.

⁴⁰ Habermas, ob. cit., pág. 241.

⁴¹ Hamilton, Madison, Jay, El federalista. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Del otro, en la función de esclarecer la verdad de la materia sometida a decisión, en definitiva, si un decisor racional pretende maximizar la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan tener consecuencias graves, debe tender también a maximizar la veracidad de su conocimiento de los hechos que le afectan⁴² y las audiencias públicas constituyen una vía idónea para ello.

Así, el objeto de las audiencias públicas estriba en lograr el acceso a la justicia, un gobierno abierto, transparencia absoluta de la información y procurar que los intereses de los ciudadanos sean tenidos en cuenta por los poderes públicos; obteniendo de esta manera una instancia institucional de intervención ciudadana distinta al voto.

En tal contexto, lo que plantea el constitucionalismo dialógico es la toma de un rol activo por parte del Poder Judicial, vale decir, como promotor de la deliberación democrática. De lo que se trata, según Gargarella⁴³, es de ubicar la idea de deliberación en el centro de una teoría de la división de poderes, fundada en la premisa de que ninguna institución en particular basta para asegurar que se tomen en consideración todas las preocupaciones relativas a un tema particular.

Para el ideal deliberativo moderno de democracia, la tarea de la construcción del derecho es un asunto de todos, el pueblo debe estar en el centro de la creación normativa, pues no es una potestad exclusiva de la Legislatura ni de los Tribunales y las audiencias públicas configuran un instrumento para formación democrática de la voluntad.

Por lo demás, llevar a cabo audiencias públicas se relaciona con el modelo de Estado y, concretamente, con los “servicios de justicia” –artículo 114 inc. 6 de la Constitución Nacional–

⁴² Taruffo, Michele, Consideraciones sobre prueba y verdad. En: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 7, Madrid, 2002, pág. 121.

⁴³ Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, pág. 169.

que se pretenden de nuestro Poder Judicial. O uno hermético u otro que fomente el avance en la participación ciudadana dentro del ámbito de los procesos jurisdiccionales y difunda las discusiones jurídicas.

El reto de lograr un Poder Judicial democrático, transparente y promotor de la deliberación reconoce como argumento subyacente el propósito de que ni las partes ni los operadores jurídicos oculten, enmascaren o disimulen la información, intereses, intencionalidades o posiciones políticas en juego. Si se logra dejar atrás este paradigma de aislacionismo en el Poder Judicial, se dará por satisfecho el anhelo de Foucault para una democracia: “hacer aparecer aquello que ha permanecido hasta ahora más escondido, oculto y profundamente investido en la historia: las relaciones de poder”⁴⁴.

A su vez, para la asunción por parte de los operadores jurídicos de un rol protagónico como promotores del debate democrático y en contacto permanente con los procesos de discusión pública, resulta fundamental reconocer que el ámbito judicial es un espacio de lucha por los derechos, por ende, un espacio de lucha política y por lo tanto, también, un espacio público⁴⁵, ya que las decisiones que allí se toman inciden sobre las prerrogativas de la sociedad.

En suma, se trata de asentar sobre los operadores la responsabilidad directa en la concreción del ideal deliberativo de democracia. Un resorte para ello, es que el Poder Judicial resuelva sus causas mediante un razonamiento público que posibilite la deliberación libre de la comunidad civil.

Como síntesis, las audiencias públicas consisten en un procedimiento idóneo para: la formación de consenso, la difusión de información, la participación en el proceso judicial de personas ajenas a las partes, la razonabilidad de la decisión, la

⁴⁴ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*. Ed. Octaedro, México, 2003, pág. 26.

⁴⁵ Deviene valioso señalar que la Constitución de Mendoza en su artículo 146 establece que salvo excepciones, los procesos ante todos los tribunales de provincia son públicos.

transparencia, la eficacia y la democratización del servicio de justicia.

Bibliografía

- Acordada N° 25.325/13 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.
- Acordada N° 7/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Acordada N° 30/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Alexy, Robert, La construcción de los derechos fundamentales. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.
- Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- Arendt, Hannah, La condición humana. Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013.
- CSJN, fallos: Q. 64. XLVI., Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. 24/04/2012.
- Durango Álvarez, Gerardo, El principio del discurso y los derechos fundamentales: mecanismos de construcción de democracia constitucional deliberativa. Una aproximación desde la teoría habermasiana. Tesis para optar al título de Doctor en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.
- Habermas, Jürgen, Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Ed. Trotta, Madrid, 2008.
- Hennig Leal, Mónica Clarissa, Public hearings in the Ambit of the Federal Supreme Court: A new form of participation in public affairs? 2014.
<http://www.jus.uio.no/english/research/newsand-events/events/conferences/2014/wcclcmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>. Último acceso: 10 de abril de 2017.

- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*. Ed. Octaedro, México, 2003.
- Gadamer, Hans Georg, *Elogio de la teoría. Discursos y artículos*. Ed. Península, Barcelona, 1993.
- Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*. Tomo I. Ed. Sígueme, Salamanca, 2002.
- Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*. Tomo II. Ed. Sígueme, Salamanca, 2002.
- Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- Martí, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Actualizado por Lino Alberto Palacio y Luis Enrique Palacio. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2009.
- Serna, Pedro (Director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Ed. Comares, Granada, 2005.
- Taruffo, Michele, *Consideraciones sobre prueba y verdad*. En: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 7, Madrid, 2002.
- Tushnet, Mark, "New institutional mechanisms for making Constitutional Law", págs. 167-183. En Bustamante, Thomas; Fernandez, Bernardo Gonçalves (eds.), *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer International Publishing, vol. 113, Switzerland, 2016.
- Viola, Francesco; Zaccarà, Giuseppe, *Derecho e interpretación; Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

El llamado acceso a la jurisdicción

NORA NOEMI FARIÑA (ARGENTINA)

Introducción

El presente trabajo se desprende en el marco de una investigación financiada por la Universidad de la Cuenca del Plata titulada “Las Decisiones Judiciales Razonables ante los nuevos paradigmas sociales” en el período 2014-2016 y la actual investigación (en curso) –también financiada por la U.C.P- “La Justicia y el Acceso a la Administración de Justicia”.

Como primer análisis de resultados que se extraen de la observación de nuestras realidades sociales, se pueden generar nuevos planteamientos o herramientas técnicas que nos permitan colaborar en la búsqueda de una mejor y efectiva solución en el avance en los estudios y tratamiento del denominado “derecho” y “justicia”; como labor de los jueces en brindar soluciones a los casos que se le someten.

Otra cuestión estrechamente ligada es el enfrentamiento con la pobreza, en la aplicación de las soluciones normativas, en vista a mejorar nuestra sociedad, incluyendo a aquél universo de personas en situación más vulnerable.

En este sentido el acceso a la justicia se analiza desde miradas diferentes, por un lado desde la posibilidad del individuo de acceder a un sistema judicial, por otro la de lograr un pronunciamiento judicial conforme a derecho y dentro de un tiempo prudencial, y el conocimiento de lo que se entiende por derecho por parte de los individuos ante el enfrentamiento con el dogma normativo de que “la ley se presume conocida por todos”, y por ello resulta inexcusable. En este punto debemos analizar de qué manera el Estado asume la obligación constitucional de promover y garantizar la difusión de estos derechos y cómo se implementa el llamado derecho al acceso a la administración de la justicia como ejercicio reconocido del derecho humano.

Desarrollo

La justicia por un lado tiende a garantizar una cuestión mínima de debido proceso y una tutela judicial efectiva. Es lo que denominamos “garantías jurisdiccionales”. Dado esta afirmación es ne-

cesario diferenciar el derecho que tiene cada persona como individuo de un determinado lugar de aquel que le permita la posibilidad del acceso a la justicia para poder arribar a una determinada solución que satisfaga los derechos individuales y sociales consagrados por la Constitución Nacional y por los pactos de los derechos humanos como garantía a las cuestiones que somete a consideración de la instancia judicial.

Si partimos del concepto de justicia cualquiera fuere, observamos que en dicho concepto se integran elementos objetivos y subjetivos.

El primero, el objetivo, es consecuencia de la obligación que asume el Estado – que monopoliza el dictado de leyes-, es quién, debe brindar la garantía de una seguridad jurídica a fin de establecer el debido proceso y abarcar la tutela judicial como forma o medio que posee, a los fines de restablecer el orden social quebrantado.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva la realiza con la intervención de los denominados “operadores jurídicos” que son personas designadas para resolver jurídicamente conflictos sociales, denominados “jueces”, que al cumplir con su función invocan el principio de justicia desde un punto de vista objetivo y subjetivo.

En la aplicación del principio de justicia necesariamente deberá observar los factores externos que rodean a la controversia que se le somete, entre ellos estaría la composición de los grupos sociales, los factores económicos, los factores de comunicación, y la posibilidad del acceso a la justicia.

También, a ello se debería agregar el elemento subjetivo, de cada juez, en lo relacionado a qué entiende por justicia como un todo comprensivo de la equidad e igualdad, en miras a no quebrantar principios de derechos humanos tales como la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

De lo expuesto, podemos diferenciar a su vez que para que ese derecho contenido en un sistema normativo, se torne operable o efectivo debe necesariamente el Estado crear o facilitar mecanismos que sirvan para asegurar la efectividad de los mismos.

En este sentido los derechos sociales en cuanto a su ejercicio individual o colectivo están librados en principio a la tutela que

de ellos realicen las personas titulares de esos derechos. Un aspecto a analizar es la comunicación que el Estado hace de los mismos y la manera cómo hace para que ese derecho se observe protegido. Por ejemplo cuando se delega en el Poder Judicial la protección de esos derechos, o bien en otros organismos, también del Estado, con facultades para resolver cuestiones que se le plantean. Esto pasa en las denuncias de violencia de género o bien en las denuncias de violencia familiar. Donde, no sólo interviene el Poder Judicial, sino también otros organismos con facultades cuasi judiciales. v.gr. lo tenemos en aquellas cuestiones que solicitan alimentos, al obligado moroso o reuente, el Estado de la Provincia de Misiones crea un registro de morosos y limita el derecho de poder acceder a la lista como proveedores del estado. (Ley Provincial de Misiones N°TV n°31 Registro Público de Alimentantes Morosos de la Provincia de Misiones). Asimismo, la provincia cuenta con la Secretaría de Acceso a la Justicia y otros organismos como ser Defensoría de Pueblo, Defensa del consumidor, Defensoría del Niño, como manera de instrumentar la posibilidad de desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales, como una interpretación renovada de la noción de recurso judicial efectivo previsto en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Otro de los ejemplos que podemos tomar de nuestras realidades en relación a los derechos colectivos es la posibilidad de que se llame a “audiencias públicas” como mecanismos semidirectos de participación para solucionar temas de derechos sociales, por ejemplo los aumentos de tarifas en servicios públicos, como medida previa a la decisión política.

Dentro de las garantías jurisdiccionales también se encuentran incluidas las garantías institucionales, es decir la articulación de las garantías por los poderes del estado como el legislativo y el ejecutivo, como forma diferente al judicial. Por ejemplo: Defensoría del Consumidor, defensoría del niño, Consejo de Discapacidad, entre otros dependientes del Poder Ejecutivo en la provincia de Misiones.

Por otra parte, las instituciones oficiales encuentran delimitado el poder que ejercen dentro de la Constitución Nacional y de los principios de los DDHH, por ejemplo el derecho a la salud, a

la educación, a la vivienda, a la dignidad humana, a los alimentos, a la seguridad social, a poderes diferentes del judicial, que son los encargados de implementar el desarrollo de los denominados derechos sociales a través de leyes, decretos, o medidas de acciones colectivas que tiendan a amortiguar o delimitar los quebrantos de una determinada población, ya sea como satisfacción individual o colectiva o grupal, destinatarios de estos derechos.

Conclusión

Esclarecido el contexto dentro del tema que ocupa a nuestra investigación, nos preguntamos ¿qué técnicas podríamos implementar a los fines de contribuir con ese universo de población vulnerable?

Una de las técnicas posibles es mediante el análisis de las sentencias durante un periodo determinado 2010-2017 o dentro de una variación de temas, en razón de poder determinar qué alternativas de solución, al caso que se le plantea, le concede el sistema normativo argentino, y si la solución que ha decidido el juez resulta la mejor o la más adecuada, en razón de que en nuestro país los derechos sociales son justiciables. Por ejemplo: cuando el juez condena a conceder alimentos, a mantener el domicilio familiar, al otorgamiento de una vivienda familiar de parte del Estado.

La publicidad de la sentencias permite sostener la contracara del llamado acceso a la información pública que nos permitirá a su vez establecer cuáles son las ventajas y/o desventajas de la implementación del acceso a la administración de justicia.

Por su parte, la actividad del CE.JU.ME (Centro Judicial de Mediación, dependiente del Poder Judicial de la Provincia de Misiones), con soluciones alternativas elaboradas con el consentimiento informado de las partes enfrentadas, arriban a un acuerdo o convenio sobre temas relacionados a régimen de comunicaciones, de alimentos de cónyuges y/o hijos, régimen de alternancias de cuidado y vigilancias de niños, niñas y adolescentes, atribución de la vivienda familiar, entre otros. Conforme estadísticas tienen un monitoreo o seguimiento durante tres meses posteriores al

acuerdo celebrado, con un alto porcentaje de cumplimiento (98%, informe del año 2017). Asimismo, se advierte que muchos acuerdos arribados no han sido homologados por vía judicial, pero independientemente de ello, tienen un cumplimiento y acatamiento de alto grado, informado a través de relevamiento realizado por el propio organismo y transmitido por el director a cargo del Ce.Ju.Me.

Cabe destacar que las sentencias a las que se pudo tener acceso corresponden al fuero civil, especialmente al Derecho de Familia y contravencionales de los Juzgados de Paz, las mismas refieren a cuestiones sociales y propias de la convivencia de los individuos, como así también se han analizado sentencias nacionales en relación a dichos temas que resultaron de una selección aleatoria.

Las mencionadas sentencias son analizadas cotejándolas con el sistema normativo para vislumbrar el acatamiento o no de los jueces al sistema normativo en su conjunto, es decir a lo que refiere al cumplimiento de las leyes o brindando soluciones alternativas. Reforzando este criterio, se hace mención a las denominadas Reglas de Brasilia, a modo de síntesis donde se fijan los criterios y principios que deben tener en cuenta los órganos jurisdiccionales de los estados miembros para garantizar el acceso a las personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana y que por Acordada N° 5/2009 en Expediente N° 821/2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina adhiere a estas reglas.

Previamente a dicha adhesión por acordada N° 37/2007 en expediente N° 4437/04 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 17/12/2007 en la Sala de Acuerdos acordaron la creación de una Comisión Nacional de Gestión Judicial, presidida por un ministro de la CSJN e integrada por jueces federales nacionales y provinciales con el fin de desarrollar programas normativos de gestión y de carácter formativo de recursos humanos y materiales para los poderes judiciales nacionales y locales. También se crea la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, presidida por un ministro de la CSJN e integrada por jueces federales nacionales y pro-

vinciales con la finalidad de promover e incentivar el acceso a la justicia a través de programas educativos y de sugerencias de modificaciones legislativas a otros poderes del Estado a fin de orientar y disminuir la litigiosidad judicial.

De esta manera, se observa que los códigos de forma o procesales, si bien contienen acciones colectivas, predominan acciones individuales y las acciones procesales se basan esencialmente en técnicas para agotar los intereses de un conflicto de las partes intervinientes pero no con proyección colectiva.

Otra de las cuestiones que se advierten es que en nuestro país la defensa de los derechos sociales no resulta lucrativa para la actividad profesional del abogado, en donde podría preverse una serie de alternativas: como por ejemplo el subsidio estatal o la simplificación de las tramitaciones en sedes administrativa y judicial.

Por otra parte, los abogados en nuestro país gozan del monopolio de la actuación judicial en representación de los intereses individuales y/o colectivos atribuidos por ley, por ello, se requiere nuevas formas de regulación que determinen que ese monopolio impida el acceso a la justicia a sectores de la población más vulnerable.

Otro punto que merece especial atención es la situación de quienes se considera uno de los sectores más vulnerables y sensibles de la sociedad, nos referimos a la necesidad previa de distinguir dos concepciones vigentes de la pobreza en el derecho contemporáneo.

La primera que considera a la pobreza como un flagelo natural “cuyas consecuencias pueden ser minimizadas, pero que responden a un orden natural de las cosas que se impone a los hombres, como las catástrofes naturales, y que sería inútil y peligroso pretender alterar”. La pobreza estaría dada por la carencia y se considera a los pobres como beneficiarios de determinadas prestaciones y no como sujetos titulares de derecho. La pobreza es el producto de un orden espontáneo como el mercado, de esta manera, despersonalizando a la atribución de la responsabilidad no existiendo responsabilidad estatal y social de la pobreza, desprendiéndose de la responsabilidad humana concreta, siendo ésta, atribución exclusiva del individuo, no existe obligación jurídica,

solo existen deber moral de asistencia, de la caridad o beneficencia o de la responsabilidad social de la empresa.

En este sentido quién es responsable de la pobreza? Son quienes lo son por su propia torpeza, por su vagancia, por su incapacidad, en definitiva los propios pobres o el “destino”.

La segunda concepción es aquella que sostiene que es una Injusticia Social “cuyas causas pueden y deben combatirse”.

La tensión entre ambas concepciones podría determinar otra tensión la que existe entre las demandas “del mercado y los derechos humanos” porque afecta principios de derechos humanos, tales como la falta de igualdad, la falta de educación, de viviendas, de un nivel de vida adecuado, etc.

Entendida a la pobreza como un fenómeno social nos permite colocar a la misma como una injusticia social, concebida desde una mirada polifacética o multidimensional¹ que presenta aspectos sociales, políticos y culturales, entre los que se encuentra el aspecto jurídico que se relaciona con la discriminación y la igualdad. De allí que lo opuesto a la pobreza no es la riqueza sino la justicia² y aspira a tratar a las personas como verdaderos

sujetos de derecho, aunque a veces en la práctica esos derechos son menguados (por ej: la imposición de una vivienda cualquiera o ingresos mínimos, sin facultado de opinar negociar) o negados reduciéndolos a una ciudadanía de “segunda categoría”.

“En esta línea se orientan los Principios Rectores cuando expresan que la pobreza no es solo una cuestión económica; es un fenómeno multidimensional que comprende la falta tanto de ingresos como de las capacidades básicas para vivir con dignidad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró en 2001 que la pobreza es una condición humana que se caracte-

¹ Derecho y Pobreza. Un análisis desde el método de casos. Andres Rossetti y Magdalena I. Alvarez (coordinadores) Primera parte, capítulo 3 p.107 en idéntico sentido cuando expresa “ implica que puede tenerse muchas vulnerabilidades juntas” p.107

² RUIZ-RESTRERO, Adriana. ‘ El derecho como estrategia de reducción de la pobreza’, en Perspectiva, n° 24-2010, disponible en la www.revis-taperspective.com

riza por la privación continúa o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesario para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales (E/C.12/2001/10, párr. 8)”, quebrantando en consecuencia principios de autonomía y de libertad esenciales en todo individuo.

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos la pobreza es más que la mera insuficiencia de ingresos. “Se trata de un fenómeno multidimensional gestado por estructuras de poder que reproducen estratificación social y una visión excluyente que discrimina a vastos sectores del continente, como las mujeres, los pueblos indígenas y los afrodescendientes”³.

Completando este concepto Andres Rosetti expresa “...el Instituto de Derechos Humanos muestra doce significados del concepto de “pobreza” (IIDH, 2010 -21-22) entre los que se visualiza como “concepto material” (y puede significar “necesidad”, “patrón de privaciones” o “limitaciones de recursos”); como “situación económica” (puede significar en relación con el nivel de vida, con la desigualdad o con la posición económica); como “condiciones sociales” (y su significación se relaciona con la clase social, con la dependencia, con las carencias de seguridad básica, con la ausencia de titularidades o con la exclusión) y, por último, pobreza como “juicio moral”⁴

Para esta concepción la pobreza no es concebida como decisión de los pobres, sino de los detentadores del poder político y económico quienes por sus acciones en el estado, empresas e incluidos del sistema no siendo un deber moral sino una obligación jurídica donde la falta de coerción y la obligatoriedad real determinan en las realidades la inexistencia del derecho.

³ GUIÑAZU, Claudio Abordaje Jurídicos de la(s)pobreza(s), Primera Parte, Capítulo 4, p.133 libro Derecho y Pobreza. Un análisis desde el Método de casos, obra citada.

⁴ Rosetti Andrés y Alvarez I Magdalena (coordinadores) “Derecho y Pobreza. Un análisis desde el método de casos. Primera Parte Capitulo 3 Andrés Rosetti, “Derecho(s) y pobreza: reflexiones sobre una relación problemática.p.107.

Y, es en este sentido que la pobreza es responsabilidad del estado en un sentido de acción u omisión como medio para arbitrar los medios que permita hacer cumplir y respetar el derecho y que no se violen los derechos básicos.

Ambas concepciones contrapuestas coexisten en el derecho interno de los estados y en el derecho internacional y el rol que cumple el estado es esencial en relación a preservar la no violación de la dignidad, de mantener el principio de igualdad y consecuentemente el principio de autonomía y de libertad.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art 22 y 25.1.) contienen principios relacionados a toda persona como miembro de la sociedad,⁵ a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad⁶, con normas semejantes que se mantienen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966 art 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966-art 6.1); Convención sobre la Discriminación Racial (1965-art 5), Convención contra discriminación de la mujer (1979 arts 11 a 14), Convención de los derechos del Niño (1989 arts 24.1. y 27.1.)⁵

En el derecho interno se incorporan principios en las Constituciones Provinciales y Nacionales, como así en la nueva legislación del CCCN, especialmente en el contenido de las normas de constitucionalización del derecho privado, especialmente aquéllas referidas a los derechos humanos (p.e. identidad, de conocer los orígenes, de escuchar al niño, niña y/o adolescente, la tutela del niño, la protección a las personas con capacidades diferentes, los derechos de la mujer, del consumidor, los derechos colectivos, los ambientales, las comunidades originarias, entre otros) que intentan abarcar al derecho desde una mirada integral como una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho Público y el derecho Privado.

Sin embargo existen autores como Andrés Rossatti que sostienen que independientemente que la Argentina haya incorporado en la reforma de 1994 principios de derechos humanos en la Constitución Nacional (art 75 inc 23) como un aval para exigir

⁵ Rossetti, Andrés, ob,citada p.108-110.

desde el derecho la eliminación total de la pobreza, ésto"...sólo a nivel "normativo" y siempre existen "estrategias" para no cumplir con las normas y los derechos en ellas consagrados, como la calificación, sin fundamentos, de la programaticidad de los mismos o bien dejar a ellos limitados a la discreción en la realización de las políticas públicas de parte del Estado(aún so pena de incurrir en responsabilidad internacional)".⁶

A ello se debe agregar que en la Argentina actualmente encontramos un descreimiento generalizado de la sociedad en relación a la aplicación del derecho por parte de funcionarios del poder judicial, especialmente en lo relacionado a modo de a reparación del derecho quebrantado.

Conclusión

La pobreza se vincula en diversos modos con la violación de los derechos humanos, y al ser considerado como una violación a la dignidad humana⁷ uno de los caminos para aliviar es garantizar el acceso a la justicia a este universo de individuos vulnerables.

Las 100 Reglas de Brasilia, de acceso a la justicia para Personas vulnerable, que Argentina adhiere en el año 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, establecen pautas o reglas que permitan el acceso a la justicia a este universo de individuos vulnerables caracterizados por encontrarse marginados, desplazados o impedidos de ejercer sus derechos como personas en condiciones de igualdad con los restantes miembros de la sociedad y esta calificación depende de los criterios adoptados por los propios estados.

De esta manera las Reglas de Brasilia (2008) establecen que: "La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en

⁶ Rossetti, Andrés, obra citada p.116.

⁷ De Lora (2006, 139) dice que "la dignidad intrínseca de todos los seres humanos es el fundamento de los derechos humanos de acuerdo a la Declaración Universal" citado por Rossetti Andrés, en obra citada p.111 in fine.

aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.”

Nuestro CCCN intenta como manera de garantizar la administración de justicia diferenciar al derecho de la ley, destinando al juez las normas de aplicación del derecho y la ley a la población en general.

Dentro del contexto de sentencias analizadas, preferentemente las relacionadas a cuestiones de Familia, como medida de reforzar el acceso a la justicia se establecen normas de derecho procesal como ser el principio de tutela judicial efectiva, el principio de inmediación, el de buena fe y lealtad procesal, el de oficiosidad, oralidad y de acceso limitado al expediente imponiendo como obligación a los jueces la aplicación de las normas de procedimiento a modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerable y la resolución pacífica de los conflictos (art 706 inc. a).

Bibliografía

- Abramovich, Victor-Pautassi, Laura (comp.): “La Medición de Derechos en las Políticas Sociales”, Ed. Del Puerto SRL, Buenos Aires, 2010. Capítulos: I: redactado por Laura Pautassi pp. 1 y ss. III redactado por Christian Courtis pp. 127 y ss.
- OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Lineamientos para la Elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 2008.
- Reglas de Brasilia para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad aprobadas en Costa Rica el 26-05-2008.-
- Rossetti Andrés-Álvarez, Magdalena (Coord.): “Derecho y Pobreza”, un análisis desde el método de casos., CIJS, 2015, Córdoba, Capítulo I: redactado por Silvina Ribotta pp. 25 y ss., Capítulo VII: redactado por Rosa María Aguilera y Romina Daniela Scocozza pp. 225 y ss., Capítulo III redactado por Andrés Rossetti, p.101 y ss, Capítulo IV: redactado por Claudio E. Guinazú p.123 y ss.

Direitos humanos e os tratados internacionais

O direito humano dos refugiados ambientais à proteção do direito internacional e dos tratados internacionais

CÉLIA TERESINHA MANZAN¹ (BRASIL)

¹ Graduada em Direito pela UNIUBE – Universidade de Uberaba; Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG e em Direito Público e Filosofia do Direito, pela Faculdade Católica de Uberlândia/MG; Especialista em Direito Constitucional pela Università di Pisa/Itália; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de BAURU/SP; Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional; Membro da Associação Colombiana de Direito Processual Constitucional; Miembro Adjunto Extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Aluna regular do Curso de Doutorado Intensivo em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires – UBA/Argentina; Diretora da Associação Brasileira de Advogados/ABA em Uberaba/MG; Servidora Pública Municipal com atuação na Advocacia Consultiva-Administrativa da Procuradoria Geral do Município de Uberaba – PROGER, Advogada. Residente no Brasil. E-mail: celiamanzan@gmail.com

Dirección postal: Calle Maximiliano Alves, número 120 – Barrio: Boa Vista. Ciudad: Uberaba – Minas Gerais – Brasil - Teléfono de contacto: 55(34) – 3312-6124 (residencial) – 55(34) – 99978-0198 (celular) – 55(34) -3318-0829 (Procuradoria Geral do Município de Uberaba).

Agosto/Septiembre 2017

Há só uma Terra, mas não só um Mundo. Todos nós dependemos de uma biosfera para conservar nossas vidas. Mesmo assim, cada comunidade, cada país luta pela sobrevivência e pela prosperidade quase sem levar em consideração o impacto que causa sobre os demais².

RELATÓRIO BRUNDTLAND, NOSSO FUTURO COMUM

I. Introdução

O objetivo fundamental deste artigo é tratar do direito humano dos refugiados ambientais sob o prisma do direito internacional, com abordagem das legislações principais relacionadas aos tratados internacionais. Hodiernamente, anota-se que a situação dos refugiados está a cada dia, um tanto quanto delicada, necessitando que seja dada uma atenção mais particularizada ao assunto.

Ressalta-se que o *mister* primeiro acaba sendo desempenhado pelo Direito, pois a este cabe a normatização.

A evolução da pesquisa proposta consistirá, a princípio, por traçar algumas considerações sobre direitos humanos e meio ambiente e, anotações de alguns documentos internacionais sobre a questão ambiental e sobre o direito internacional ambiental.

Em seguida será focada a concepção contemporânea de refugiado, refugiado ambiental, com a observação de que a concepção não pode ter um caráter excludente e sim, complementar, ante à finalidade de uma proteção universal daqueles que se encontram nesta condição.

Considerando o vasto número de Acordos/Tratados que versam sobre a matéria, serão estudados os pontos principais daqueles que norteiam o temário.

² A citação acima é objeto de um dos mais impactantes relatórios já produzidos pelas Nações Unidas, o Relatório da Comissão presidida por Gro Harlem Brundtland, “Nosso Futuro Comum”.

Por fim, algumas considerações finais sobre o tema, destacando que o assunto ainda merece muita atenção por parte dos Estados, uma vez que a legislação que existem nos ordenamentos, tem algumas mais evoluídas e, outras, não. Entretanto, observa-se uma necessidade maior de trabalhar a cooperação entre os países para uma possível solução das necessidades básicas daquele que é denominado de refugiado ambiental, conforme será visto no decurso deste trabalho.

II. Considerações importantes sobre o *duo* Direitos Humanos e Meio Ambiente

Antes de adentrar efetivamente ao tema, imperioso trazer à colação exposições e definições de conteúdos que se interagem, voltados para o Meio Ambiente e os Direitos Humanos.

Princípio falando dos direitos humanos.

Para tratar deste temário, necessariamente temos que recordar que as conquistas históricas a eles relacionadas estão interligadas às grandes guerras que arruinaram a humanidade.

A principal conquista é a **consideração da pessoa humana como sujeito de Direito Internacional**. Consigna-se, ainda, que existem limitações ao se levar em conta a plenitude do exercício dos direitos conquistados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, solenemente aprovada pela Resolução 217A (III), da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948, conferiu uma concepção um tanto quanto moderna de direitos humanos, de forma que tais direitos são entendidos como uma unidade interdependente e indivisível³.

Piovesan⁴ pondera que “*todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si*”.

³http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, consulta virtual realizada em 16 de março de 2017.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7 edição. Editora Saraiva, São Paulo. 2006, p. 136.

E o que são os direitos humanos?

Várias definições doutrinárias são tecidas sobre o assunto e todas contêm a ratificação de fundamentalidade.

Acerca do temário, Silva⁵ destaca que os Direitos humanos são compostos por “*princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana*” e a qualificação desses direitos como fundamentais leva ao entendimento de que se trata de “*situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive*”.

Deste modo, os Direitos Humanos⁶, constituem “*o conjunto de direitos fundamentais⁷ da pessoa humana e como tal, caracterizados pelos atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Tais características referem-se à impossibilidade jurídica de que o indivíduo – quer voluntária ou involuntariamente – venha a privar-se ou ser privado de seus direitos fundamentais, num ordenamento jurídico que os reconheça*”. (destaquei)

A definição retro é bastante clara ao fazer constar que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos no ordenamento, não podem ser desapossados sob nenhum dos aspectos e, da mesma forma, não são suscetíveis de alienabilidade, prescrição e renúncia.

Pode-se aduzir uma garantia plena quanto ao seu reconhecimento, porém, não se pode dizer o mesmo quando se fala em efetividade, a exemplo do direito social e fundamental à saúde, como também de tantos outros direitos sociais em diversos países, anota-se.

Quanto ao meio ambiente, seguindo critério de classificação internacional de direitos humanos, ficou agrupado entre os integrantes da terceira geração juntamente aos direitos ao desenvolvimento e à paz.

Tais direitos tem por alvo principal o gênero humano e, assim, podem ser catalogados como direitos difusos cujos atributos intrínsecos estão relacionados, em suma, à indivisibilidade e à tran-

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1998, p. 182.

⁶ in SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 179.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997, p. 514.

sindividualidade. Usualmente são cognominados de direitos de solidariedade ou fraternidade, ante a sua implicação ser, também, universal.

A titularidade dos direitos de 3ª dimensão é coletiva e muitas das vezes indefinida e indeterminável.

As dimensões contempladas demonstram as suas importâncias na concretização/positivação de direitos nas esferas constitucional e internacional.

Estas são resultados de reivindicações fundamentais do ser humano, gerada, “*dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descoloniização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos humanos*”⁸.

O direto ao meio ambiente e qualidade de vida nos aporta a novas técnicas de garantia e proteção, cujo reconhecimento se impõe.

Observa-se que esses direitos tendem a cristalizar-se, pois supera a esfera de atuação dos indivíduos considerados isoladamente e, não há como dividi-los, pois estão interligados por circunstâncias de fato e pertencem a todos, a exemplo do ar que respiramos. E como tal, merecem uma proteção universal, e coube ao Direito esta normatização.

Vários documentos elaborados internacionalmente contemplam a proteção do meio ambiente e, para efeito deste tópico, serão citados apenas alguns.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, no ano de 1968, por meio da resolução 2398⁹, no inciso XXIII, nos aporta ao seguinte: “*Preocupados com os efeitos nas condições do homem, seu bem estar físico, mental e social, sua dignidade e fruição dos direitos humanos básicos nos países em desenvolvimento e naqueles desenvolvidos*”.

⁸ SALET, Ingo wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Editorial Livraria do Advogado. 11ª Edição. Porto Alegre, 2012. p. 48/49.

⁹ <http://www.un.org/documents/ga/res/23/ares23.htm>, acesso efetivado em 12 de março de 2017.

A resolução disseminou em seu conteúdo textual, a preocupação com os efeitos da degradação da qualidade do meio ambiente na condição humana e no referente ao gozo dos direitos humanos básicos, fundamentais para a sobrevivência do ser humano, como gênero.

Também, o Protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰ consagrou expressamente o “*Direito a um meio ambiente sadio*” e de que “*Toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos*”, ressaltando que tais atribuições serão de competência d’“*os Estados Partes*” que “*promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente*”, vale dizer que, aquele Estado que for parte da Convenção assume, obrigatoriamente, o compromisso de zelar, proteger, preservar e melhorar o meio ambiente em que vivemos.

Uma das principais conferências mundiais que aportou a participação de um grande número de representantes foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio92¹¹, que se ocupou, em seu conteúdo, com o meio ambiente e os direitos humanos e conclamou a todos para “*a conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar, ...*”.

E, neste toar, outras conferências se seguiram, como a Conferência de Johannesburgo (Rio+10)¹², que ratificou os compromissos firmados entre os países que participaram da reunião no Rio de Janeiro, a ECO92, lembrou os compromissos firmados entre os países e os desafios enfrentados pelas diversas nações ali representadas, reafirmou seu compromisso com o desenvolvimento

¹⁰ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm, consulta realizada em 12 de março de 2017.

¹¹ <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>, acesso realizado em 13 de março de 2017.

¹² http://www.ipardes.gov.br/biblioteca/docs/bol_24_6e.pdf, acessada em 13 de março de 2017.

sustentável, frisou a importância do multilateralismo democrático e responsável e assumiram o compromisso de agir em conjunto para a concretização do objetivo de garantir às futuras gerações um mundo melhor.

É clara a preocupação das conferências mundiais com o futuro ambiental e humano do mundo.

Assim sendo, há de saber que a proteção ambiental se constitui, também, de condição para o gozo dos direitos humanos, eis que ambos, além de interdependentes, estão inter-relacionados.

2.1. O Direito Internacional Ambiental:

Diante do estudo proposto, importante abordar o direito internacional ambiental registrando que este faz parte do compêndio de normas do direito internacional e se ocupa das questões relacionadas ao meio ambiente, face o intrincado cenário de globalização. Trata-se de um ramo do direito que teve uma significativa e progressiva evolução no final do século XX caminhando para um rumo global de cooperação.

Historicamente, sua evolução perpassou por fases importantes e de marcos significativos na sua evolução.

A primeira é anterior à Conferência de Estocolmo, que data o ano de 1972. Os marcos paradigmáticos foram os movimentos ambientalistas que formaram a alicerce para o nascimento do direito ambiental.

A segunda fase compreende um interstício de 20 anos - de 1972 a 1992- cujo marco principal foi a Conferência do Rio/92, onde foram tratados de importantíssimos acordos ambientais de caráter multilateral.

E a última fase iniciou em 2002 e vige até nossos dias e o marco é a Conferência de Johannesburgo. Nesta Conferência surgiram oportunidades e novas parcerias, novas modalidades de cooperação no marco da governança ambiental e a entrada em vigor de tratados importantes, como a Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes e o Protocolo de Quioto¹³.

O Brasil ratificou o Protocolo de Quioto em 23 de agosto de 2002, tendo sua aprovação interna se dado por meio do Decreto Legislativo nº 144, de 2002.

A fase contemporânea do direito internacional do meio ambiente se funda em estudos científicos que demonstram as mudanças ambientais globais, cujas consequências resultam do crescimento da população humana e da forma como o planeta vem se desenvolvendo, ou seja, uma industrialização desenfreada e uma exploração predatória dos recursos naturais.

O direito internacional tem se valido de instrumentos avançados, como o já citado de Quioto, que delinea compromissos obrigatórios e de caráter vinculante, com o objetivo de que os desdobramentos dos problemas ambientais tenham um tratamento estratégico.

Entretanto, outras formas de desafios ainda aí estão para serem superadas pelo direito internacional ambiental, as quais estão relacionados ao economicismo e o desacerto entre as políticas econômicas e ambientais, assim como a desarticulação, por vezes, entre as políticas interna e externa.

A consideração do interesse comum no meio ambiente global caminha para as regras internacionais *erga omnes*, ou seja, aplicáveis a todos os Estados, cujos conteúdos estes devem sobremaneira respeitar e fazer respeitar.

A principal forma de concretização das normas do direito internacional ambiental tem sido através dos **tratados**, enquanto que as declarações solenes contribuíram para a evolução das questões ambientais no campo do direito internacional e, igualmente, as jurisprudências internacionais.

Os posicionamentos internacionais da Corte são uníssimos quanto à obrigação legal de se prevenir danos ambientais transfronteiriços, de cooperar para o gerenciamento dos riscos ambientais e de utilizar recursos naturais comuns de forma equânime.

Relatos científicos corroboram que os problemas do meio ambiente global estão ficando cada dia mais difícil, e um impacto muito forte no meio ambiente pode ser irreversível, conforme se

¹³ <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto>, consulta realizada em 15 de março de 2017.

observa do caso de Mariana/MG, em que a barragem de Fundão rompeu-se provocando uma onda de lama que devastou distritos próximos até atingir o Oceano Atlântico, no Estado do Espírito Santo/ES.

Outra questão deveras preocupante está relacionada com as vagarosas ações preventivas e corretivas que são adotadas para corrigir as falhas ambientais. No caso citado de Mariana, se os órgãos competentes tivessem tomado as medidas preventivas e corretivas necessárias, obviamente o desastre ambiental não teria ocorrido.

Consoante se verifica, há uma coadjuvação recíproca entre meio ambiente e direitos humanos objetivando as suas proteções sendo que ambas se interpenetram, se interagem.

III. Quem, efetivamente, é cognominado de "refugiado" sob a ótica dos direitos humanos contemporâneo?

A declaração de 1948 é que introduz uma concepção mais moderna de direitos humanos e, nesse desiderato, consagra a ideia de que os direitos humanos são universais, consoante já anotado supra, são inerentes à condição de pessoa humana e não relativo às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, incluindo em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, afirma, ineditamente, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, conforme pondera Piovesan¹⁴.

Os Direitos Humanos surgiram para serem aplicados em tempos de paz e seu campo de atuação é o próprio ordenamento jurídico; e se trata de um direito que é oponível pela pessoa humana em face do Estado, seja em razão de nacionalidade, residência, domicílio ou por qualquer situação física temporária de submissão àquele ordenamento jurídico.

Piovesan¹⁵ anota, ainda que a Declaração de Direitos humanos de Viena, de 1993, ratifica a concepção introduzida pela Declara-

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Editora Saraiva. São Paulo. 2015. P 247.

¹⁵ Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 248.

ção de 1948, quando, em seu §5º, afirma: “*Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase*”.

Após a Declaração Universal, surge a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado¹⁶, de 1951, que nos termos do seu artigo 1º, refugiado é toda pessoa que “*em virtude e de eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, está fora do país de sua nacionalidade, e não pode ou em razão de tais temores, não queira valer-se da proteção desse país; ou que, por carecer de nacionalidade estar fora do país onde antes possuía suas residência habitual, não possa ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele*”.

A lei brasileira de nº 9.474¹⁷, publicada em 1997, em seu artigo 1º, internaliza e amplia a definição de refugiado presente na Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Assim reconhece como *refugiado toda pessoa que por temor de perseguição por causa de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou grupo social ou por existir uma situação de grave e generalizada violação dos direitos humanos fuja de seu país ou local de sua residência habitual*.

Consoante se observa da lei brasileira, a terminologia *refugiado* foi ampliada e o estado brasileiro é considerado aquele que tem um contemporâneo e maior arcabouço de legislação versando sobre o assunto.

O Protocolo do Estatuto do Refugiado, com a finalidade de ampliar o alcance da definição refugiados, em data de 31 de janeiro de 1967, suprimiu do artigo 1º, II, as referidas limitações.

¹⁶http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf, consulta realizada em 23 de março de 2017.

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm, consultada em 23 de março de 2017.

Assim, refugiado, em conformidade com a obra de Piovesan¹⁸ e nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, *é aquele que sofre fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem. Vale dizer, refugiada é a pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence, como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição de solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da de estrangeiro normal*.

Desde a **Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967**, observa-se um esforço de ampliar e estender o conceito de refugiado nos âmbitos regionais africano e americano¹⁹.

A Declaração de Cartagena sobre os refugiados de 1984, aplicável aos países da América Latina, em vista da experiência decorrente da afluência maciça de refugiados na área centro-americana, recomenda que a definição de refugiado abranja também as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos, ou por outras circunstâncias que hajam perturbado gravemente a ordem pública²⁰.

Não obstante a Convenção e o Protocolo apresentarem um conceito de refugiado, nada impede que essa concepção seja ampliada, uma vez que tais definições não devem ser excludentes, e sim, complementares, com o fito de uma proteção universal daqueles que estão na condição de refugiado.

3.1. E quem é aquele cognominado de “refugiado ambiental”?

Nos idos de 1995 foi realizado um estudo pelo climate institute²¹ em que registrava que 25 milhões de pessoas já se encontram no

¹⁸ Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 251.

¹⁹ Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 252.

²⁰ Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 252.

²¹ <http://climate.org/archive/PDF/Environmental%20Exodus.pdf>, consulta realizada em 23 de março de 2017.

mundo na condição de *refugiados ambientais* e prevê que no ano de 2025, um número extremamente altíssimo de pessoas se tornarão refugiados devido à degradação do meio ambiente, registrando que estas pessoas fugirão das zonas desertificadas, de desastres naturais, das alterações climáticas, das enchentes e secas prolongadas. O estudo cita a África como o país que será mais afetado por estas questões ambientais.

A aceção *refugiado* para indicar aquelas pessoas que deixam o seu habitat por razões de ter sido afetados pela fúria do meio ambiente e lá não mais conseguem sobreviver por qualquer motivo, não é apropriada sob a ótica do Direito Internacional.

Como se observou na definição citada no item anterior, não se contempla nos cognominados refugiados, as pessoas deslocadas em virtude de problemas ambientais, que, presentemente, são denominados de refugiados ambientais.

O Brasil, por exemplo, vive um contexto muito forte relacionado às secas nordestinas e muitas pessoas ‘fogem’ desta seca e não estão fora do território brasileiro, todavia, podem ser considerados refugiados ambientais.

Na oportunidade, destaca-se que o deslocamento das pessoas advindas de causas ambientais tem gerado fortes discussões pela insuficiência de reconhecimento legal e amparo jurídico específico em consonância com o Regime Internacional dos Refugiados (RIR), anota-se.

Assim sendo, a terminologia *refugiado ambiental* é adotada em relação àquelas pessoas que efetivamente são obrigadas a deixar os seus lares, seja de forma permanente ou temporária, por questões de desordens relacionadas ao meio ambiente e que podem ser ocorrências naturais, a exemplo de terremotos; ou mesmo humanas, como acidentes industriais ou, por ambos os fatores (humanos e naturais), como episódios de chuva ácida, enchentes em áreas desmatadas, dentre outros, porém, nem sempre, se afastam do país donde vivem.

Um exemplo que presentemente chama atenção dos ambientalistas é o do Estado de Tuvalu, localizado na Polinésia. Este é formado por 9 (nove) ilhas, sendo 8 (oito) delas habitadas e estão sofrendo com o aumento das águas e boa parte de Tuvalu já está submersa.

É o caso de um país que perderá o seu território. Tuvalu é atualmente o foco de preocupação de inúmeros ambientalistas, que acreditam que um eventual aumento no nível do mar causado pelo fenômeno do aquecimento global possa atingir as ilhas em cheio, submergindo-as. A própria constituição dos atóis e recifes contribuiria para tal catástrofe, por formarem um terreno de baixa altitude sensível às mudanças marítimas e avanço da água. Por outro lado, não há cursos d'água, obrigando a população local a coletar toda a água da chuva para sua manutenção.

Parte das pessoas que vivem nestas ilhas já se deslocam para a Nova Zelândia em função das inundações. Aqui temos um forte exemplo de deslocados ambientais. As inundações são originárias do aquecimento global, ou seja, tratam-se das consequências das emissões descontroladas de gases poluentes na atmosfera terrestre causadoras do efeito estufa, apesar de haver divergências no campo científico sobre a relação dos gases estufa e aquecimento global.

De acordo com Piovesan, os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos²². Cada refugiado tem sua própria história, seja de repressão, perseguição, abusos, medos, questões climáticas, etc.

E a história/condição de cada refugiado demonstra uma afronta aos direitos humanos, independentemente qual seja a origem.

IV. Os Acordos Internacionais envolvendo os Refugiados Ambientais

Não obstante o propósito deste tópico, há de se concluir que nas ponderações elencadas acima, já foi abordado alguns instrumentos jurídicos internacionais que versam sobre o assunto. Assim, serão realizados aqui, anotações e ratificações de normatização já tratadas que, sob a ótica da subscritora deste, são importantes para o desenvolvimento do presente tópico.

O Tratado em si, é um acordo que é formalizado entre estados ou entre estes e organizações internacionais, cabendo a sua regulamentação ao direito internacional.

²² Idem PIOVESAN. Obra citada. 2015. p.254

É através dos Tratados que os estados criam vínculos internacionais e os estados aderentes assumem o compromisso de efetivamente cumpri-los.

Quanto à sua terminologia, outras expressões também podem ser adotadas com o mesmo sentido, a saber: Tratado, Acordo, Convenção, Protocolo, Pacto, etc e, isso vem demonstrar que inexistente uma forma rígida a ser perseguida quanto à nomenclatura.

A Convenção de Viena (artigo 38), que é o Direito dos Tratados, anota regras que devem ser aplicadas aos tratados escritos e, as quais se cingem, em suma, às reservas, interpretação, entrada em vigor dentre outras²³.

Presentemente, os tratados são a forma mais comum de se criar normas internacionais de caráter vinculante, relacionadas às questões ambientais.

É cediço que a **Declaração dos Direitos Humanos** datada de 1948 consagrou em seu artigo 14 o direito de solicitar proteção e dela gozar.

Neste toar assegura a liberdade e a igualdade, cujos valores culminam por não aceitar qualquer tipo de discriminação de qualquer natureza para com as pessoas que estão em busca dessa proteção.

Todo refugiado tem o direito fundamental de proteção internacional e os Estados têm o dever jurídico de respeitar os instrumentos que tratam desta situação, quais sejam: a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, datado de 1951, e a Declaração Universal. **Estes são os Instrumentos Internacionais que oferecem proteção primeira para os cognominados refugiados.** Estes têm uníssono, o objetivo basilar de defender e garantir a dignidade e a integridade do ser humano. Anota-se que cada Estado também pode normatizar internamente o assunto.

Salienta-se que os refugiados são considerados refugiados quando têm os seus direitos fundamentais violados e o refúgio é medida essencialmente humanitária. A proteção internacional dos refugiados tem como fundamento a universalidade dos direitos

²³ <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>, consulta realizada em 20 de março de 2017.

humanos que afirma que a dignidade é inerente à pessoa humana e dessa condição decorrem direitos.

Conforme ponderou Espiel²⁴, citado por Piovesan, *se é certo afirmar que os refugiados possuem um regime jurídico internacional específico que deriva, entre outros instrumentos, da Convenção de 1951 e do protocolo de 1967, não é menos certo que os princípios e critérios normativos que fundam esse regime se encontram na Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts 13 e 14)...*

Consoante adotado supra, a proteção internacional dos refugiados tem como base a universalidade dos direitos humanos, cuja afirmação tem a dignidade da pessoa humana, condição/valor inerente à pessoa, como diretriz primeira.

Ainda, assegurar valores, em suma, da liberdade, da igualdade e rechaçando discriminações de qualquer natureza, decorre, daí, o direito fundamental de proteção assegurado no direito internacional e, doutro lado, cabe ao Estado, o dever de seu cumprimento e a observância à Convenção sobre o Estatuto do Refugiado.

Há uma estreita correlação entre a Convenção de 1951 e o Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, notadamente quanto ao artigo 14, que tem por fito proteger integralmente o ser humano. E a proteção a ser consagrada ao ser humano deve alcançar todos os direitos civis e políticos como os sociais, econômicos e culturais, em face da trilogia da independência, indivisibilidade e pelo fato de estarem inter-relacionados e se reforçarem entre si.

O estatuto dos refugiados deve ser interpretado, conforme já enfatizado, em harmonia com a Declaração Universal de 1948 e também, em consonância com todos os tratados internacionais que regem a proteção dos direitos humanos.

Os instrumentos internacionais firmados entre os países aderentes devem ser um complexo de solidariedade e de cooperação, especialmente quando, nesse panorama encontramos aqueles mais vulneráveis.

²⁴ PIOVESAN, obra citada. 2015. P. 254/255 in GROS ESPIEL, Hector. El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos. In: Estudios sobre derechos humanos. Madrid: Civita/IIDH, 1988. V. 2 p. 253.

O refugiado em conformidade com o artigo 2º da Convenção/51 tem o dever de respeitar as leis do país que o acolheu, eis que goza de direitos humanos fundamentais, como não ser discriminado; exercício da liberdade de religião; direito de aquisição de propriedade; direito de associação; livre acesso ao judiciário; direito ao trabalho, educação, etc.

Dentre o principal direito assegurado ao refugiado pelo sistema internacional de proteção é o direito de não ser repatriado, ou seja, este não pode ser obrigado a retornar ao seu país de origem, nos termos do artigo 33 da Convenção de 1951.

V. A emergência de um novo paradigma jurídico objetivando um efetivo reconhecimento da situação dos refugiados ambientais com maior consideração dos seus direitos humanos e cooperação entre os países

Referenciando ao caso concreto citado no decurso do trabalho, os dois países mais próximos para receber os habitantes de Tuvalu (Estado da Polinésia), que estão sendo deslocados em virtude dos extremos climáticos e pela elevação do nível dos oceanos são a Nova Zelândia e a Austrália.

Ao serem acolhidos deverão se adaptar ao que fora previamente pactuado, ou seja, e, por exemplo, ter fluência básica da língua inglesa. Encontramos nesse grupo de pessoas também aquelas que têm idade avançada, crianças, por exemplo, e que terão certamente dificuldades para conseguir se enquadrar nas exigências previstas no acordo. São pessoas consideradas vulneráveis.

A Austrália, por sua vez, em relação ao apelo efetuado pelas autoridades de Tuvalu negou receber seus refugiados climáticos, de forma que a situação dos mesmos se encontra ainda indefinida. Isso vem demonstrar inexistir um reconhecimento na esfera mundial para uma situação tão particular envolvendo inúmeros direitos humanos.

Observa-se, talvez, certo desconhecimento da legislação específica ou orientação legal suficiente dos e para aqueles Estados que se encontram nessas condições no referente ao abrigo, concessão

de condições às pessoas advindas de áreas deflagradas por catástrofes ambientais, etc. Como o caso de Tuvalu, outros países vivem esta celeuma.

Forçoso é reconhecer que muitos países onde estas pessoas buscam refúgio sequer possuem estrutura para acolher seus nacionais, e lhes conceder plena garantia e efetividade de seus direitos humanos e sociais, eis que os seus nacionais, às vezes, muitos deles, não têm à suas disposições as condições humanas básicas necessárias.

A situação do refugiado, por vezes, ainda, é muito pior daquela do nacional. Por outro lado, é de se indagar, como não acolher aqueles seres humanos que estão em busca do básico, do mínimo, ou seja, da sobrevivência diante de um terremoto que assola o países, por exemplo.

Imprescindível é o reconhecimento mundial acerca do problema, num alinhamento de cooperação e parceria, não obstante existir inúmeros documentos sobre direitos humanos internacionalmente firmados e que não conseguem, todavia, solucionar todas essas situações.

VI. Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997.
- GROS ESPIEL, Hector. *El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos*. In: Estudios sobre derechos humanos. Madrid: Civita/IIDH, 1988.
- <http://climate.org/archive/PDF/Environmental%20Exodus.pdf>
- http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf
- <http://www.un.org/documents/ga/res/23/ares23.htm>
- https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm
- <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf.

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm.
- http://www.ipardes.gov.br/biblioteca/docs/bol_24_6e.pdf.
- <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto>
- <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1>
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7 edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.
- _____ *Temas de Direitos Humanos*. Editora Saraiva. São Paulo. 2015
- SALET, Ingo wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Editorial Livraria do Advogado. 11ª Edição. Porto Alegre, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1998.

La protección judicial del derecho humano a la libertad física o ambulatoria a través del habeas corpus, en particular sobre el agravamiento en las formas y condiciones de detención de personas privadas de su libertad

IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO (ARGENTINA)

Introducción

Es necesario conocer nuestros derechos en tiempos normales y, con más razón, en tiempos de emergencia, a fin de que aprendamos a ejercerlos de manera responsable, porque la defensa del sistema constitucional es responsabilidad de todos.

El rol de los operadores de justicia, en su carácter de guardianes del sistema, es crucial y debe tender a un ensanchamiento del espacio constitucional de las garantías en sus relaciones conflictivas con el poder, en razón de que la regla es, y debe serlo, la libertad y no su limitación, la que siempre debe revestir carácter excepcional.

La crisis del proceso y del servicio de justicia comprende la crisis de las garantías y, concretamente, del habeas corpus, acción sobre la que versará la presente ponencia, en torno al conflicto dialéctico entre dos valores: seguridad y libertad, que se agudiza en épocas de emergencia.

Para ello se requiere de operadores confiables para reformular los pactos, reformular la confianza y el sistema de justicia, rellenando esos espacios vacíos, esos resquicios que permiten que el poder avance sin límites. Y cuando digo reformular, en sentido semántico, estoy diciendo “formular de nuevo”, lo que significa “reducir algo a términos claros y precisos”.

El valor libertad exige proscribir las detenciones ilegítimas contrarias a la Constitución. A su vez, el valor seguridad trata de evitar desconciertos e incertidumbre respecto de quien es el magistrado competente, a la multiplicidad de habeas corpus respecto de una misma persona y a la necesidad de arribar a la certeza, a la verdad jurídica objetiva y a la justicia del caso.

Desarrollo

I. El derecho humano a la libertad

En noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, 22 de los estados signatarios de la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, reafirmaban el propósito de consolidar en el Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Reiteraron los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforme los cuales solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

En concreto, y circunscribiéndome al tema de la ponencia, la CADH establece en su art. 7 un minucioso precepto acerca de la libertad personal. Casi sin obviar ningún aspecto, detalla: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella; 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio; 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona; 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio

no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Este principio podemos encontrarlo replicado incontables veces en instrumentos internacionales de derechos humanos; sobre sus cimientos descansa, nada más y nada menos, que la propia dignidad del ser humano.

Ahora bien, siguiendo a Andrés Gil Domínguez, afirmamos que los derechos y libertades fundamentales no deben quedar encerrados en un mero normativismo aséptico sino que deben proyectarse a los hombres de carne y hueso y a su tangible realidad de todos los días. Se trata, al fin y al cabo, de que la vigencia de la Constitución se expanda a los órganos de poder y a los particulares, con el objetivo de asegurar los beneficios de la libertad, afianzar la justicia y promover el bienestar general¹.

Corresponde tener presente, como lo señala Osvaldo Gozaini, que el proceso es una garantía para el hombre, a él se debe la formación lógica de esta vía de pacificación que reconoce en los jueces una especie de representantes sociales que tienen el poder-deber de resolver los conflictos por la delegación obtenida a través de la confianza en ellos depositada cuando la sociedad se organizó para vivir en comunidad².

En este marco, analizaremos específicamente la garantía de habeas corpus, a la que con acierto califica Néstor Sagüés como el “Gran Mandamiento”, el padre del derecho procesal constitucional³.

¹ Andrés Gil Domínguez, En busca de una interpretación constitucional, Talleres Gráficos CYAN SRL

² Osvaldo A. Gozáini, La economía en el proceso y el proceso en la economía, JA N° 5934, pág. 2.

³ Cfr. Néstor Pedro Sagüés, El Habeas Corpus en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para el Instituto de la Judicatura Federal de México, disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/bloquex/El%20Habeas%20Corpus%20en%20el%20SIDH.%20Nestor%20Sag%C3%BC%C3%A9s.pdf>

II. *La justicia del habeas corpus*

Antes de la reforma de 1994, esta acción ya se encontraba prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, que establece que nadie podrá ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

Actualmente, está regulado en el art. 43 de la Constitución Nacional, que instala expresamente esta garantía constitucional reconocida a todas las personas físicas para asegurar el ejercicio de la libertad física o ambulatoria frente a afectaciones que pueden derivar de actos u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares.

El vocablo “garantía”, en sentido amplio, designa a la propia Constitución, que es una garantía, a la declaración de derechos y a la organización del poder que ella diseña, al sistema democrático y republicano, y en sentido más estricto, a las instituciones procesales que configuran el proceso justo y a los procesos constitucionales especiales como el amparo, el habeas corpus y el habeas data.

En particular, el habeas corpus constituye una garantía eficaz de control en el Estado de Derecho, en tanto forma de organización de la vida colectiva fundada en el imperio de la ley y en un Poder Judicial independiente ante el cual se puede legítimamente recurrir y cuyas resoluciones deben ser acatadas por todos.

En sentido similar, lo indican los instrumentos internacionales incorporados en el art. 75.22 de la Constitución Nacional. En particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que consigna en su art. 7.6 que “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra per-

sona”; el que debe necesariamente e inescindiblemente ser leído e interpretado junto con los arts. 8 y 25 que consagran las garantías del debido proceso, la defensa en juicio y el acceso a la justicia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de Naciones Unidas, 1966), en su art. 9.4., dice: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si su prisión fuera ilegal”. También puede mencionarse la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, que expresa en su art. XXV que “nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes... todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

En el ámbito de la Provincia del Chaco, el habeas corpus está regulado en el art. 19 de la Constitución Provincial, cuyo antecedente lo fue el art. 16, el que, como enseña Edgardo Rossi, siguió las bases del proyecto socialista presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1957 y las directrices doctrinarias de Carlos Fayt y Carlos Sánchez Viamonte⁴.

Legalmente, está regulado por Ley provincial N° 4327 resultando también aplicables en la provincia algunas disposiciones de la ley nacional N° 23.098.

El habeas corpus es un proceso especial de rango constitucional que pone en marcha la jurisdicción constitucional, la que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de todos los actos, sin excepción, derivados de las autoridades y de los particulares, cuyos rasgos singulares constituyen el núcleo esencial de su existencia.

Se presenta hoy, junto al amparo y al habeas data, como un proceso de control de legitimidad, de carácter tutelar, informal y

⁴ Rossi, Edgardo (1970), *El habeas corpus. La libertad y sus garantías en el Chaco*, Resistencia, Chaco, Universidad Nacional del Nordeste, Fac. de Ciencias Económicas, págs. 21/23

urgente, ya que debe resolverse en el plazo máximo de 12 horas, cuyo conocimiento y decisión se asigna por la Constitución local a los jueces de cualquier fuero o instancia.

Los presupuestos constitucionales de procedencia del hábeas corpus son: a) La existencia de ilegalidad o arbitrariedad derivada de una acción positiva o emisiva de las autoridades o de los particulares y b) la vinculación entre tal accionar y la lesión o amenaza a la libertad física o ambulatoria.

Mediante este proceso se juzga la legitimidad, sea en términos de legalidad (sujeción a la normativa) o de razonabilidad (ausencia de arbitrariedad) de una actuación estatal o privada, que por acción u omisión afecte la libertad física o ambulatoria. Cabe señalar que el acto lesivo pudo haber sido dispuesto por una autoridad sin competencia para ello de manera ilegal, o bien arbitrariamente, es decir, con fundamento en la ley pero de manera irrazonable o violando los propósitos de la ley. Su objeto es obtener que se ordene la libertad de la persona, que se la someta a juez competente o que se haga cesar inmediatamente la supresión, privación, restricción o amenaza de su libertad. Además, es susceptible de revisarse por esta vía que el cumplimiento de la privación de libertad, aunque hubiera sido legalmente dispuesto, no se lleve a cabo en la forma y condiciones prohibidas por la Constitución, la que expresamente prohíbe toda especie de tormentos y azotes.

De esta manera, podemos distinguir diferentes tipos o modalidades de habeas corpus:

1) el habeas corpus reparador, que procede cuando se limita la libertad de una persona, mediante su privación cuyo objeto es restablecer la libertad del detenido o, si tuviera fundamento el arresto, ponerlo a disposición del juez competente, que no es precisamente el juez del habeas corpus, aunque pueda coincidir;

2) el habeas corpus limitado o restringido, para los supuestos de limitación parcial de la libertad, especialmente en relación a la libertad ambulatoria o de desplazamiento;

3) el habeas corpus preventivo, en los casos de amenaza actual o inminente de privación de libertad;

4) el habeas corpus corrector, en los supuestos de agravamiento ilegítimo en la forma y condiciones de detención;

5) el habeas corpus por desaparición forzada de personas, que procede para determinar el paradero de personas privadas de su libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

Es sobre el cuarto supuesto en particular que me explayaré a continuación, en particular respecto a una serie de casos que han tenido lugar en la provincia del Chaco en el transcurso de los últimos meses.

III. El habeas corpus correctivo

El habeas corpus correctivo vino a llenar normativamente un requerimiento imperioso vinculado a la operatividad del mandato constitucional establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, última parte, en tutela de la seguridad y la dignidad humana, cuando expresa: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Hay que tomar conciencia respecto al rol garantizador que para la persona tiene el vocablo garantía, así como de la existencia de una zona infranqueable de reserva de la privacidad y de los intereses de toda persona que es deber de todos asegurar.

Como mencionara al comienzo de este trabajo, además del contenido del art. 18 y el 43, deben tenerse presentes también los tratados internacionales sobre derechos humanos que contienen previsiones al respecto. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXV, establece que “Todo individuo (...) tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de libertad”. En idéntico sentido, el artículo 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, dispone en relación al derecho a la integridad personal, que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o de-

gradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorga protección a la libertad física o ambulatoria en los artículos 7 y 10 inciso 1°.

Puede afirmarse con exactitud que no solo hay un reconocimiento expreso del *habeas corpus* correctivo, sino que el Estado es garante del cumplimiento efectivo de este derecho⁵. En este sentido, debe ser tenido especialmente en cuenta, el hecho de que a partir de 1994 –he incluso antes, a partir de la incorporación de la República Argentina al pacto, en 1984 y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– nuestro país integra el sistema interamericano de derechos humanos por lo que los jueces domésticos se encuentran obligados a realizar, junto con el control de constitucionalidad de oficio, el de convencionalidad.

Enseña Juan Carlos Hitters que el “control de convencionalidad” es un mecanismo que debe ser llevado a cabo primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una “comparación” entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el tribunal regional, si es que el caso llega a sus estrados⁶. Esta doctrina, expresamente recep-

⁵ Cfr. Marcela I. Basterra, “Habeas Corpus Correctivo Colectivo Pluri – Individual (Caso “Verbitsky”)”

⁶ Juan Carlos Hitters, Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, Estudios constitucionales, año 7, N° 2, págs. 109/128

cionada por la Corte IDH en 2006 en el caso “Almonacid Arellano”⁷, ha ido evolucionando hasta el presente, a través de fallos paradigmáticos del tribunal, como Trabajadores Cesados del Congreso⁸, Gellman⁹, Artavia Murillo¹⁰, entre otros¹¹.

Volviendo al tema que ocupa específicamente esta ponencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en sendas opiniones respecto al habeas corpus, entendiendo que es una especie del género “amparo” y se encuentra expresamente enunciado en el ya referido art. 7.6 de la CADH. Dada su relación con el amparo, entendió que los países pueden instrumentarlo dentro de éste o de manera autónoma, incluso admitió que en algunas legislaciones se lo llame “amparo de la libertad”¹².

En referencia expresa a las condiciones de detención en que se lleva a cabo la privación de la libertad, en 1995, en el caso Neira Alegría¹³, sostuvo que: “En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad

⁷ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

⁸ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

⁹ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)

¹⁰ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) y sus posteriores revisiones de cumplimiento.

¹¹ Cuestiones que exceden ampliamente el tema de este trabajo, por lo que solo mencionaré brevemente el tema, a modo de simple referencia.

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva 8/87, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, Pár. 34; Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 111; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Sentencia de 22 de Septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), pár. 73/74; entre otros.

¹³ Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995, (Fondo)

personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos” (pár. 60).

La jurisprudencia de la Corte IDH, a lo largo de estos años, evidencia un importante desarrollo respecto a las características mínimas que deben ser observadas por las autoridades estatales en el tratamiento de personas privadas de libertad, teniendo en cuenta el dominio y deber de custodia que el Estado ejerce sobre ellas¹⁴. En el caso, López Álvarez ha dicho que “*el Estado es garante de los derechos de los detenidos, y debe ofrecer a éstos condiciones de vida compatibles con su dignidad*”¹⁵. Allí reiteró su postura en cuanto a que la “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”¹⁶.

En otro de sus casos emblemáticos en el tema, consignó respecto de la manera en que se cumple la privación de la libertad que “la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal”¹⁷. No obstante ello, en líneas generales el tribunal no ha desarrollado estándares generales o específicos para analizar la situación de personas priva-

¹⁴ Cfr. Santiago Medina Villarreal, Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control de lugares de detención, REVISTA CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, | AÑO II Número 3 | septiembre de 2007

¹⁵ Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 106

¹⁶ *Ibidem*, párr. 104, citando Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 147; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 108, y Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 87

¹⁷ Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 221.

das de libertad, sino que más bien se ha expresado en casos particulares fijando algunos parámetros (invocando para ello el desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos) en ciertos casos concretos. Específicamente se ha referido a temas de hacinamiento, servicios sanitarios e higiene, servicio médico, uso de la fuerza por parte de los miembros de cuerpos de seguridad, entre otros¹⁸.

IV. Algunos casos en la Provincia del Chaco

Me referiré exclusivamente a ciertos casos suscitados en lo que va del presente año y el pasado año, a fin de dar algún límite temporal al trabajo y presentados directamente ante el Superior Tribunal de Justicia.

“Defensora General y Defensora General Adjunta del Poder Judicial del Chaco s/ habeas corpus”

En febrero de este año, el Superior Tribunal de Justicia dictó Sentencia N° 04/17 a raíz de un habeas corpus colectivo y correctivo presentado originariamente en esta instancia por la Defensora General y la Defensora General Adjunta del Poder Judicial del Chaco (Expte. N° 01/17) a raíz de una serie de denuncias de los detenidos por malos tratos en favor de los internos alojados en el Pabellón IX del Complejo I de la ciudad de Resistencia, de conformidad con los artículos 18, 43, 75.22 y 120 de la Constitución Nacional; 10.1 y 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 5, 8, 11, 24, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3, inciso 2 y 5 de la Ley N° 23.098, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, los

¹⁸ Al respecto, pueden verse Corte IDH. *Caso Garcia Asto y Ramirez Rojas Vs. Perú*; *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005; *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia 11 de marzo 2005; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*; *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003.

arts. 14, 19 y 27 de la Constitución de la Provincia del Chaco. Las Defensoras solicitaban el cese del agravamiento ilegítimo de la forma y condición de detención de los accionantes.

Inmediatamente de interpuesta la acción se requirieron los informes de ley y se dispuso la realización de una inspección ocular a cargo de los ministros a fin de comprobar las condiciones denunciadas. También se llevó a cabo una audiencia, en virtud de los arts. 9 y 10 de la Ley 4327, con la presencia de los miembros del Superior Tribunal de Justicia, las denunciadas, el Procurador General y el Sr. Procurador General Adjunto; representantes del Ministerio de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad, del Servicio Penitenciario Provincial, de la División Especial Alcaidía, de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios, del Ministerio de Salud Pública, del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, además de la Fiscalía de Estado y el Comité Provincial de Prevención contra de Tortura y otros tratos y pena crueles, inhumanos y/o degradantes. En ella, el Ministro de Gobierno destacó ciertos avances en materia carcelaria y expresó su intención de colaborar, aunque no negó la situación general denunciada.

El Alto Cuerpo, invocando en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 19 de la Provincial, así como el Pacto de San José de Costa Rica hizo lugar al lugar a la acción de hábeas corpus interpuesta, y ordenó a la Provincia del Chaco a que en un plazo máximo de 60 días se proceda a la refacción total del Pabellón IX a fin de que se garantice el cese de toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado, en particular respecto al problema de la provisión de agua potable, el estado precario de sanitarios y cloacas e instalaciones eléctricas, como así la adecuada y suficiente provisión de elementos de limpieza e higiene personal y el acceso efectivo a la atención médica a las personas alojadas en dicho lugar.

Para resolver de esta manera, se tomó especial consideración de lo dispuesto por el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "...toda persona privada de

libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, lo que conlleva la obligación por parte del Estado de respetar los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y asegurar que el cumplimiento de su encarcelamiento, no se vea agravado por las condiciones en que la misma es llevada adelante. Invocó además las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, consagradas por las Naciones Unidas, las que disponen que los lugares destinados a alojar detenidos deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente lo concerniente al volumen del aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación, en particular lo dispuesto en las reglas 12, 13 y 14.

A partir de los informes de la Dirección General del Servicio Penitenciario y Readaptación Social se pudo comprobar el colapso de la red cloacal y del sistema de provisión de agua potable. De lo aportado por el Área de Enfermería y de Odontología también se constató la presencia de algunos internos con enfermedades, como TBC, sífilis, piodermatitis, uno con padecimientos psiquiátricos y dos de ellos en espera de cirugía. En consecuencia, se ordenó a los médicos del Instituto Médico Forense del Poder Judicial de la Provincia que examinen a las personas alojadas en el pabellón a fin de elevar informe acerca de las condiciones de la prestación médica y/u odontológica y /o de salud recibida por los internos.

En particular, allí se destacó la Regla N° 24.1. que establece que “la prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica...”. También la N° 27.1, según la cual “Todos los establecimientos penitenciarios facilitarán a los reclusos acceso rápido a atención médica en casos urgentes. Los reclusos que requieran cuidados especiales o cirugía serán trasladados a establecimientos especializados o a hospitales civiles...”.

En la inspección ocular efectuada en el lugar por los Sres. Ministros se verificó el avanzado estado de deterioro del Pabellón IX. Los internos manifestaron que no tenían colchones en las celdas,

que el agua se proporcionaba en forma fraccionada, solo cuatro veces al día para todo tipo de uso, que los artículos de higiene personal eran entregados solo los días de visitas y que las visitas conyugales eran realizadas esos mismos días en una celda ubicada frente al pabellón. Una vez ingresados, se constató un avanzado estado de deterioro de la edificación en general, instalación eléctrica deficiente y peligrosa, cables expuestos sin protección alguna. En la zona de sanitarios se observaron solo dos baños habilitados para el uso de 37 personas, en avanzado estado de deterioro, con sanitarios rotos, sin provisión de agua potable y en pésimas condiciones de higiene. En las celdas se observó hacinamiento de personas, con alojados durmiendo en el suelo.

Además de las Reglas Mínimas el Superior Tribunal de Justicia invocó el memorado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbistky, Horacio s/ Hábeas Corpus” del 03/05/05, en el que instruyó a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y a los demás tribunales para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros.

Agregó, sin desconocer los inconvenientes para resolver todas las cuestiones particulares, dadas las dificultades y el número de casos y variables posibles, que ello no obsta a reconocer que de continuar la situación en las condiciones actuales, podría encontrarse comprometida la responsabilidad internacional del Estado ante los órganos de control en materia de derechos humanos. Invocó también precedentes recientes (como “Basualdo, Lidia y otra s/ Hábeas Corpus”, Expte. N° 65115/08, Sent. N° 268/09; “Cardozo, Seferina y otras s/ Hábeas Corpus”, Expte. N° 59.684/05, Sent. N° 232/06; y “Comité Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y/o Degradantes s/ Hábeas Corpus”, Sent. N° 117/16) donde ya había recomendado “...al Poder Ejecutivo, que con la premura que el caso requiere se encaren las políticas que den adecuada solución normativa al problema en un término sensato ordenando

que se arbitren materialmente los medios del caso, para proteger la vida y la integridad de las personas privadas de libertad, así como de toda persona que se encuentre en el interior de éstas, por cuanto toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante resulta susceptible de acarrear responsabilidades internacionales al Estado Federal y Provincial.

Se hizo lugar a la acción de hábeas corpus colectivo y correctivo interpuesta, y se ordenó al Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco que de forma inmediata y urgente arbitre los recaudos necesarios a fin de garantizar el cese de toda eventual situación de agravamiento de las condiciones de detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado, en particular respecto al problema de la provisión de agua potable, el estado precario de sanitarios y cloacas e instalaciones eléctricas, como así la adecuada y suficiente provisión de elementos de limpieza e higiene personal y el acceso efectivo a la atención médica y/u odontológica y/o de salud a las personas alojadas en el Pabellón IX. Otorgó un plazo máximo de 60 días para que se proceda a la refacción total ordenada. Por último, dispuso la conformación de una mesa de trabajo a fin de acordar las medidas adecuadas para subsanar los problemas verificados, integrada por el Ministerio Público Fiscal, Defensoría Pública, Ministerio de Gobierno, Ministerio de Seguridad, Ministerio de Salud Pública, Subsecretaría de Derechos Humanos, Jefatura de Policía y Ministerio de Infraestructura.

“A., J. M. s/habeas corpus”

En diciembre de 2016, por Sentencia N° 305, el Superior Tribunal de Justicia hizo lugar al habeas corpus presentado por el Sr. J.M.A., alojado en el Complejo Penitenciario II de Presidencia Roque Sáenz Peña a disposición del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Charata y en consecuencia ordenó a las autoridades del Hospital “Julio C. Perrando” y al Ministerio de Salud Pública de la Provincia del Chaco la realización en forma inmediata de los

análisis prequirúrgicos y eventualmente de las intervenciones y/o tratamientos pertinentes conforme al diagnóstico del interno y al Servicio Penitenciario que disponga las diligencias necesarias para llevar a cabo lo ordenado y garantizar el cumplimiento del tratamiento indicado por los médicos tratantes.

En su presentación, el Sr. J.M.A. manifestó que hace siete años padece colostomía e ileostomía aguda y que no recibe el tratamiento médico adecuado a su condición. Ya en una entrevista encomendada a la Oficina de Delegados Penitenciarios de Presidencia Roque Sáenz Peña el accionante expuso que necesita una nueva intervención quirúrgica y pidió ser trasladado a la ciudad de Resistencia para ser atendido en el hospital “Julio C. Perrando” por los médicos que lo intervinieron anteriormente. Solicitó se le suministre leche y elementos de higiene personal, los que no pueden ser proveídos por su familia debido a su precaria condición económica.

Una vez en Resistencia, por orden del tribunal, el interno recibió nuevamente la visita de la delegada penitenciaria, quien constató que el denunciante se encontraba alojado en una celda individual, con luz, agua y baño; también informó que fue trasladado al servicio de cirugía del hospital “Perrando” donde se le prescribieron análisis de laboratorio, electrocardiograma y endoscopia pero que no se le proporcionó medicación alguna ni se lo auscultó, pese a haber manifestado que sufría un intenso dolor. La delegada también informó que el enfermero de turno en el hospital le manifestó que en el transcurso de la semana se realizarían los estudios de laboratorio y electrocardiograma, no así la endoscopia ya que los turnos estarían disponibles recién dentro de un mes aproximadamente o el año que viene. Se recibieron informes del Jefe de la División Especial Alcaldía Comisario reproduciendo el diagnóstico manifestado por médicos del Hospital además de los de médicos de la unidad penitenciaria.

Para resolver, el Tribunal nuevamente invocó la autoridad de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 19 de la Provincial, así como el Pacto de San José de Costa Rica, que consagran una garantía integral de la persona contra todo hecho o acto arbitrario o ilegal que vulnere la libertad física o que agrave ilegítimamente las formas

o condiciones de detención; además de la Ley 4327 que en su artículo 1° dispone: “Corresponderá la acción de hábeas corpus... c) Modificación o agravación ilegítima de las condiciones de la detención (“hábeas corpus correctivo”) sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere...”. También recordó el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

No se desconocieron las gestiones realizadas por el Servicio Penitenciario para la atención del interno, pero se tuvo especialmente en cuenta que pese al tiempo transcurrido no se había realizado aún un efectivo diagnóstico de su situación, lo cual sin duda conllevaba un peligro potencial para la salud del accionante. Una vez dictada la sentencia, se continuó con el procedimiento de supervisión, lo que derivó en una nueva intimación al Servicio Penitenciario hasta constatar su efectivo cumplimiento.

“Comite Provincial de Prevención de la tortura y otros tratos y penas crueles inhumanas y/o degradantes s/ habeas corpus”

En mayo de 2016, se dictó Sentencia N° 117/16 con motivo de la presentación de los Dres. Mario Federico Bosch y Juan César Penchansky, Presidente y Secretario del Comité Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y/o Degradantes, en favor de los detenidos alojados en la Comisaría General de Puerto Vilelas.

Denunciaron el estado general del inmueble, de deterioro y abandono estructural, con paredes y áreas precarias, conexiones eléctricas totalmente a la vista, colgando de lado a lado por paredes y techos con cables pelados. Sostuvieron que la cocina del lugar se encuentra en pésimas condiciones de higiene, cubierta de grasa y sarro acumulado, productos alimenticios derramados y suciedad en general; garrafas sobre el suelo y cercanas al anafe, lo que implica un alto riesgo de explosión, incendio y/o intoxicación. Respecto al estado del baño de uso policial, también describieron las condiciones higiénicas en general pésimas, observándose sarro y olor nauseabundo debido al colapso de la cámara séptica y las cloacas.

Sobre el sector de celdas mencionaron que no hay iluminación natural ni aireado suficiente, que la iluminación artificial es deficiente, con numerosas conexiones, permeables a cortocircuitos, incendios y electrocución, que el techo es de calidad precaria, la humedad excesiva y olor insoportable; se carece de elementos de limpieza y el suelo se encuentra cubierto de colillas de cigarrillos y botellas plásticas con agua.

Denuncian que los alojados permanecen veinticuatro horas encerrados, sin patio de recreación, y que las visitas solo se realizan los domingos de 9 a 10.30 horas, lo cual debilita el vínculo familiar. Expresaron que la relación con el personal policial empeoró desde que se hizo cargo el actual jefe, quien los privó de beneficios que antes gozaban, como posesión de televisores, radios, permiso de elementos de higiene personal y limpieza. Por último, expusieron que en horas tempranas de la mañana son sacados de las celdas, desnudados en la galería y “manguereados” con agua fría, sin motivo alguno.

Se dio inmediata intervención a la Procuración General y a la Fiscalía en lo Penal Especial en Derechos Humanos además de requerir informes a la Jefatura de Policía de la Provincia del Chaco, a la Comisaría General de Puerto Vilelas, al Ministerio de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad de la Provincia del Chaco y Ministerio de Salud de la Provincia.

El Ministerio de Salud Pública de la Provincia informó sobre la implementación de políticas de prevención, tratamiento y rehabilitación desde el año 2010, a través del desarrollo de actividades y planes sobre políticas integrales en materia de salud en beneficio de las personas privadas de libertad. Añadió que en este marco el Ministerio adhirió al “Programa de Salud en contexto de encierro” y a las “Pautas de Acceso a la salud en los sistemas penitenciarios de la República Argentina”, que tienen como objetivo garantizar el acceso a la salud de las personas en contexto de encierro, equiparando la atención sanitaria de las personas, brindándoles asistencia médica integral con accesibilidad a la consulta, tratamientos prescritos, estudios, diagnósticos y medicamentos indicados.

El Servicio Penitenciario y Readaptación Social de la Provincia refirió a los lineamientos de la Ley N° 24.660, según la cual los internos alojados, sean condenados o imputados en un supuesto delictual, están amparados bajo los servicios de salud de la unidad en que se aloje, asistencia social, educación y laborterapia, teniendo como única diferencia entre ambos la obligatoriedad a someterse al tratamiento. Señaló que la Dirección de Readaptación Social perteneciente al Servicio Penitenciario, a través de sus diferentes departamentos, implementó planes como A) Departamento de Trabajo y Asistencia Social; B) Departamento Educación; C) Departamento de Asistencia Médica; D) Asistencia Espiritual, realizándose evaluaciones diarias y personalizadas.

La Comisaría General de Puerto Vilelas y la Jefatura de Policía de la Provincia del Chaco manifestaron que la provisión de alimentos es efectuada por parte de los familiares, complementándose con el racionamiento proveído por la División Especial Alcaldía. Explicaron que actualmente, por directiva del Ministerio de Seguridad, se trabaja coordinadamente con el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos en el “Programa de Infraestructura del Servicio de Seguridad Pública 2016-2019”, que tiene como objetivo revertir el proceso de desinversión en el área mediante proyectos de construcción de comisarías nuevas y refacción de edificios existentes. Adjuntaron plan de trabajo, presupuesto y planos de refacciones de la Comisaría General de Puerto Vilelas.

El Sr. Procurador General informó que en ocasión de visitar las instalaciones de la Comisaría General de Puerto Vilelas, se constató la detención de once personas en celdas, nueve de ellos a disposición de las Cámaras Criminales de Resistencia y dos de los Equipos Fiscales N° 13 y 14. Hizo saber también que se hizo presente el Comisario Inspector, informando que el día martes 24 de mayo se realizó un relevamiento de las celdas, el baño y el patio interno, para comenzar con los trabajos de mantenimiento y mejora de las condiciones edilicias. Además consignó que el lugar se encontraba limpio, sin agua estancada en ningún lugar, ni olores nauseabundos.

Los ministros del Superior Tribunal de Justicia también se constituyeron en la Comisaría a fin de realizar la constatación de

la dependencia, donde se comprobó que las condiciones edilicias y de alojamiento se corresponden con la descripción y las imágenes adjuntadas por los denunciantes, es decir, los lugares no poseían las condiciones de iluminación, aireación ni de sanidad adecuadas; además, el tendido eléctrico era potencialmente peligroso, debido a su deterioro. Tampoco se observó un plan de contingencia contra incendios, ni la provisión de materiales adecuados para combatir un siniestro en caso de producirse. Las instalaciones sanitarias son deficientes para satisfacer las necesidades de los detenidos quienes deben utilizar bidones de plástico para hacer sus necesidades fisiológicas. Incluso el baño correspondiente al personal de la comisaría se halla en mal estado de conservación.

En relación a lo denunciado sobre el hacinamiento en las celdas, se comprobó que en la dependencia policial se hallaban alojados hasta más de diecisiete detenidos pese al cupo máximo de ocho personas, lo que evidencia que se excede ampliamente el máximo permitido según los estándares internacionales. Además de ello, también se comprobó que el lugar no cuenta con las mínimas condiciones de habitabilidad.

De todo ello se concluyó en la necesidad de adecuar las condiciones del edificio a los estándares constitucionales e internacionales respecto de personas privadas de su libertad. Se dispuso que a la brevedad se ejecute el plan de refacciones conforme lo establecido en el “Programa de infraestructura del servicio de seguridad pública 2016/2019”, sobre el que se informó en el expediente, pero del que no se observó que exista una fecha establecida de inicio; todo lo que consideraron imperativo en vista del estado de deterioro en que se encuentra el inmueble, reconocido por las propias autoridades policiales. Se ordenó el traslado de los condenados a los lugares correspondientes.

Para así resolver, se invocó el ya mencionado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Verbitsky” y la Resolución N° 31/2016 del 12/05/16 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la situación planteada por la existencia de detenidos en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. También se recordaron las Reglas Mínimas de Naciones Unidas

para el Tratamiento de los Reclusos y otros precedentes del Tribunal provincial. Todo para concluir en que la Comisaría General de Puerto Vilelas no reúne las cualidades necesarias para que personas privadas de su libertad permanezcan alojadas, de conformidad a lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 19 de la Constitución de la Provincia del Chaco. Se dispuso el traslado inmediato de los allí alojados a dependencias policiales que resulten más adecuadas para su alojamiento, hasta tanto se realicen las refacciones conforme las pautas mencionadas en cumplimiento de la normativa e instrumentos internacionales aludidos. Luego de varios informes y una visita de constatación, se habilitó nuevamente la apertura de la Comisaría y se dio por concluida definitivamente la acción.

Conclusiones

V. La responsabilidad en los procesos constitucionales

Para concluir con este trabajo, quisiera reiterar, como lo he afirmado en varias oportunidades anteriores, que cuidando la justicia, estaremos cuidando la paz individual y colectiva, y estaremos cuidando la democracia que tanto nos costó conseguir, lo que debe consistir un aprendizaje continuo. De lo contrario, corremos el riesgo de adormecernos en la comodidad inmoral del autoritarismo permitiendo por acción u omisión que otros se ocupen y despertarnos sintiéndonos miserables, ya lo hemos vivido y sabemos bien de qué estamos hablando: golpes de estado, gobiernos y funcionarios de facto, crónicos períodos de emergencia de toda índole y de estados de sitio e intervenciones federales, en suma, siempre una constante: la violación del orden constitucional supremo.

Seamos coherentes con lo que aprendimos de nuestros mayores, y va aquí mi homenaje a un centinela ineludible de la libertad, del federalismo y las instituciones democráticas, ciudadano y abogado, coherente en el sentir, el pensar, el decir y el hacer: nuestro querido e inolvidable Pedro Frías. En un reportaje que le hiciera el

periodista Emilio Grande (h.) publicado en La Opinión el 20 de enero de 1997, del que fuera un destacado columnista, como de tantos otros medios durante varios años, expresaba: “Hay muchos jueces independientes. Otros son más benévolo y sin duda los hay complacientes. ¿Cómo asegurar la independencia? Una actitud firme de la opinión pública y un Consejo de la Magistratura sin predominio del Gobierno de turno pueden mejorarla. Y un temple moral que se ha debilitado en la sociedad argentina”. La fuerza normativa de la Constitución se potencia en este tipo de procesos fundamentalmente en relación al juez que por expreso mandato constitucional (art. 19 Constitución Provincial), no podrá excusar la denegación de estas acciones por no haberse sancionado las leyes reglamentarias ni negarse a entender en ellas o resolverlas en violación de los plazos previstos.

El juez hará cesar inmediatamente la afectación si esta no proviniere de autoridad competente o si no cumplimentare los recaudos constitucionales y legales. Y dispondrá las medidas que correspondieren a la responsabilidad de quien expidió la orden o ejecutó el acto.

La no exigencia de responsabilidad del juez es la antesala de la privatización de la justicia, que es en lo que, en última instancia, constituye la prevaricación. De allí que la mejor garantía de independencia del juez es la sujeción a la ley, y que la responsabilidad del juez debe ser real y efectiva y no puede quedar reducida a una proclamación solemne en la constitución.

Tampoco, por expreso mandato constitucional, los funcionarios o empleados podrán negarse al cumplimiento de la orden judicial respectiva y si así lo hicieren, serán enjuiciados y, en su caso, removidos.

Es necesario tomar conciencia de las ventajas de una buena y recta administración de justicia, porque necesitamos jueces confiables, cuidando la justicia, y obrando con respecto a la justicia, teniendo siempre presente que tanto el respeto como la autoridad hay que ganárselos día a día, con esfuerzo, honestidad y sobre todo, con humanidad.

Bibliografía

Doctrina

- Marcela I. Basterra, “Habeas Corpus Correctivo Colectivo Pluri – Individual (Caso “Verbitsky”)”
- Andrés Gil Domínguez, En busca de una interpretación constitucional, Talleres Gráficos CYAN SRL
- Osvaldo A. Gozaíni, La economía en el proceso y el proceso en la economía, JA N° 5934, pág. 2.
- Juan Carlos Hitters, Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, Estudios constitucionales, año 7, N° 2, págs. 109/128
- Santiago Medina Villarreal, Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control de lugares de detención, REVISTA CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, | AÑO II Número 3 | septiembre de 2007
- Néstor Pedro Sagüés, El Habeas Corpus en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para el Instituto de la Judicatura Federal de México, disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/bloquex/El%20Habeas%20Corpus%20en%20el%20SIDH.%20Nestor%20Sag%C3%BC%C3%A9s.pdf>
- Edgardo Rossi, El habeas corpus. La libertad y sus garantías en el Chaco, 1970, Resistencia, Chaco, Universidad Nacional del Nordeste, Fac. de Ciencias Económicas, págs. 21/23

Jurisprudencia

- Corte IDH
- Opinión Consultiva 8/87, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías
- Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995, (Fondo)
- Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003

- Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 87
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui, Sentencia de 8 de julio de 2004
- Caso De la Cruz Flores Vs. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004
- Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005
- Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005
- Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005
- Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
- Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas)
- Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Sentencia de 22 de Septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas)
- Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de Febrero de 2011, Fondo y Reparaciones
- Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) y sus posteriores revisiones de cumplimiento

**“La tutela jurisdiccional del derecho a la vivienda en Argentina”.
Apuntes de derecho comparado**

SOFÍA RECA MILANTA* (ARGENTINA)
JIMENA MARÍA ZICAVO** (ARGENTINA)

* Abogada UNLP, Magister en Derecho Constitucional, Universidad Internacional Menéndez Pelayo –España-, Magister en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Ex Becaria del Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional Español. Relatora Fiscalía de Estado, Subsecretaria en Materia Administrativa, Previsional y de Derechos Humanos.
Correo electrónico, teléfono de contacto: sofireca@hotmail.com – 54 9 2215608665

** Abogada UNLP, Posgrado en Abogacía del Estado Procuración del Tesoro de la Nación, Diplomatura en Derechos Económicos Sociales y Culturales – Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Relatora Fiscalía de Estado Subsecretaria en Materia Administrativa , Previsional y de Derechos Humanos.

Correo electrónico, teléfono de contacto: jimenezicavo@gmail.com – 54 9 2215727553

I. Introducción

El derecho a la vivienda ha sido objeto de reconocimiento e intensa tutela por el Poder Judicial en Argentina, tanto a nivel nacional como a nivel local y, en particular, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Nuestro cometido en este trabajo es ponderar el alcance y la efectividad del derecho a la vivienda a través de su contenido normativo, configurado por las normas constitucionales y, claro está, por los Tratados Internacionales (art. 75, inc 22, Constitución Nacional), para luego analizar cómo se ha ido perfilando la tutela jurisdiccional del derecho objeto de estudio.

Desde esta premisa, se hará un análisis y recorrido jurisprudencial que nos permitirá dilucidar si los jueces han contribuido al afianzamiento y operatividad directa del derecho a la vivienda en nuestro país.

Asimismo, serán objeto de mención en nuestra exposición dos modelos diametralmente contrapuestos en la materia abordada: por un lado, el caso colombiano, donde la Corte Constitucional ha llegado a activar las políticas públicas en materia de vivienda, entre otras, a través de la creación del “estado de cosas inconstitucional” y, por otro lado, el caso español, donde todavía sigue en debate la judicialización y grado de exigibilidad de los derechos sociales y, consecuentemente, del derecho a la vivienda.

I. El derecho a la vivienda en Argentina

I.1. Contenido normativo

El art. 14 bis de la Carta Magna establece: “El Estado otorgará el beneficio de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá (...) el acceso a una vivienda digna”.

En el ámbito específico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su Constitución presenta un sesgo garantístico mucho más acentuado que la CN. El artículo 31 dispone que “la Ciudad reconoce

el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”.

A la determinación de su contenido prescriptivo concreto, tiene especial valor recurrir a los diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional), toda vez que sus caracteres y contornos han sido definidos en la esfera supranacional con mayor precisión y rigurosidad.

El art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a “un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

El art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dispone que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Asimismo, el mencionado instrumento internacional pone en cabeza de los Estados Partes la obligación de adoptar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho” (art. 11).

En cuanto al contenido esencial del derecho a la vivienda, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo”, añadiendo que “el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto”¹.

¹ Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 7.

Así, ha señalado el Comité que el concepto de “vivienda adecuada” significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos; todo ello a un costo razonable, destacando que “un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes”².

Al contenido normativo del derecho a la vivienda debe añadirse la labor jurisprudencial que, en el caso argentino, ha ido perfilando una interpretación “amplia” del derecho abordado, siguiendo los mandatos de interpretativos (principio *pro persona* o *favor libertatis*) del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos³.

En línea con lo expuesto, cabe adelantar que el derecho a la vivienda ha sido objeto de reconocimiento e intensa tutela por los tribunales, tanto a nivel nacional como en las distintas jurisdicciones, en particular en el fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La multiplicidad de decisiones judiciales en esta materia, evidencia la existencia de una arraigada tradición pretoriana favorable al reconocimiento y amplia tutela de este derecho.

En este marco, se analizará seguidamente cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) confirma su vocación de perseguir los estándares internacionales en materia de acceso a la

² Observación General 4, párr. 11.

³ CADH Artículo 29. “Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

vivienda, a través del control de constitucionalidad y convencionalidad (cuyo marco excede el presente trabajo), asumiendo el compromiso de respetar y hacer cumplir una extensa nómina de obligaciones vinculadas con los derechos que esos sistemas reconocen y protegen⁴.

I.2. Tutela jurisdiccional

Cabe aclarar que, para nuestro análisis, partiremos de la base que el derecho a la vivienda es un derecho social; cuya exigibilidad y judiciabilidad es plena. No obstante ello, no desconocemos que este encuadre ha generado extensos estudios en la materia, que por cuestiones metodológicas no nos detendremos a analizar⁵. Partiendo de este encuadre, veremos cómo los Tribunales han ido perfilando la concepción que el respeto y la protección del derecho a la vivienda exige proveer recursos efectivos, judiciales y de otro tipo, idóneos para su protección. La obligación de “cumplir” implica, más claramente, deberes positivos de proveer bienes o el dinero necesario para adquirirlos, reconocidos, como veremos seguidamente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴ En el año 2004, la CSJN inicia una etapa de *reforzamiento de la jurisprudencia internacional* con el caso “Espósito”, donde sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una *imprescindible pauta* de interpretación de todos los deberes y obligaciones que derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta línea interpretativa, se intensifica en el *leading case* “Verbitsky” (2005), “Rodríguez Pereyra (2012) “Carranza Latrubesse” (2013) y “Mohamed” (2015). Merece destacar que esta línea jurisprudencial ha dado un inesperado giro en el reciente fallo “Fontevicchia” (2017) donde la Corte, con una nueva composición, sostuvo que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, “*en principio*”, de cumplimiento obligatorio.

⁵ Ver en este sentido: Etichichury, Horacio, “Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina”, Universidad Nacional de Córdoba, 2013; y Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, ed. Trotta, 2002.

I.2.1. El fallo “Q.C.S.Y”

El precedente de la CSJN “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 24/4/2012, ha significado un salto cualitativo en materia del derecho de acceso a la vivienda. Allí, la Corte fijó pautas interpretativas, a la luz de las normas constitucionales y convencionales, respecto del alcance que cabe otorgar al derecho referido y dio, por primera vez, una orden directa al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto a su protección.

Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana, afirma el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁶

En tal sentido, el voto mayoritario de la Corte señala que la operatividad del derecho a la vivienda tiene un carácter “derivado” en la medida en que se consagran “obligaciones de hacer a cargo del Estado”. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación⁷.

Luego de analizar la situación de vulnerabilidad “extrema” de los demandantes (en tanto el grupo familiar estaba compuesto por un menor de edad discapacitado), concluyen los magistrados que el Estado –y en particular la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ente territorial demandado– debe garantizar el “pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”. “Ga-

⁶ Casos “Velázquez Rodríguez”, 29/7/88, Seire C, Nro. 4, párr. 165-166; “Godínez Cruz”, 20/1/89, Serie C, Nro. 5, párr.174,175 y 176; “Bámaca Velásquez”, 25/11/00, Serie C, Nro. 70, párr. 210; “Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Tevoredotarsano vs. Perú)”, 31/1/01, Serie C, Nro. 71, párr. 109, entre muchos otros.

⁷ CSJN “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, del 24/4/2012, Consid. 12.

rantizar” significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”.

Con gran rigurosidad los Magistrados afirman que “el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los estados “...de adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga...” con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos (...) Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más *amplio* posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes (...)”⁸.

A partir de allí la Corte reconoce “las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales [...], para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado”. Agrega que es incuestionable que *no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno*⁹.

Sin embargo, reconoce que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad¹⁰.

Partiendo de esas premisas, el Máximo Tribunal realiza el control que impone la situación planteada, en la que considera que la Ciudad no ha logrado garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales y convencionales les reconocen a los actores. Si bien evalúa que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente¹¹. Consecuentemente, dispone que el

⁸ Fallo cit. Consid. 15.

⁹ Fallo cit. Cons. 11.

¹⁰ Fallo cit. Consid. 12 y 15.

¹¹ Fallo cit. Consid 13.

gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la madre el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional.

Sin dudas, en este precedente la CSJN efectúa una interpretación generosa en materia de operatividad de derechos económicos, sociales y culturales, consagrando la justiciabilidad de esta temática que, hasta el momento, había sido abordada con gran cautela.

Si bien el Alto Tribunal no soslaya que son los órganos legislativo y ejecutivo los que deben establecer las leyes y políticas que permitan que dicha categoría de derechos no se transforme en ilusoria; ejerce un intenso control sobre ambos poderes, a la luz de las interpretaciones y observaciones efectuadas por los órganos internacionales.

A raíz de este precedente, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJCABA) modificó los parámetros interpretativos que implicaban serias e importantes limitaciones a la efectividad y operatividad del derecho a la vivienda, incompatible con la esfera internacional¹².

I.2.2. El caso “Badaracco”

La tutela jurisdiccional del derecho a la vivienda, en el ámbito de la CABA, dio un vuelco a partir del *leading case* “Badaracco, Antonio Edgardo c/GCBA y otros s/amparo”, del 21 de marzo de 2014.

En este precedente jurisprudencial, el TSJCABA se vio en la necesidad de delimitar concretamente el alcance derecho de acceso a la vivienda digna para asegurar su efectiva tutela jurisdiccional. Es así que el Tribunal efectúa un preciso análisis de los factores que inciden en la vulnerabilidad social de las personas, estableciendo los requisitos y categorías de beneficiarios de las prestaciones sociales a las que el Estado está obligado a garantizar ese derecho. Al interpretar el alcance de la normativa local en ma-

¹² Fallo TSJ, “Alba Quintana Pablo c/ GCBA y ot. s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. 6754/09, sentencia del 12 de mayo de 2010.

teria habitacional (leyes 3706 y 4036), determinó que deben reunirse dos requisitos: **a)** ciudadanía o residencia y; **b)** situación de vulnerabilidad¹³.

En cuanto al requisito de ciudadanía, el TSJ dispuso que la ciudadanía está íntimamente vinculada a la condición de elector en la Ciudad¹⁴. En relación a los extranjeros, tienen que tener la calidad de residentes permanente, aunque excepcionalmente puede considerarse la residencia precaria por parte de la autoridad de aplicación¹⁵.

Cabe tener presente que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye uno de los polos urbanos más atrayentes para los inmigrantes. El censo 2010 registró que del total de extranjeros en Argentina, el 41,1% se concentra en el Gran Buenos Aires y el 21,1% en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁶. Conforme a esta estadística, la mayoría de los patrocinados en las Defensorías de la Ciudad son residentes de países cercanos (vgr. Paraguay, Bolivia, Perú, Chile) que llegan a la Argentina en buscando mejorar su calidad de vida. En muchos casos, las dificultades de inserción hacen que tengan que acudir a la asistencia estatal.

En relación a la situación de vulnerabilidad social, el Tribunal, haciendo una interpretación de la normativa local (Ley Nro. 4036) que, entendemos, restringe el derecho, reconoció la atención “prioritaria” para los casos en donde, *además de la pobreza*, con-

¹³ Conforme las pautas que establecen las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, República Federativa del Brasil, 2008.

¹⁴ Si bien el Superior Tribunal interpretó con alcance restrictivo el concepto de ciudadanía, los magistrados de las instancias originarias han plasmado un criterio más amplio atendiendo a las dificultades y obstáculos que se presentan a la hora de acreditar el domicilio en la CABA. Así se expidió la Cámara de Apelaciones en lo CCAyT, Sala I, en los fallos “Bravo Alina c/GCBA s/ amparo”, “Amarilla Julia Esther c/ GCBA s/ amparo”, “Franco Viviana Esther c/ GCBA s/ amparo”.

¹⁵ TSJ caso “Badaracco”, consid. 9 voto Dres. Conde y Lozano.

¹⁶ INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010.

fluyan otros factores, tales como: condición etaria –niños, niñas, adolescentes (arts. 13 a 15) y adultos mayores (arts. 16 a 18) –, mujeres jefas de hogar (arts. 19 a 21) y personas con discapacidad (arts. 22 a 25).

Si bien este precedente constituye, sin duda, un gran paso en la operatividad y efectividad del derecho en estudio; exige que confluyan, además de la pobreza, factores de vulnerabilidad “extremos” (tales como la discapacidad o la edad) que, entendemos, de ninguna manera pueden condicionar el derecho de acceso a una vivienda digna. Como se verá seguidamente, resulta innovadora la elaboración jurisprudencial que introduce la pobreza y la crisis habitacional como factores de vulnerabilidad de tipo “estructural”, categorías habilitantes de la protección jurisdiccional.

I.2.3. La crisis habitacional y la vulnerabilidad social de tipo “estructural” como indicadores de tutela jurisdiccional: el fallo “P.W.J.”

Cabe traer a comentario el fallo “P.W.J.”¹⁷, pues, como adelantamos, constituye un avance significativo al fijar situaciones de tipo “estructural” para abordar el acceso a una vivienda digna. Con carácter preliminar, cabe aclarar que la postura sentada por el magistrado de grado en el mentado precedente no ha sido, al día de hoy, receptada acabadamente por las altas instancias, que aún continúan exigiendo los extremos de vulnerabilidad configurados en el caso “Badaracco”.

El fallo bajo análisis resulta de gran interés pues allí el Juez parte de considerar, a los efectos de otorgar el amparo habitacional, que está en juego un “estado de pobreza que, según se ha señalado con certeza, cuando alcanza una dimensión extrema conduce inexorablemente a la “negación de todos los derechos humanos”¹⁸. La sentencia pone especial énfasis en los argumentos esbozados por la CIDH en una muy conocida decisión¹⁹, al señalar

¹⁷ “P.W.J. CONTRA GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Juzgado de Primera Instancia en lo CAyT Nro. 3 CABA, Expediente N° EXP 40094/0, sentencia del 2 de junio de 2015.

¹⁸ Fallo cit. Consid. I.

que “una persona que en su infancia vive [y durante su adultez sobrevive], como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta le sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano”.

Es así que el juzgador hace hincapié en que “las condiciones de exclusión que enfrentan los amparistas (...) no derivan de una situación extraña, ni son el producto de una anomalía social de carácter excepcional. Por el contrario, forman parte de una multiplicidad de situaciones conflictivas que encuentran como común denominador la insatisfacción del derecho a la vivienda digna de un sustantivo porcentaje de los habitantes de la Ciudad Autónoma (...) que afecta especialmente a algunos grupos sociales, y que no tiene carácter marginal o coyuntural, sino que es consecuencia de una *crisis estructural* de carácter histórico”¹⁹ (*el resaltado nos pertenece*).

En esta línea, concluye que el grupo familiar actor pertenece a este grupo vulnerable, que en su gran mayoría no está constituido por sujetos antisociales o marginales, sino por *personas excluidas del sistema económico formal por su condición de pobreza*²⁰. Lo que aquí resulta interesante es la identificación de la “situación de vulnerabilidad” y la “crisis habitacional” como indicadores de tipo “estructural” que conllevan a la directa vulneración del derecho a la vivienda y, consecuentemente, “amplía” su tutela jurisdiccional.

¹⁹ Corte IDH, “Villagrán Morales y otros [caso de los ‘niños de la calle’]”, sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los Jueces Cançado Trindade Abreu Burelli.

²⁰ Considerando VIII. Para un análisis más completo de las causas y consecuencias de la crisis, nuevamente corresponde remitir a los precedentes “Corzo Viviana del Valle contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)”, EXP 18710/0 y “Romero Graciela del Carmen y otros contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)”, EXP 43633/0, ambas sentencias del 16 de diciembre de 2013.

Finalmente, la sentencia, reiterando la línea argumental del fallo “Q.S.C” previamente citado, y por el TSJCABA en los precedentes “Corzo” y “Romero”²¹, establece que el pago de un subsidio habitacional implica cumplir con el contenido mínimo del derecho al acceso a la vivienda. Ello, en atención a que (a) solo contemplan una solución transitoria; (b) no establecen mecanismos idóneos para asesorar en la búsqueda de estrategias integrales que permitan encontrar una solución a su problema habitacional y superar el estado de emergencia; (c) suponen una erogación ineficiente y dispendiosa de los recursos públicos. A las tres razones (que ya habían sido señaladas por la CSJN) se le agrega una cuarta: reducir la ayuda estatal al simple pago de una suma de dinero tiende a perpetuar estereotipos de discriminación respecto de los grupos desaventajados²².

Sin duda, como ya advertimos, este precedente resulta innovador pues establece una confluencia de *vulnerabilidad social estructural sumado a la crisis habitacional*, sin que resulte necesario, para los titulares del derecho, acreditar un factor adicional a la exclusión del sistema económico y social.

I.2.4. El estado de cosas inconstitucional: el caso “Macchi”

No podemos dejar de mencionar el fallo “Macchi”, sentencia del 31 de marzo de 2016²³, que da, según la línea que venimos exponiendo, un paso más en la protección jurisdiccional del derecho a la vivienda digna.

Si bien lo que se discutía en el caso era la intervención del Estado Nacional como tercero, sin expedirse sobre la cuestión de fondo que se debate en autos, se introduce *obbiter dictum*, como cuestión novedosa, la doctrina del Estado de cosas Inconstitucio-

²¹ Condiserandos X y XI.

²² Al respecto ver lo dicho en las causas “Corzo” y “Romero”, considerando XVII

²³ “Macchi Mirta N cc/ GCBA s/ amparo”, Juzgado de Primera Instancia en lo CCAyT Nro. 18 de la CABA, Expte N° AA 40731-2017/0, sentencia del 31 de marzo de 2016.

nal, elaborada por la Corte Constitucional de Colombia (que será tratada en el apartado siguiente), abriendo paso a una nueva perspectiva de análisis y, según entendemos, a la tutela jurisdiccional de la problemática habitacional.

El magistrado interviniente evoca al estado de cosas inconstitucional al declarar que ciertos hechos –en el caso, la crisis habitacional en el ámbito de la CABA– son “manifiestamente contrarios a la Constitución precisamente porque existe una vulneración *sistemática y colectiva* de los principios y derechos consagrados en ella” –el resaltado nos pertenece–.

Cabe adelantar que el estado de cosas inconstitucional es un mecanismo de tutela jurisdiccional que ha utilizado la Corte Constitucional en Colombia en casos extremos, tomando un rol activo en las políticas públicas, a fin de resguardar y velar por la efectividad de los derechos de la población colombiana.

Sin duda, los diversos enfoques jurisprudenciales apuntados previamente dan cuenta de un progresivo avance en la mirada de la problemática habitacional que aqueja a nuestro país.

II. El Estado de cosas Inconstitucional como nuevo paradigma en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. El caso colombiano.

El Estado de cosas Inconstitucional (ECI) es una creación jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia con el fin de proteger los derechos fundamentales de la población.

Como veremos, este mecanismo o técnica jurídica declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución por vulnerar de manera “masiva” derechos y principios consagrados en la misma, instando a las autoridades competentes para que, en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

Lo interesante de esta herramienta es que constituye un mecanismo de tutela jurisdiccional que, como bien menciona la Corte Constitucional en todos sus precedentes, opera frente situaciones

donde se vulneren masivamente derechos humanos y donde el Poder Judicial ordena a las autoridades públicas a remediar las situaciones descritas, desarrollando, al mismo tiempo, dispositivos de control en el cumplimiento de sus mandos.

Sin duda, como se analizará seguidamente, esta figura además de romper con los esquemas tradicionales de los efectos *interpartes* que caracterizan las acciones de tutela, atribuye a la Corte un rol muy activo y de gran compromiso social, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país.

II.1. Origen

El surgimiento de la figura del ECI se presentó con la sentencia SU-559, del 6 de noviembre de 1997, en la cual la Corte Constitucional de Colombia declaró un estado de cosas contrario a la Constitución por la omisión de dos municipios de Bolívar de afiliar a sus docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se estaban haciendo los correspondientes descuentos de los salarios devengados²⁴.

Uno de los precedentes que mayor repercusión ha tenido en esta materia fue la sentencia T-025 de 2004, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la violación de los derechos que tiene como titulares a las personas en situación de des-

²⁴ Asimismo, la Corte declaró un Estado de cosas inconstitucionales en diversas ocasiones: por la mora habitual de la Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados (sentencia T-068 de 1998); por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios (sentencias T-1695 de 2000 y SU-250 de 1998). Por otro lado, mediante sentencias T-153 de 1998 y T-606 de 1998 se declaró el estado de cosas inconstitucionales en el sistema carcelario en Colombia y sobre el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en centros de reclusión. Finalmente, en la Sentencia T-590 de 1998, se declaró el estado de cosas inconstitucionales por la omisión del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos de los defensores de derechos humanos.

plazamiento. Este hecho defectivo que las coloca en situación de debilidad manifiesta, justifica la obligación del Estado, exigible en forma inmediata (art. 85 de la Constitución política de Colombia), de protegerlos de forma especial.

La configuración del ECI se comprueba, según los criterios esbozados por la propia Corte, cuando exista: (i) vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial²⁵.

II.2. Titulares de la acción

En el caso concreto de las personas desplazadas, son titulares de la acción afirmativa que obliga a tratarlos en forma desigual más favorable que a personas no afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado.

El punto de partida es la descripción de la persona humana, en este caso de la persona en situación de desplazamiento, a partir de sus capacidades fácticas y los funcionamientos —enfoque diferencial— de los que depende la efectividad del derecho. “La demostración de cómo el contexto condiciona el funcionamiento de las capacidades de las personas concretas hace exigible las acciones

²⁵ Sentencia T-025 de 2004. Previamente configurado en la sentencia SU-090, de 2000.

positivas del Estado, necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales. El enfoque diferencial (...) hace visibles las preferencias “adaptativas” de personas tradicional o sistemáticamente discriminadas, quienes interiorizan y naturalizan su situación de desventaja. A la luz del enfoque diferencial, el poder administrativo y el poder legislativo están constitucionalmente obligados a concebir y formular las políticas públicas y diseñar los procesos de asistencia y atención a las personas desplazadas, en sus diferentes etapas, para corregir las asimetrías sociales (...)”²⁶.

Adicionalmente, y quizás sea lo más importante para efectos prácticos, la condición de desplazado o desplazada impone la obligación constitucional de darles prioridad en la asignación del presupuesto, esto con el fin de atender efectiva y oportunamente el goce los derechos fundamentales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en su sentencia SU-1150 de 2000: “El gasto en el cuidado a los desplazados debe ser considerado, inclusive, como más perentorio que el gasto público social”. La jurisprudencia constitucional ha considerado que solo mediante la total priorización del gasto público a favor de la población desplazada es posible asegurar el goce efectivo de sus derechos fundamentales²⁷.

II.3. Indicadores de resultado y de proceso como control de políticas públicas

Al declarar el ECI en materia de desplazamiento forzado, la Corte Constitucional precisó los niveles mínimos, exigibles inmediatamente de las autoridades públicas competentes, para satisfacer las obligaciones de atención y asistencia a los afectados. La Corte ha sido consciente de que un nivel máximo de protección de sus derechos fundamentales no es posible ante la magnitud del fenó-

²⁶ Arango Rivadaneira, Rodolfo, “Realizando los derechos su filosofía y práctica en América Latina”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pág. 144-145-.

²⁷ Arango Rivadaneira, Rodolfo, “Realizando los derechos su filosofía y práctica en América Latina”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pág. 121-122.

meno del desplazamiento y la escasez de los recursos. Es así que ha procedido a delimitar los derechos mínimos, cuyo goce efectivo debe ser asegurado por parte del Estado. En esta tarea, además de determinar qué derechos tienen los desplazados — conjunto de derechos constitucionales fundamentales— y de qué manera deben apreciarse —enfoque diferencial—, la Corte ha señalado cuál es el mínimo que no puede ser traspasado —prohibición de insuficiencia u omisión— en ninguna circunstancia, si es que se pretende no desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas desplazadas.²⁸

En lo que hace al nivel mínimo de satisfacción del conjunto de derechos antes mencionados, la jurisprudencia colombiana ha generado indicadores de “Goce efectivo de los derechos”²⁹, que ha catalogado como “de proceso” y “de resultado”, a fin de dar cumplimiento a los niveles mínimos exigibles.

Los indicadores de proceso han sido definidos como las medidas de orden orgánico, funcional, que deben adaptarse para *superar* las deficiencias de la política pública sobre desplazamiento forzado. Los resultados señalan los *niveles mínimos* que deben alcanzarse para entender cumplidas las exigencias constitucionales en mente de las autoridades públicas³⁰. En relación al derecho a la vivienda, el auto 116 del 2008 considera, o crea como indicador de resultado del derecho a la vivienda: “Un hogar que habita legalmente el predio en condiciones dignas, espacio suficiente, servicios generales completos, materiales apropiados, ubicación y seguridad jurídica de la tenencia”.

Pese a ello se ha planteado que “a primera vista, el concepto de núcleo mínimo parece dar mayor fuerza a los derechos sociales, fijando una base no negociable ni reductible. Sin embargo, cabe

²⁸ Arango Rivadaneira, Rodolfo, “Realizando los derechos su filosofía y práctica en América Latina”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2016, pág. 124

²⁹ Ver en este sentido el Auto 116, de 2008, proferido por la Corte constitucional en el seguimiento de la sentencia T 025 -2004.

³⁰ Arango Rivadaneira, Rodolfo, obra antes citada pág. 132.

plantear dos objeciones: la dificultad para determinar ese mínimo y el riesgo de su empleo como coartada para el incumplimiento³¹.

La Corte Constitucional también ha enunciado los criterios para determinar la *superación* del ECI³². Ellos exigen al gobierno nacional demostrar “que ha alcanzado soluciones duraderas respecto de, a lo menos, los siguientes ejes”; los cuales incluyen el goce efectivo de derechos por parte de un alto porcentaje de la población desplazada; la corrección de las causas estructurales que llevaron al estado de cosas inconstitucional; la demostración de que las políticas públicas relacionadas con cada uno de los derechos constitucionales de los desplazados conducen efectivamente a lograr el goce efectivo de los derechos por parte de los desplazados; la *participación oportuna, significativa y efectiva de los desplazados en las decisiones estatales* que los afectan, y contribución de las entidades territoriales a la superación del estado de cosas inconstitucional.

Además, la Corte advirtió que la carga de demostrar que las condiciones que dieron lugar a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional recae sobre el gobierno nacional³³.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es preciso concluir que el estado de cosas inconstitucionales es sin duda una figura de gran importancia en la jurisprudencia constitucional colombiana, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando estos han resultado masivamente vulnerados, ya que, a través de ella, la Corte ha denunciado graves y masivas violaciones de derechos fundamentales y con base en esa declaratoria ha promovido la adopción e implementación de acciones y políticas públicas para la superación de esas situaciones.

En este sentido ha generado mecanismos para evaluar las políticas públicas que ordena en los autos de cumplimiento y da pau-

³¹ Etichichury, Horacio, “Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina”, Universidad Nacional de Córdoba, 2013, pág. 174.

³² Auto 008 de 2009 de seguimiento de la sentencia T-25 de 2004 Corte Constitucional de Colombia.

³³ Arango Rivadeneira, Rodolfo, antes citada pág. 139/140.

tas para determinar cuando cesa ese estado de cosas inconstitucional.

III. El controvertido caso español

En España se ha puesto el foco en la tutela jurisdiccional del derecho a la vivienda digna, a raíz de la dura crisis económica que desde hace algunos años afecta a ese país. Las dudas sobre la justiciabilidad de los derechos sociales reconocidos en la Constitución española (CE), se fundan, como veremos, en varios elementos que perfilan los contornos del texto constitucional en la materia.

La CE proclama, como principio rector de la política social y económica, el derecho a una vivienda digna y adecuada en el artículo 47: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Este artículo se incardina en el Capítulo III del Título I de la CE rotulado “De los principios rectores de la política social y económica”, que, en virtud del art. 53.3 de la Carta Magna, informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

En principio, parecería que la vinculación normativa del derecho a la vivienda está dirigida únicamente a los poderes públicos y no se permite su exigencia como derecho subjetivo por los ciudadanos, al preverse en el citado art. 53.3 que solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen³⁴. En este sentido, se ha destacado que “los derechos sociales salen especialmente mal parados, en la medida en que el art. 53.3 CE pone en cuestión la eficacia normativa y la justiciabilidad de todos los principio rectores y que, además, el juego del art. 53.2 CE excluye a la mayoría de los

³⁴ López Ramón, Fernando, “Construyendo el derecho a la vivienda”, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pág. 12.

derechos sociales –entre los que se encuentra el derecho a la vivienda– de la vía natural de protección de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional español (TC)³⁵, que no es otra que el recurso de amparo³⁶.

Sin duda, y siguiendo la línea de lo que venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo, entendemos que “lo que califica la existencia de un derecho social como un derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida”³⁷.

En línea a lo expuesto, se han planteado serios debates doctrinales relativos al grado de exigibilidad de los denominados “derechos sociales” en el sistema español. Esta problemática no es ajena, tampoco, al sistema internacional en el marco europeo; dadas las escasas posibilidades de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, por no haberse previsto mecanismos de petición individual de estos derechos en los diversos Tratados.

³⁵ Díaz Crego, Maria, “Derechos sociales y amparo constitucional”, R.V.A.P., núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pág. 19

³⁶ El recurso de amparo es una de las principales competencias atribuidas por la Constitución al Tribunal Constitucional, siendo el objeto de este proceso la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la CE originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distingue tres modalidades de recurso de amparo en razón del origen del acto del poder público al que se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales: recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (art. 42); b) recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43) y c) recurso de amparo contra decisiones judiciales (art. 44).

³⁷ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, ed. Trotta, 2002, pag. 37.

Quizá por ello algunos tribunales internos o internacionales han desarrollado estrategias *indirectas* de protección de estos derechos al vincularlos con tradicionales derechos civiles y políticos –cuya justiciabilidad plena no se pone en duda– que parecen estar sirviendo –paradójicamente– a garantizar su contenido frente a eventuales medidas regresivas o frente a la completa inactividad de los poderes públicos³⁸. En concreto, Abramovich y Courtis han referido a la protección *indirecta* de los derechos sociales a través del principio de igualdad y no discriminación del debido proceso, o su relación con alguno de los clásicos derechos civiles y políticos o, finalmente, exigiendo información como vía para garantizar su adecuado ejercicio³⁹.

“Históricamente desatendido por el legislador y el Tribunal Constitucional (TC) (...) el derecho a la vivienda ha tenido hasta el momento en España unos muy discretos desarrollos normativos y la jurisprudencia del TC –a diferencia de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) – todavía no ha acertado a establecer las imprescindibles conexiones del derecho del art. 47 CE con otros derechos constitucionales. Ello ha motivado que lo que los españoles (...) no han podido obtener del TC como ciudadanos lo hayan tenido que ir a buscar a Europa como consumidores, gracias a la labor del TJUE”⁴⁰. En esta línea, desde el *caso Aziz*, resuelto por la Sentencia del TJUE (Sala primera) de 14 de marzo de 2013, se exige que pueda oponerse en el proceso de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de determinadas cláusulas. El TJUE profundizó este enfoque en el *caso Sánchez Morcillo*, Sentencia de 17 de julio de 2014 (Sala primera). Finalmente, en el *caso Kusio-*

³⁸ Díaz Crego, María, “Derechos sociales y amparo constitucional”, R.V.A.P., núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pag. 19.

³⁹ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, ed. Trotta, 2002, pag. 168-234.

⁴⁰ Juli Ponce Solé, “Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más y mejor”, artículo disponible en la página web: eapc-rcdp.blog.gencat.cat, última entrada 8/4/2017.

nová, Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Sala tercera), el TJUE ha confrontado, nuevamente, el sistema de ejecución hipotecario con la normativa europea de protección de consumidores.

Por su parte, el TEDH también ha rechazado pronunciarse directamente sobre la obligación positiva impuesta al Estado de acordar una vivienda adecuada de tipo social⁴¹. Por el contrario, se escuda en el margen de apreciación de los Estados para no hacer del derecho a una vivienda digna y adecuada un real y verdadero objetivo en el contexto europeo⁴². Si bien se ha negado a declararlo explícitamente, también ha reconocido el derecho a la vivienda de forma implícita en conexión con otros derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), singularmente con el art. 8 referido al derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, afirmando las obligaciones positivas de los estados al respecto, entre ellas proveer un alojamiento alternativo a los desahuciados⁴³. Obviamente, del artículo 8 no se deriva que el Estado deba facilitar una vivienda a cada ciudadano, pero existen determinadas circunstancias en las cuales se podría deducir dicha exigencia del Convenio⁴⁴.

En este marco, se ha destacado que “la Unión Europea, siguiendo la estela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asume así planteamientos muchísimo más avanzados que los vigentes en España donde, anclados aún en la construcción constitucional de los principios rectores de la política social y económica, parece resultar mucho más difícil impulsar una efectiva protección del derecho a la vivienda familiar”⁴⁵.

⁴¹ Lo que ocurre en el asunto *Wallowá et Walla* contra la República Checa, de 26 de octubre de 2006.

⁴² Asunto *Connors* contra Reino Unido, de 27 de junio de 2004.

⁴³ Véase el caso *Marzari* contra Italia de 4 de mayo de 1999.

⁴⁴ *Villalibre Fernández, Vanessa*, El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI, Fundación Alternativas, 64/2011, pág. 32.

⁴⁵ *Tejedor Bielsa, Julio* “El derecho a la vivienda es derecho fundamental en la Unión Europea”, disponible en www.administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea

Sin duda, lo apuntado deja en evidencia las carencias en materia de acceso a la vivienda en ordenamiento español. Aun más, al día de hoy, no hay ninguna ley, ni estatal ni autonómica, que reconozca el derecho a toda persona para interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa exigiendo el derecho a una vivienda y, menos aún, si cabe, digna y adecuada⁴⁶. Será por ello que Tejedor Bielsa, habla del derecho a la vivienda como un derecho subjetivo “emergente” o “en construcción”, proporcionando diversos ejemplos de recientes iniciativas legislativas autonómicas (como el caso de Cataluña) que se encaminan a consolidar el derecho a la vivienda como una prestación propia del estado del bienestar⁴⁷.

Conclusiones

El análisis normativo y jurisprudencial en materia del derecho a la vivienda nos permite afirmar que el Poder Judicial en Argentina ha tenido un rol preponderante en su configuración, alcance y efectividad; siguiendo prolijamente los estándares internacionales y asumiendo el compromiso de respetar y hacer cumplir una extensa nómina de obligaciones vinculadas con los derechos que esos sistemas reconocen y protegen. De esta forma, hicimos hincapié a lo largo de nuestra exposición en la intensa tutela que, a través de múltiples decisiones, se ha conferido a este derecho; a diferencia del controvertido caso español donde, en materia de derechos sociales, los máximos interpretes de la Constitución y los Tribunales Internacionales han sido excesivamente tímidos y escasamente originales a la hora de utilizar mecanismos “indirectos” de protección.

En esta línea, entendemos que resulta muy novedoso el empleo de ciertas estrategias utilizadas por los magistrados en Ar-

⁴⁶ Villalibre Fernández, Vanessa, El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI, Fundación Alternativas, 64/2011, pág. 25.

⁴⁷ López Ramón, Fernando, “Construyendo el derecho a la vivienda”, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pág. 19.

gentina para tutelar el derecho a la vivienda. A modo de ejemplo, destacamos el avance cualitativo que ha implicado el precedente de la CSJN “Q.C.S” al resaltar el compromiso de los Estados de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos con el objeto de lograr “el disfrute más *amplio* posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes (...) aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes”. De esta forma, se pone un nuevo límite al haz en la manga del Poder Ejecutivo para desatender la problemática habitacional: la falta de presupuesto.

Por otro lado, observamos que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien se dio un vuelco a raíz del fallo “Badaracco”; la labor del Tribunal Superior de Justicia también implicó, a nuestro entender, un leve retroceso al condicionar el acceso a la vivienda digna a supuestos “extremos de vulnerabilidad social” (como la discapacidad o la edad). No obstante, remarcamos el avance significativo de algunas líneas jurisprudenciales que toman la “crisis habitacional” y la “vulnerabilidad de tipo estructural” como indicadores y/o operadores de protección directa el derecho a la vivienda; efectuando un análisis integral de esta problemática para tutelar su goce efectivo. En este marco, consideramos que el arribo de la figura del estado de cosas inconstitucional, a través del fallo “Macchi”; aporta una muestra clara de los nuevos paradigmas que comienzan, lentamente, a asomar en relación a la tutela jurisdiccional del derecho a la vivienda.

Pese a lo expuesto, no podemos dejar de advertir que la labor profesional que desempeñamos nos permite comulgar la vocación por estos temas con el asesoramiento y patrocinio de distintas situaciones, que reflejan una versátil y compleja expresión de la problemática habitacional. Por cierto, más allá del reconocimiento expreso que propugnamos a la labor jurisprudencial en el alcance amplio que se ha conferido al derecho a la vivienda, no podemos dejar de advertir que el análisis y evaluación de cada caso implica un trato directo con las personas involucradas en contexto de vulnerabilidad extrema, cuya vivencia excede y enriquece el marco normativo y que, lamentablemente, no siempre asegura el éxito del resguardo del derecho en pugna.

Sin duda, el resguardo del derecho a una vivienda digna es un dato fundamental, considerando que se enfrentan situaciones que, en su hondura y desesperación, exigen una respuesta acorde a la responsabilidad social de los operados jurídicos que, a su vez, contribuya a un compromiso sensible, solidario y colectivo, afianzando los valores democráticos.

Bibliografía

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, ed. Trotta, 2002
- Arango Rivadaneira, Rodolfo, “*Realizando los derechos su filosofía y práctica en América Latina*”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.
- Díaz Crego, María, “*Derechos sociales y amparo constitucional*”, R.V.A.P., núm. 94, septiembre-diciembre 2012
- Etichichury, Horacio, “*Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*”, Universidad Nacional de Córdoba, 2013
- López Ramón, Fernando, “Construyendo el derecho a la vivienda”, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010
- Juli Ponce Solé, “Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más y mejor”, artículo disponible en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/>, última entrada 8/4/2017.
- Tejedor Bielsa, Julio “El derecho a la vivienda es derecho fundamental en la Unión Europea”, disponible en www.administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea.
- Villalibre Fernández, Vanessa, “*El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI*”, Fundación Alternativas, 64/2011

Apéndice Jurisprudencial

Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH

- *Asunto Marzari contra Italia de 4 de mayo de 1999*
- *Asunto Connors contra Reino Unido, de 27 de junio de 2004*
- *Asunto Wallowá et Walla contra la República Checa, de 26 de octubre de 2006*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE

- *Aziz*, Sentencia de 14 de marzo de 2013 –Sala Primera
- *Sánchez Morcillo*, Sentencia de 17 de julio de 2014 Sala primera.
- *Kusionová*, Sentencia de 10 de septiembre de 2014 Sala tercera

Corte IDH

- “Villagrán Morales y otros [caso de los ‘niños de la calle’]”, sentencia de 19 de noviembre de 1999
- “Velázquez Rodríguez”, 29/7/88, Serie C, Nro. 4, párr. 165-166;
- “Godínez Cruz”, 20/1/89, Serie C, Nro. 5, párr.174,175 y 176;
- “Bámaca Velásquez”, 25/11/00, Serie C, Nro. 70, párr. 210;
- “Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y TevoredoTarsano vs. Perú)”, 31/1/01, Serie C, Nro. 71, párr. 109.

Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia SU-559, del 6 de noviembre de 1997
- Sentencia T-068 de 1998
- Sentencia T-1695 de 2000
- Sentencia SU-250 de 1998
- Sentencia T-153 de 1998
- Sentencia T-606 de 1998
- Sentencia T-590 de 1998

- Sentencia SU-090 de 2000
- Sentencia T-025 de 2004
- Auto 116 de 2008, proferido por la Corte Constitucional de Colombia en el seguimiento de la sentencia T 025 -2004.

CSJN

- “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” sentencia del 24/4/2012.
- “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal”, sentencia del 23/12/2004.
- “Vertibisky Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 3/5/2005.
- “Carranza Latrubese, Gustavo c/ Estado Nacional”, sentencia del 6/8/2013
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 14/2/2017

TSJ

- “Alba Quintana Pablo c/ GCBA y ot. s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. 6754/09, sentencia del 12 de mayo de 2010.
- “Badaracco, Antonio Edgardo c/GCBA y otros s/amparo” sentencia del 21/3/2014.
- “Corzo Viviana del Valle c/ GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)”,EXP18710/0 del 16 de diciembre de 2013.
- “Romero Graciela del Carmen y otros c/ GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)”, EXP 43633/0, ambas sentencias del 16 de diciembre de 2013.

Cámara Contencioso Administrativo y Tributario CABA (sala I)

- “Bravo Alina c/GCBA s/ amparo”,
- “Amarilla Julia Esther c/ GCBA s/ amparo”,

- “Franco Viviana Esther c/ GCBA s/ amparo.

Primera Instancia fuero Contencioso Administrativo y Tributario de CABA

- P.W.J. c/ GCBA S/ amparo (ART. 14 CCABA)” Expediente N° EXP 40094/0, sentencia del 2 de junio de 2015. juzgado 3
- “Macchi Mirta N c/ GCBA s/ amparo”, Expte N° AA 40731-2017/0, sentencia del 31 de marzo de 2016

**Ley de pueblos indígenas en Guatemala:
omisión legislativa vs pluralismo jurídico efectivo**

PABLO ANDRÉS BONILLA HERNÁNDEZ* (GUATEMALA)

*Abogado y Notario. Catedrático de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. <justicia-constitucionalguate@gmail.com>. (+502 59175144 / +502 58794236) Dirección Postal: Kilómetro 14.5, carretera al Pacífico, Condominio Hacienda de las Flores, casa 20, cluster A4, zona 2 del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala]

I. Notas introductorias

La Constitución Política de la República de Guatemala, que data del año 1985, fue reformada en una única ocasión en el año de 1993 y en su texto son fácilmente identificables más de 50 reservas de ley.¹ Una de ellas –de superlativa trascendencia– se ubica en el artículo 70 constitucional, el cual ordena al organismo legislativo a emitir una ley específica que regule los derechos de los pueblos o comunidades indígenas. El artículo se ubica en la sección tercera del capítulo y título dos de la Constitución Política –la cual inicia en el artículo 66 y concluye en el artículo 70– y tiene por propósito reconocer la protección a los grupos indígenas de ascendencia maya, a sus tierras –también obliga a proveerlas cuando no las tengan y sean necesarias para su desarrollo– sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, idiomas, uso del traje indígena en hombres y mujeres y, asimismo, obliga al Estado a otorgar protección laboral especial en caso de traslación de trabajadores indígenas fuera de sus comunidades.

La inclusión de esta materia en la actual Constitución no tiene precedente similar en el constitucionalismo guatemalteco y obedece en buena medida a la apertura del Estado de Guatemala en cuanto al reconocimiento internacional de los derechos humanos y el movimiento global de reivindicación de los derechos y competencias propias de los pueblos o comunidades indígenas.

¹ A guisa de ejemplo se pueden citar los artículos 20, 26, 33, 38, 40, 42, 48, 53, 59, 60, 64, 73, 74, 78, 80, 86, 91, 102, 103, 104, 116, 121 literal b), 124, 126, 127, 130, 170 literal b), 209, 210, 230, 242, 273; al igual que los artículos 1, 2, 3, 9, 14, 15 de sus Disposiciones Transitorias y Finales. Las denominadas “reservas de ley” si bien están dirigidas a limitar el desarrollo de la materia constitucional únicamente a través de ley, también en algunos casos (v. gr. artículo 124) por propia previsión constitucional se reserva que dicho desarrollo sea también por vía reglamentaria. La jurisprudencia del tribunal constitucional guatemalteco (Corte de Constitucionalidad) refiere el tema de la reserva de ley en los expedientes 261-93, 669-94, 49-95 y en los expedientes acumulados Nos. 342-97, 374-97, 441-97, 490-97 y 559-97.

Sin embargo, si bien de las disposiciones antes referidas se extrae el reconocimiento, protección e inclusión constitucional del sistema jurídico indígena al sistema jurídico oficial², los escasos cinco artículos constitucionales –de más de 300 artículos que integran la Constitución– son ampliamente insuficientes, por lo que, ateniendo a la lógica que el mandato constitucional estaba llamado a desarrollarse, el constituyente impuso una reserva de ley a través de la cual obliga al Congreso de la República a que emitiese una legislación específica que proveyera vida y materialidad a estas disposiciones. Habiendo transcurrido más de treinta años desde la vigencia de la Constitución Política actual, no existe aún una normativa ordinaria que provea desarrollo de manera apropiada a este mandato programático.

El presente documento tiene por propósito presentar un juicio crítico respecto a las diversas acciones que se han presentado para hacer frente y tratar de “reparar” la omisión, al tiempo que propone transversalmente destacar la importancia que guarda la correcta relación, coordinación y compatibilidades que deben existir entre el sistema o derecho jurídico indígena y el oficial, indicando finalmente una propuesta respecto a las medidas que pueden ser tomadas al respecto.

II. Notas contextuales a propósito de la omisión de una ley específica que regule la materia de pueblos indígenas en Guatemala

Es importante reconocer que el imperativo de emitir la normativa específica a que obliga el artículo 70 de la Constitución Política, se refuerza a partir de lo dispuesto en los Acuerdos de Paz suscritos en el año 1996 entre el Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG–. En este sentido, tanto el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, así como el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una sociedad democrática, definen la

² Al respecto ver expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad.

obligación para el Estado de Guatemala de legislar este tópico dentro del marco de una reforma constitucional.³

En Guatemala, si bien se puede advertir que en el ordenamiento jurídico interno *infraconstitucional* existe cierta legislación ordinaria que pudiese ser aplicable en el ámbito del derecho indígena con el propósito de “cumplir” con el desarrollo del mandato constitucional, el problema de fondo radica tanto en la dispersión de la normativa jurídica aplicable, como principalmente por los alcances y dimensiones estrictamente limitadas de dichas normas.⁴ En la práctica, y sobre todo en la judicatura, estas normas han resultado siendo insuficientes, lo que ha derivado en la generación de cierto desconcierto e incertidumbre en cuanto a los contenidos que debiesen de atribuírsele a la materia en el marco de un pluralismo jurídico.⁵

³ Los Acuerdos de Paz, valga decir, más que simplemente de naturaleza política, a través del decreto 50-2005 “Ley Marco de los Acuerdos de Paz” se les ha reconocido un carácter de genuinos compromisos de Estado y están legalmente tutelados a través de los mecanismos, medidas, acciones y seguimiento que de manera general o marco establece dicha ley; si bien dichos mecanismos han sido un tanto débiles y también carecen de adecuada institucionalización, sin obviar el hecho que han sido virtualmente invisibilizados, lo cierto es que si se utilizaran adecuadamente, permitirían generar insumos y espacios necesarios para procurar el diálogo y consensos mínimos que converjan finalmente en un consecuente desarrollo legislativo en este asunto.

⁴ El Código Municipal, las leyes de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Descentralización, Idiomas Nacionales, Desarrollo Social y de la Academia de Las Lenguas Mayas de Guatemala, son algunos ejemplos. Desde luego que esto no significa perder de vista o desconocer las bondades que el marco internacional de protección en materia de Derecho Indígena aporta, y aunque a ello nos referimos más adelante, baste de momento indicar que las leyes ya citadas, propias del ámbito interno, son insuficientes y en su operativización se diluyen, mermando su propia eficacia.

⁵ Coincidimos con Gustavo Porras Castejón, quien afirma que la omisión no solo resta eficacia a los derechos ya reconocidos sino “...producen un efecto contrario al pretendido ya que, en vez de constituirse en un factor

En este sentido, es importante apreciar que para el juez entraña una verdadera dificultad poner fin y resolver de manera cotidiana los conflictos y tensiones en las relaciones que surgen entre el derecho indígena y el derecho oficial; el campo penal⁶, tierras⁷ o agrario⁸ al igual que el de recursos naturales⁹ son perfectos ejemplos de ello. Y esto desmejora progresiva y aceleradamente en la medida en que no existen límites, coordinación y dimensiones adecuadas entre uno y el otro, ni tampoco espacios de diálogo efectivo que contribuyan a generar un mecanismo de fuga y de presión social positivo que empuje a la emisión de la normativa de marras. Además, esto se agrava más –como si tal cosa fuese posible– al momento que en sede judicial el propio juez ignora el tópico y aún

de fortalecimiento de la unidad nacional desde la diversidad, generan confusión e incertidumbre, y una interpretación fragmentada de la ley”. *Derechos de los Pueblos Indígenas en la Legislación Guatemalteca*, Corte de Constitucionalidad. Disponible en:

<http://www.cc.gob.gt/congreso/23%20de%20septiembre/Ponencia%20%20Lic.%20Porras%20Castej%C3%B3n.pdf> (visitada el 20 de octubre de 2016).

⁶ Muy interesante en este sentido es la jurisprudencia asumida por la Corte Suprema de Justicia, ente que en la resolución del expediente 1524-2012 establece la doctrina legal que el Derecho Indígena en el ámbito penal únicamente posee como límites, tanto la observancia de los propios Derechos Humanos como bien que la decisión sea tomada por una autoridad comunal a través de un procedimiento legítimo. Cumplido ello, se le reconoce validez con fuerza de cosa juzgada a las decisiones tomadas por autoridades indígenas. Se sugiere ver también las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los expedientes 27-2010, 218-2003 y 356-2005.

⁷ Ver a guisa de ejemplo, sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada en el expediente 268-2013 al igual que el expediente 5955-2013.

⁸ Ver sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada en el expediente 1179-2005.

⁹ Ver sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada en el expediente 3878-2007.

la jurisprudencia ordinaria y constitucional aplicable, además de la legislación nacional e internacional vigente en esta materia.

De este modo resulta ingenuo –o, cuando menos, muy inocente– pretender que la normativa de orden interno alcance por sí misma y sea lo suficientemente amplia para considerarse como un dulce “refugio”. Aunque, sin dudas, las disposiciones convencionales de los tratados internacionales que integran el denominado bloque de constitucionalidad finalmente se integran e incorporan al sistema jurídico¹⁰ e, inclusive muchas de sus cláusulas, están llamadas a ser auto aplicativas –*self executing*–, esto tampoco resuelve el problema¹¹.

Así las cosas, el propio tribunal constitucional guatemalteco –la Corte de Constitucionalidad– además de señalar en diversas ocasiones la necesidad y urgencia de promulgar una normativa jurídica de esta naturaleza, se ha dado a la tarea de inclusive sugerir los aspectos que dicha normativa debiese incluir. Ha destacado que sus contenidos deben:

“...a) impulsar políticas de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, contemplando aspectos mínimos como resolver conflictos de jurisdicción y competencia que puedan surgir entre el ejercicio del derecho Indígena y el derecho estatal; b) darle plena validez así como respeto a las decisiones tomadas por las autoridades indígenas; y c) que los ámbitos de aplicación de ambos sistemas jurídicos se encuentren bien definidos. Es menester que también se

¹⁰ En Guatemala se encuentran en vigor importantes instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Declaración de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, entre otros.

¹¹ Al respecto de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos se sugiere ver a Nogueira Alcalá, Humberto. “*Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*”. Revista Ius et Praxis. vol. 2, núm. 2, Universidad de Talca, Chile. 1997, pp. 266-269.

haga participe a las diferentes y diversas instituciones indígenas en este proceso, tal y como lo regula el Convenio 169 de la OIT, así como los acuerdos de Paz que persiguen implementar medidas que conlleven el pleno respeto y reconocimiento del sistema jurídico de los pueblos indígenas; d) mediante dicha ley existen políticas a través de las cuales se logre alcanzar una coordinación entre el ejercicio del derecho Indígena y el derecho estatal, aspecto de difícil solución, debido a la problemática de marginación y exclusión de la normativa indígena; e) con dicha ley debe buscarse un estado homogéneo en donde exista el reconocimiento de la pluralidad jurídica, para el desarrollo del ejercicio de una democracia plena y absoluta, utilizando mecanismos que lleven a cabo una coordinación de sistemas, es decir, la de hacer judicial lo relativo a las resoluciones o decisiones sobre las soluciones de conflictos de índole indígena que se genera dentro de su ámbito de aplicación ...”¹².

Así las cosas, la omisión legislativa aquí referida no es objeto de discusión, aunque sí lo pueden ser las causas que la provocan y las vías para reparar la misma. Respecto a lo primero, es indudable que existe un desdén sistematizado y prolongado desde lo interno del organismo legislativo guatemalteco ya que ha evitado exitosamente la inclusión y priorización en la agenda política de un proyecto de ley a este propósito, y así naturalmente ha bloqueado o anulado la efectiva promulgación de una ley específica en la materia. No obstante existen importantes iniciativas de ley en el Congreso de la República, tales como la de Jurisdicción Indígena (iniciativa número 3946), la de Consultas a los Pueblos Indígenas (iniciativa número 4051), la de Medios de Comunicación Comunitaria (iniciativa número 4087), la de Lugares Sagrados de los Pueblos Indígenas (iniciativa número 3835) y la General de Derechos de Pueblos Indígenas de Guatemala (iniciativa número 4047), ninguna de ellas figura en la agenda política, quedando todas en indefinida espera y, aunque algunas de estas iniciativas atendiendo a sus contenidos similares pudiesen estar integradas

¹² La Corte de Constitucionalidad se ha conformado simplemente con instar/exhortar al Congreso de la República a emitir dicha legislación. Al respecto véanse los expedientes 2229-2010, 4238-2011:

en un mismo cuerpo jurídico, lo relevante es que ninguna ha pesado suficiente en la conciencia colectiva de los miembros que integran (y han integrado) el Congreso de República a efecto de lograr su promulgación. Existe, pues, poca voluntad para generar acuerdos políticos que de manera legítima y firme permitan ponerle fin.¹³

La cuestión es grave: en Guatemala más del cuarenta por ciento de la población es indígena¹⁴ y a pesar de ser uno de los grupos poblacionales mayoritarios en el país no encuentran efectiva representación en el seno del Congreso de la República, donde exhibe una exigua participación de congresistas. Esto último, quizás, también ayuda a explicar mejor el problema.

Por otro lado, la mora hoy existente ha generado una suerte de *condiciones legislativas lagunosas* que desde ninguna óptica atienden ni la finalidad o voluntad plasmada por el constituyente hace ya varios lustros en la Constitución, ni tampoco la delegación soberana del pueblo respecto a las funciones que ejerce el Congreso de la República y en este asunto no atiende. Esta situación también está generando vaciamiento de los contenidos constitucionales, a tal punto que hoy, en el marco de las reformas constitucionales en discusión en el país, algunos parlamentarios y grupos de sociedad civil han llevado a debate la pertinencia del reconocimiento del pluralismo jurídico en Guatemala, no obstante el reconocimiento ya vigente en la propia Constitución Política,

¹³ Prueba de ello son los resultados de la investigación que presenta Álvaro Pop. Véase texto *Evaluación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala*, Guatemala, Naleb', 2013. Texto disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/2013/CRP-3.pdf> (visitado el 25 de abril de 2017).

¹⁴ La cifra no despierta conformidad de todos los sectores, algunas organizaciones afirman que el porcentaje pudiese ser mayor. *Ibid.*, p. 7. Cabe agregar que según la Ley de Idiomas Nacionales (decreto 19-2013), Guatemala es un país pluricultural, multilingüe y multiétnico (ver a este respecto el expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad) y se encuentra integrada por el pueblo Maya, Garífuna, Xincas y Ladino, reconociéndose y protegiéndose en total 25 idiomas nacionales (incluido el español).

la jurisprudencia constitucional e internacional así como los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En este contexto, la pregunta obligada es reparar qué mecanismos, vías o acciones judiciales pueden tomarse con el afán de cumplir con el propósito de obligar a efectivamente desarrollar el mandato constitucional. Desde luego, la solución más “práctica” ha estado siempre a la mano: el Congreso de la República debe emitir la legislación que corresponde, ya que constituye una obligación y responsabilidad a él confiada.

III. La inconstitucionalidad por omisión: ¿una alternativa?

Hoy día en el constitucionalismo latinoamericano no resulta extraña la figura de la institución de la inconstitucionalidad por omisión, y en buena medida ello obedece a la amplia y buena difusión que al respecto se ha hecho¹⁴. El profesor Víctor Bazán es un referente y por ello nos parece acertado traer a colación el concepto que aporta él respecto a esta figura:

¹⁴ La doctrina guatemalteca cada más ha ido desarrollando estudios respecto de las omisiones legislativas o el denominado vicio de inconstitucionalidad por omisión. Hoy día, a diferencia de lo ocurrido hace 20 años, ya no es extraño encontrar investigación con un buen rigor científico a propósito de este tema en el país. Al respecto se sugiere ver a Patzán Sánchez, Juan Francisco, *Control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en Guatemala*, Guatemala, Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015. Larios Hernández, Sara María Fernanda y Jorge Gabriel Jiménez Barillas, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa: análisis teórico y práctico*, Guatemala, Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín Guatemala, 2015. Aizenstadt L, Alexander, “El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, Año 19, 2013, pp. 159-163.

“... La inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactivación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.”¹⁵

Del concepto anterior se desprenden dos tipos distintos de inconstitucionalidad por omisión: la total (absoluta) y la parcial (relativa). Mientras que la omisión parcial o relativa toma lugar en los casos que el órgano legislativo¹⁶, si bien cumple con su responsabilidad de emitir la disposición legal correspondiente, lo hace de manera parcial, deficiente o insuficiente, de forma que sus contenidos son imprecisos o bien se discrimina y omite a parte de la totalidad de destinatarios a quienes debió dirigirse, quienes resultan así excluidos de la aplicación de la norma¹⁷. La omisión total, en cambio, se configura cuando no se actúa pese a existir un mandato

¹⁵ Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 103.

¹⁶ Utilizamos el término “órgano legislativo” ya que nos parece el más apropiado, toda vez que la omisión legislativa no necesariamente puede provenir únicamente del poder legislativo, sino inclusive del poder ejecutivo. La doctrina no ha sido uniforme al admitir la posibilidad de actuar y reprochar la actividad de este último. Al respecto se sugiere ver Víctor Bazán, *op. cit.*, pp. 98-101.

¹⁷ Es así como la ha entendido la propia Corte de Constitucionalidad. Al respecto ver los expedientes 1822-2011, 2229-2010, 266-2012 y 1135-2013. Es interesante anotar que para Néstor Pedro Sagües la inconstitucionalidad relativa aún seguiría tomando lugar si se efectiviza “...el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga.” “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, Ferrer Mac-Gregor (coordinador), en *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003, 4ª edición, p. 3128.

constitucional (explícito o implícito) que obliga a emitir determinada norma jurídica¹⁸.

Bajo estas aproximaciones, sin duda el artículo 70 de la Constitución Política de la República de Guatemala contiene un mandato explícito, el cual a pesar de no señalar plazo para su cumplimiento, razonable es que transcurrida la omisión por más de treinta años, la violación e incumplimiento –por omisión– por parte del poder constituido legislativo está consumada. De modo, entonces, es que estamos en presencia de una omisión que según la doctrina puede repararse a través de la inconstitucionalidad por omisión en su modalidad absoluta o total. Sin embargo, ¿es ello congruente con la jurisprudencia constitucional guatemalteca?

El tribunal constitucional guatemalteco (Corte de Constitucionalidad), en el expediente 2229-2010¹⁹, precisamente conoció

¹⁸ “El mandato constitucional puede encontrarse expresamente (cuando la norma constitucional señala al poder constituido competente la obligación de reglamentar la norma infraconstitucional [poder legislativo] o infraordinaria [poder ejecutivo]) o implícitamente en la norma constitucional (al momento que la norma constitucional se haga inútil, vaga, inefectiva o vacía de contenido al no existir un desarrollo de ésta)... el mandato expreso o explícito, puede a su vez señalar o no, un tiempo determinado para la emisión del desarrollo de la norma constitucional. En el caso del mandato implícito, el tribunal constitucional estará legitimado para actuar si ha pasado ya un tiempo razonable desde la emisión de la norma constitucional sin que se hubiese desarrollado la misma.” Pablo Andrés Bonilla Hernández, *Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado*, Guatemala, 2007, 2ª edición, pp. 287-288.

¹⁹ Esta acción no ha sido la primera de esta tipo (inconstitucionalidad por omisión absoluta). De hecho, la primera vez que la Corte de Constitucionalidad conoció una acción de esta naturaleza fue en el año 2009, según expediente 63-2009, en donde también se buscó conminar al Congreso de la República a dictar la legislación específica a que obliga el artículo 70 de la Constitución. Sin embargo nunca llegó a emitirse sentencia por descartar la Corte, a través de un auto judicial, que el planteamiento por parte del accionante (una petición constitucional indivi-

y resolvió la inconstitucionalidad por omisión absoluta planteada en contra del Congreso de la República de Guatemala al no emitir la normativa acá relacionada. Al momento de dictar sentencia admitió que si bien era necesaria la creación de una ley en la materia, la inconstitucionalidad por omisión de carácter total o absoluta debía declararse improcedente, toda vez que aunque ciertamente existía el mandato constitucional y la ausencia de labor legislativa por parte del Congreso de la República, el planteamiento no podía prosperar debido a que se incumplía con el requisito esencial de viabilidad de la inconstitucionalidad directa: la cita puntual de la norma jurídica de la cual se acusase contravención constitucional, misma que posibilitaría la confrontación de la norma constitucional y la infraconstitucional.

El tribunal razona que, si bien en su jurisprudencia²⁰ reconoce y permite la adopción de la inconstitucionalidad por omisión parcial (ante omisiones insuficientes o discriminatorias), el ordenamiento jurídico guatemalteco no contemplaba la posibilidad de plantear inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total por parte del órgano legislador.²¹

dual) pudiese constituir una vía procesal válida propia del ámbito de su competencia. Esta decisión, sin embargo, contradice y es incongruente con el precedente constitucional contenido en el expediente seguido ante la Corte bajo el número 2395-2006 en donde se estimó apropiada dicha vía, aunque en un asunto distinto. En todo caso, el expediente 63-2009 finalmente constituyó precedente y se toma como acopio de la doctrina legal que identifica la Corte de Constitucionalidad en el expediente 2229-2010 y 1135-2013, en donde dicho tribunal no obstante sostener la imposibilidad que pueda declararse una inconstitucionalidad por omisión de tipo total o absoluta, sí admite la posibilidad de la figura bajo la modalidad parcial o relativo.

²⁰ La Corte de Constitucionalidad no solo ha reconocido la figura sino declaró con lugar la inconstitucionalidad por omisión, en su modalidad parcial, en una única ocasión, al resolver el expediente 1822-2011. No obstante, ha reconocido su competencia para controlar las omisiones legislativas también en los expedientes 2242-2010, 2229-2010 y 1135-2013.

²¹ La Corte de Constitucionalidad ha impedido esta modalidad de control sobre las omisiones legislativas totales en más de tres ocasiones (véase

Si bien el criterio antes expuesto admite el ejercicio de un control sobre las omisiones legislativas parciales, lo impide cuando el control ejercitado refiera a omisiones absolutas; sin embargo, esto último no solo es controvertido, sino que supone mancillar la función fundamental de la Corte de Constitucionalidad: defender el orden constitucional (artículo 268 de la Constitución Política). El razonamiento de la Corte implica a la postre solapar la omisión y bloquea la supremacía material de las normas constitucionales, y sobretodo supone vedar posibilidad de control para hacer efectivas y vivas las normas constitucionales²², lo cual raya en lo lamentable y contrasta fuertemente con el otrora activísimo judicial propio de esta Corte.²³

expedientes 63-2009, 2229-2010, 266-2012 y 1135-2013) y con ello ha sentado doctrina legal a este respecto, tornándose así dicha jurisprudencia en obligatoria –stare decisis–. Y es que de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.”

²² El asunto es grave, las reservas de ley contenidas en la Constitución, cuyo desarrollo ha sido omitido, llevan ya más de 30 años sin efectivo cumplimiento.

²³ En expediente 225-93, actuando *de oficio* (contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Amparo que establece que en todo proceso de justicia constitucional solo la iniciación del trámite es rogada) declaró que no poseía validez ni vigencia el Decreto denominado “Normas Temporales de Gobierno”. Suceso, por cierto, paradigmático, plausible y digno de la ilustración de un correcto activismo judicial, por ello no es de extrañar que para algunos tratadistas sea insignia y valga la pena destacar. *Cfr.* Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.* nota 37, p. 51. También en el expediente 2395-2006 permitió acceder al ciudadano a institutos procesales que no estaban dentro del sistema de garantías constitucionales establecidas, al

Lo que nos parece peor es el hecho de que la Corte de Constitucionalidad no solo no marca un camino de solución al problema, sino que rechaza sin aportar mayor argumentación jurídica al respecto aquellas acciones que se han ido planteando afanosamente para procurar darle solución de manera creativa a su negativa insistente.

Además, el que la Corte de Constitucionalidad niegue la viabilidad de este tipo de proceso, justificándolo en el aparente incumplimiento de un mero requisito o presupuesto procesal, nos parece un razonamiento formalista, equivocado y poco razonado; y es que si bien este requisito es necesario, es obvio que la regla aplica únicamente cuando se está frente al ejercicio del control de constitucionalidad sobre las acciones legislativas *positivas* (emisión de leyes, reglamentos o disposiciones generales), pero no en los supuestos que no exista acción positiva de legislar sino una omisión a este respecto. Si, de conformidad con el artículo 268 de la Constitución Política de la República, su principal competencia y función es la defensa del orden constitucional, debiese ser axiomático que frente a una conducta omisiva como la que acá se analiza, exista mérito suficiente para ejercer control sobre una transgresión al texto constitucional.

3.1. La “relativización” de la inconstitucionalidad por omisión absoluta como alternativa

La sentencia proferida por la Corte de Constitucionalidad en el expediente identificado al número 266-2012 obliga a plantear el

declarar que carecía de forma absoluta de efecto jurisprudencial vinculante, la *ratio decidendi* contenida en la sentencia dictada en el expediente 1089-2003, y de esta forma impedir la interrupción del criterio plasmado en sentencias emitidas anteriormente por el propio tribunal constitucional. Inclusive, recientemente también en los expedientes acumulados 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010, se atrevió a dejar sin efecto el nombramiento de Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, emitido producto de un procedimiento de postulación y selección hecha por el Presidente de la República, no obstante que al momento que se dicta el fallo ya estaba en funciones dicha autoridad.

análisis de un caso único en el ámbito de los precedentes constitucionales en Guatemala. Toma lugar acá la materialización de la denominada “relativización” de la figura de la inconstitucionalidad por omisión absoluta, en los términos que ha propuesto y formulado el joven profesor guatemalteco Alexander Aizenstadt L.²⁴ En efecto, atendiendo al hecho de que –como se ha indicado anteriormente– la línea jurisprudencial obligatoria de la Corte de Constitucionalidad (doctrina legal) impide acceder a la denominada inconstitucionalidad por omisión absoluta, al estimar necesario como presupuesto de necesaria procedencia citar uno o varios artículos inconstitucionales²⁵, Alexander Aizenstadt imaginó de forma creativa la siguiente solución:

“En muchos casos la materia cuya omisión se alega, puede encontrar alguna regulación más amplia en normas de contenido general. Son estas otras las que pueden señalarse como insuficientes. De ahí que en vez de argumentar una omisión absoluta, esto permite presentar una acción relativa. De esta forma, acciones que usualmente se podrían considerar omisiones absolutas, se convierten en omisiones relativas.”

Llevando esta idea como estrategia procesal, en el expediente 266-2012 se prefirió incoar el proceso de inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial, alegando la inconstitucionalidad (por omisión parcial) contenida en los artículos 456, 460, 485, 504, 1074, 1125, 1129 y 1130 y Libro II del Código Civil, Decreto Ley 106²⁶, argumentando, principalmente, que dichos artículos regulaban de forma general el derecho a la propiedad privada sin hacer

²⁴ Se puede consultar su postura y propuesta de fórmula en el artículo titulado “El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 159-163.

²⁵ En este sentido se sugiere ver las resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad que resuelven los expedientes 63-2009, 2229-2010, 266-2012 y 1135-2013.

²⁶ El proceso fue planteado por la Asociación Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas –CNOC–.

diferenciación alguna respecto de la propiedad de las tierras comunales de las comunidades indígenas, además de no ofrecer una protección adicional que permitiera el pleno reconocimiento jurídico del derecho tradicional a la propiedad por parte de entidades comunitarias, especialmente cuando no contasen con personería jurídica, y al no contener una diferenciación que permitiese la debida consideración por los principios que tradicionalmente rigen la propiedad de los pueblos indígenas de conformidad con su cosmovisión y relación única con la tierra, se desatendía por inobservancia la Constitución respecto de los mandatos contenidos en los artículos 2, 3, 4, 44, 46, 49, 58, 66, 67, 68 y 70, los cuales garantizan específicamente el derecho a una regulación expresa y protección adicional en materia de la propiedad sobre la tierra de los pueblos indígenas.

La táctica parecía brillante y evidentemente comprometía la propia jurisprudencia de la Corte a la cual ya nos hemos referido, misma que únicamente acogía la modalidad de inconstitucionalidad por omisión parcial.²⁷ La Corte resuelve el caso afirmando que:

“Para el caso de las omisiones relativas, que son las únicas que son justiciables en la jurisdicción constitucional, el mandato constitucional omitido debió estar vigente al momento en que entró en vigor la disposición infraconstitucional contentiva de aquella omisión. Es lo anterior lo que explica la desobediencia del legislador a aquel mandato... cuando se denuncia inconstitucionalidad por omisión y se denuncia incumplimiento de mandatos expresos del texto supremo, el planteamiento debe satisfacer, al menos, con los siguientes presupuestos de procedibilidad: i) que el texto de la norma constitucional que contenga

²⁷ En este mismo proceso la Corte de Constitucionalidad aclaraba que “...esta modalidad de vicio de inconstitucionalidad concurre cuando en la emisión de una norma, el legislador no actúa a pesar de que existe vigente, en ese momento [el de la emisión] una expresa previsión constitucional dirigida a que se asuma una determinada posición legislativa, o cuando se legisla de manera deficiente o insuficiente una regulación, provocándose con ello un trato discriminatorio. Es ese el sentido de la decisión asumida en la sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce, dictada por esta Corte en el expediente 1822-2011.”

el mandato omitido sea el texto vigente en el momento en el que se promueve la pretensión; y ii) que la norma impugnada haya sido emitida con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República.>>. Y en este mismo orden de ideas entonces, al ser las normas impugnadas previas (1963) a la emisión de la Constitución Política vigente (1985), no existía la previsión constitucional aludida en los artículos 67, 68 y 70 del texto supremo, que el emisor de los artículos impugnados tuvo necesariamente que observar para que pueda evidenciarse inconstitucionalidad por omisión, en este caso, por omisión relativa. Lo anterior permite descartar, para el caso del emisor de las normas impugnadas, que éste hubiera podido incurrir en inobservancia o incumplimiento de mandatos expresos contenidos en la actual Constitución o en deficiencia en la regulación por falta de inclusión de los temas a que se alude en la Sección Tercera del Capítulo II de la actual Constitución.”

La *ratio decidendi* acá esbozada se torna aún más desconcertante cuando más adelante admite que para el caso de los artículos impugnados:

*“...por su carácter **preconstitucional, eventualmente podrían ser objeto de enjuiciamiento pero por vicio de inconstitucionalidad sobrevenida** no así por vicio de inconstitucionalidad por omisión relativa, pues no cumple, en el caso bajo análisis con uno de los dos presupuestos de procedibilidad a que supra se hizo alusión en el Considerando IV de este fallo: que la norma impugnada hubiese sido emitida con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República.” (énfasis propio)*

La inconstitucionalidad sobrevenida, según doctrina guatemalteca²⁸, se genera a partir de la modificación del ordenamiento ju-

²⁸ Término referido por Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2005, p.36. Para dicho autor “...para establecer si

rídico en el caso que sea emitida una nueva Constitución –fundamento último de validez de las normas jurídicas restantes– y se materializa al existir ciertas normativas jurídicas, que vigentes con anterioridad a dicha modificación, de manera sobrevenida no acaten la nueva normativa constitucional. Y aunque posiblemente no colisionaban con el texto anterior, el problema es que ahora sí lo hacen con el texto constitucional vigente.²⁹

De manera que, aún en las inconstitucionalidades sobrevenidas, el parámetro de medición de las normas jurídicas objeto de juicio sigue siendo la Constitución vigente.³⁰ De ahí que la resolución judicial acá analizada provoque una espiral incoherente y pretenda sugerir al promoviente del proceso una vía o acción que, en realidad, en nada se aparta o distingue procesalmente de una

una norma adolece de vicio de inconstitucionalidad sobrevenida, debe determinarse inicialmente si su emisión y fecha de entrada de vigencia es anterior a la de la actual Constitución Política de la República. El carácter preconstitucional se da entonces cuando la normativa fue emitida con anterioridad a la entrada en vigencia del actual texto constitucional aun cuando dicha normativa hubiese entrado en vigencia en fecha posterior a la de la normativa suprema. La inconstitucionalidad sobrevenida concurre entonces, si de lo regulado en estas normas preconstitucionales contravine preceptiva constitucional vigente.” O. Cit. p. 37.

²⁹ Pablo Andrés Bonilla Hernández, *op. cit.*, pp. 273-274.

³⁰ Este criterio también es conteste con lo señalado antes por la Corte de Constitucionalidad en los términos siguientes: “...el control de constitucionalidad, según lo que antes se consideró, únicamente puede tener como parámetro las normas de la Constitución Política de la República que entró en vigor en mil novecientos ochenta y seis... Utilizar como parámetros de la constitucionalidad de las leyes y, en general, actos de autoridad textos constitucionales ya derogados, es contrario al principio de supremacía de la Constitución vigente... Este medio de garantía tiene por finalidad defender el orden constitucional y, consecuentemente, la supremacía de la Constitución Política actualmente en vigor, por lo que no es posible aplicarlo con respecto de textos constitucionales que dejaron de tener vigencia.” (expediente 138-94). Véase también el expediente 1129-96.

inconstitucionalidad en vía directa. Tanto en una (la inconstitucionalidad sobrevenida), como la otra (la inconstitucionalidad por omisión parcial), el parámetro de medición sigue siendo el mismo: la actual Constitución Política, y siendo así, era ineludible que la misma Corte de Constitucionalidad se pronunciase en el caso concreto y entrara a actuar tomando como medición la actual Constitución y sus postulados, que son precisamente los incumplidos por la inacción del legislativo. En todo caso, de acogerse el criterio y plantearse el proceso como una inconstitucionalidad sobrevenida, si el tribunal finalmente constata la omisión, contrario a la inconstitucionalidad por omisión parcial –en donde se suple la deficiencia o insuficiencia a través de una sentencia atípica de tipo interpretativa– tendría que expulsar la legislación objeto de juicio, y esto tampoco es razonable toda vez que en este supuesto no habría legislación *per se* omitida.

Al margen de todo lo anterior, es curioso apreciar cierta incoherencia en esta línea jurisprudencial, toda vez que la Corte de Constitucionalidad en otro tipo de omisiones absolutas, ya no surgidas acá producto de mandatos constitucionales sino a partir de disposiciones legales, ha reconocido el derecho a que se emitan las normas omitidas, ordenando sin titubear se legislen las normas ausentes a entes como el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (a quien fijó plazo para emitir un Reglamento³¹) o bien incluso la propia Corte Suprema de Justicia (a quien fijó plazo para emitir un Reglamento en el ámbito de viáticos a testigos³²).

3.2. *El proceso de Amparo y los Reglamentos como vías reparatorias*

Si, obligados por la jurisprudencia constitucional vigente, descartamos –por todas las razones ya aludidas– las opciones o alternativas analizadas, parece ser que el único ámbito de acción y cobertura posible es el proceso de Amparo.³³ En Guatemala, el

³¹ Expediente 2715-2010.

³² Expediente 2770-2004.

³³ En Guatemala, el Proceso de Amparo se ha instituido con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o

Amparo está diseñado de manera tal que provee suficiente amplitud para considerar hacer frente por esta vía a las omisiones legislativas totales. Sin embargo, el problema que pudiera atisbarse radica en cuanto a la legitimación activa para plantear como interés o agravio propio un derecho que corresponde a los pueblos indígenas.

En este sentido, la propia Corte de Constitucionalidad ha reconocido y admitido que el proceso de Amparo puede plantearse, bien por los propios interesados (el caso particular los pueblos indígenas) o, en su defecto, por entes que realicen defensa de intereses difusos o colectivos.³⁴ Desde esta óptica, además de todos los miembros de las comunidades o pueblos indígenas afectados, podría también *motu proprio* el Procurador de los Derechos Humanos plantear un proceso de esta naturaleza, en la búsqueda de defensa y protección a dichos derechos. Hay que entender que el *Ombudsman* es precisamente uno de los actores institucionales principales, llamados a defender los intereses difusos de la colectividad, tal como le obliga la Constitución³⁵. Siendo así, no cabe duda que posee legitimación activa.³⁶

para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No habiendo ámbito que no sea susceptible de amparo, procede siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan (artículo 265 de la Constitución).

³⁴ Creemos que dicho problema en realidad no existe. El derecho a que se norme la materia que señala el artículo 70 de la Constitución está dirigido a favor de toda la colectividad o sociedad, ya que debe ser interpretado como un beneficio e interés común, aunque desarrolle finalmente derechos particulares a favor de parte del conglomerado social. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, contenida en los expedientes 5073-2016, 5955-2013, 1152-2013, 4957-2012, 159-2013, 3878-2007, dan pie a no objetar nada en este respecto.

³⁵ El artículo 274 indica: “El procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un período de cinco *de*

Pero, independientemente de quién plantease el mismo, el proceso de Amparo puede ser solución ante las omisiones legislativas totales si se advierte lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Amparo³⁶, en donde se indican los efectos propios de la declaratoria de procedencia del proceso de Amparo, *cuando se haya interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley*. En efecto, según el artículo referido, el tribunal constitucional en estos casos *puede fijar las bases o elementos de aplicación de ésta al caso concreto*, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.

Vemos, pues, como el Proceso de Amparo, en los términos que fue planteado por el legislador constituyente hace ya más de 30 años –el mismo que emitió la Constitución hoy vigente– ubicaba como uno de sus efectos, *reparar las omisiones legislativas, permitiendo que el tribunal constitucional actuase como un genuino legislador positivo en los casos que debiese completarse y proteger la plenitud del ordenamiento jurídico en casos concretos*. En suma, esto significa que las disposiciones legislativas vigentes permiten a través del proceso de Amparo cubrir estos vacíos lagunosos producidos a partir de la omisión legisferante propia del poder legislativo.

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de continuar avanzando, parece legítimo cuestionarse la lógica y medida de esta solución, ya que en este escenario puede ser cuestionable que se pretenda solucionar a través de un proceso de Amparo, con efectos *inter partes*, el cumplimiento de una acción –la de legislar– que los tiene

años, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos.”

³⁶ Respecto al reconocimiento jurisprudencial del Procurador de los Derechos Humanos y el Ministerio Público, en cuanto a su posibilidad de defender de intereses difusos, a guisa de ejemplo, se sugiere consultar los expedientes 94-96, 762-97, 393-2002, 1143-2003, 4519-2011, 4048-2012 y 543-2010. Respecto de esta temática también se sugiere ver Mario René Mancilla Barrillas, *La legitimación activa en el proceso de Amparo: el caso los intereses difusos*, Guatemala, USAC, 2010, p.112-117.

de tipo *erga omnes*. En este orden de ideas, si bien es cierto que los efectos del proceso de Amparo como regla general son estrictamente en cuanto a la resolución del caso particular, y que en estos escenarios el tribunal constitucional no puede más que emitir legislativamente las bases o principios aplicables al caso en concreto, también lo es que pudiesen extenderse a otros a través de la regla del *stare decisis* aplicable también en Guatemala. Cabría considerar también que estos efectos *inter partes* podrían mutar si la defensa y legitimación que se cobija es respecto a intereses difusos o colectivos –creemos que el derecho de los pueblos indígenas, reviste o atiende esta naturaleza–, en cuyo caso ciertamente irradiarían dichos efectos a toda una colectividad cuyo derecho e interés difuso está en juego.³⁷

Ahora bien, dejando de lado lo anterior, en materia de derecho de los pueblos o comunidades indígenas, a luz de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, una alternativa que en el sistema guatemalteco se ha vuelto válida es que no sea solo el legislativo quien pudiese emitir el marco regulatorio específico –o al menos parte de éste–, sino que participe también el Organismo Ejecutivo. Ya en el año 2011, en el expediente 1072-2011, la Corte de Constitucionalidad accedía –nada reparó al respecto– a la posibilidad que el propio ejecutivo reglamentase dicho Tratado, específicamente en cuanto a lo relacionado con el derecho de consulta³⁸ de los pueblos indígenas³⁹.

En el caso particular que nos atañe, si bien la propuesta que el ejecutivo *cuasi-legisla* a través de reglamentos puede ser muy dis-

³⁷ “...c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de ésta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.” (énfasis propio).

³⁸ Sin descartar que este tipo de proceso lo pudiese incoar otros individuos o entidades, es acá en donde en función de la institucionalidad instaurada en el país, debe significativo desempeño del Procurador de los Derechos Humanos, estando obligado a intervenir en asuntos como este de manera oficiosa, activa y propositiva.

cutible, más aun considerando que la reserva que se hace en el artículo 70 de la Constitución está claramente dirigida al Legislativo⁴⁰, tampoco parece ser una alternativa que deba descartarse, sobre todo en ámbitos en donde existen disposiciones generales que ameritan dicho desarrollo, ya sea bien propias del orden interno vigente o del internacional en vigor para el Estado de Guatemala (v. gr. el derecho de consulta de las comunidades indígenas). Esto permitiría disminuir y generar cierta estrechez en cuanto a los temas y materias carentes de desarrollo por ausencia de la función legislativa. Desde luego, no elude –aunque merma– la responsabilidad de emitir una

³⁹ En este expediente la Corte de Constitucionalidad resolvió que el Reglamento emitido por el ejecutivo y la convocatoria que para el efecto fue realizada, no proveyó adecuada inclusión, representación y participación a los pueblos o comunidades indígenas, y de dicha cuenta suspendió el procedimiento iniciado y la convocatoria lanzada para su realización. Sin embargo, en dicha sentencia, no existe alusión alguna respecto a la imposibilidad que el ejecutivo forjara una normativa de esta naturaleza. Cabe indicar que dicho poder u organismo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución (artículo 183 literal e) puede emitir los acuerdos, reglamentos y órdenes para estricto cumplimiento de las leyes pero sin alterar su espíritu. En todo caso, a nuestra apreciación es muy discutible la idoneidad de la vía procesal utilizada (proceso de Amparo) para que la Corte conociese este asunto.

⁴⁰ De ahí que tenga sentido que el tribunal constitucional español en la sentencia dictada en el expediente 83-84 haya advertido que “...el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador...”.

ley ordinaria específica. De modo que en estos supuestos nada obsta a que el ejecutivo pueda emitir reglamentaciones que incumben en la materia, y de dicha forma, aunque no es lo ideal, por lo menos aminoraría la obligación incumplida por parte del Estado de Guatemala, y más concretamente del Poder Legislativo, en cuanto a la omisión acá referida.

IV. Perspectivas finales

Los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala y el adecuado respeto, protección y límites concomitantes entre el sistema jurídico indígena y el oficial –en un adecuado pluralismo jurídico– debiese en este momento estar bastante bien diseñado. Mientras no se haga, no sólo la asignatura seguirá pendiente, sino que provocará agudizar los conflictos, tensiones e incertidumbre en las relaciones que surgen entre el orden jurídico “oficial” y el sistema jurídico indígena, sin descartar su contribución a la generación de la pérdida de la legitimidad y confianza en cuanto a todo el sistema (incluido el político, jurídico y hasta económico) según las actuales condiciones jurídicamente dadas.

Causa cuanto menos perplejidad el hecho que sea el propio tribunal constitucional guatemalteco el que esté contribuyendo a solapar y consentir este tipo de omisión legislativa –al no controlarla– que aunque no es la única grave (la omisión en cuanto a la emisión de la ley que regule el régimen de aguas en Guatemala también es de suyo delicada), veda en campos de mucha relevancia histórica y social la posibilidad de traducir y permear de existencia viva al mandato constitucional en favor de las comunidades indígenas. Ante esta omisión, los razonamientos de la Corte de Constitucionalidad discurridos en las diversas sentencias ya analizadas no poseen coherencia interna, externa ni pragmática, generan confusión y ambigüedad, además de dejar de atender, no solo la doctrina científica nacional e internacional, sino a la amplia jurisprudencia internacional y experiencia que aporta el Derecho Constitucional Comparado.

Creemos que no solo la Corte de Constitucionalidad sino también la Corte Suprema de Justicia –ambas en Guatemala son altas cortes con potestad de generar jurisprudencia obligatoria– deben contribuir mediante sus fallos judiciales a interpretar, fortalecer y extender los contenidos de la materia; finalmente, son ellas las que a través de un correcto activismo judicial pueden permitir que el Derecho Indígena ya no sea más un simple *law on the books* sino un *law in action*, con adecuados, plenos e idóneos contenidos. Esto permitirá a su vez menguar la afrenta del juez ordinario, quien debe sortearse frente al duro examen que le representa manejar los contenidos, alcances y fronteras entre uno y otro orden normativo.

Al margen, aunque no puede concebirse como la mejor o ideal solución y puede ser criticable, dada la jurisprudencia constitucional hoy vigente, no debe eludirse como alternativa, bien que el ejecutivo emita reglamentaciones, o a modo de propuesta, que se instauren en la defensa de estos intereses en juego, procesos constitucionales como el Amparo.

El Congreso de la República, por otra parte, no puede eludir su responsabilidad: debe emitir la legislación hoy ausente y en mora. De todos lo ya indicados, y dada la existencia del mandato contenido en el artículo 70 de la Constitución, es el ente en cuyos hombros se recarga y debiese pesar más la obligación. Mientras tanto, y sobre todo también en el marco del derecho internacional en vigor para Guatemala, esta situación colabora en comprometer la responsabilidad jurídica internacional del Estado de Guatemala, y, en este sentido, la protección regional que por vía del sistema interamericano de derechos humanos pueda eventualmente deducirse en su contra, con un fuerte grado de acierto es muy posible que tome lugar. Al final del día, la asignatura pendiente no es imputable única y exclusivamente al órgano legislativo, sino en realidad corresponde solidariamente al Estado en su concepción integral.

Finalmente, el derecho a la emisión de la normativa hoy ausente, constituye en realidad eso: un genuino derecho. Aunque se sostenga la falsa, imaginativa y falaz argumentación que por ser

derecho programático no es exigible, lo cierto es que una norma constitucional de esta naturaleza, en los términos que el constituyente ha referido, no puede ser de potestativo cumplimiento, salvo se le despoje de su naturaleza suprema. Emitir la ley específica en materia de pueblos indígenas sin duda traería beneficios que por mucho superarían los costos sociales hoy presentes, ya que esto dotaría de una mayor y mejor estabilidad, confianza y legitimidad a todo el sistema y sus instituciones legales, lo que a su vez trasladaría incentivos adecuados para toda la población (indígena o no), acomodando a través de límites, dimensiones y contenidos legislativos –respetuosos del marco constitucional e internacional– los vacíos normativos actuales que no hacen sino provocar lo contrario. No es una cuestión de ideología, tampoco de origen étnico o preparación, ni mucho menos de “promoción” o “fomento” a la polarización social, es una responsabilidad y deuda histórica del país, con un propósito justo pero también eminentemente conciliador.

V. Bibliografía

- Aizenstadt L., Alexander: “El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Bazán, Víctor: *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- Bonilla Hernández, Pablo Andrés: *Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado*, Guatemala: s.Ed., 2007 (2ª edición).
- Corte de Constitucionalidad: expedientes identificados con n.º 225-93, 261-93, 138-94, 669-94, 49-95, 94-96, 1129-96, 762-97, 393-2002, 1143-2003, 1179-2005, 2395-2006, 3878-2007, 63-2009, 1031-2009, 543-2010, 2229-2010, 1072-2011, 1822-2011, 4519-2011, 266-2012, 4048-2012, 4957-2012, 159-2013, 268-2013,

1135-2013, 1152-2013, 5955-2013, 5888-2013, 1925-2014 y 5073-2016. Y los expedientes acumulados identificados con n.o. 342-97, 374-97, 441-97, 490-97 y 559-97; 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010.

- Corte Suprema de Justicia: expedientes identificados con n.º 1524-2012, 27-2010, 218-2003, 356-2005.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata)”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Patzán Sánchez, Juan Francisco, *Control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en Guatemala*, Guatemala, Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015.
- Pop, Álvaro: *Evaluación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala*, Guatemala: Naleb', 2013.
- Porras Castejón, Gustavo: *Derechos de los Pueblos Indígenas en la Legislación Guatemalteca*, en Corte de Constitucionalidad. Disponible en:
<http://www.cc.gob.gt/congreso/23%20de%20septiembre/Ponencia%20%20Lic.%20Porras%20Castej%C3%B3n.pdf>.
- Larios Hernández, Sara María Fernanda y Jorge Gabriel JIMÉNEZ BARILLAS, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa: análisis teórico y práctico*, Guatemala, Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín Guatemala, 2015.
- Mancilla Barrillas, Mario René: *La legitimación activa en el proceso de Amparo: el caso de los intereses difusos*, Guatemala: USAC, 2010.
- Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús: *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)*, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2005.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista Ius et Praxis*. vol. 2, núm. 2, Universidad de Talca, Chile. 1997.

- Sagües, Néstor Pedro: “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, Ferrer MacGregor (coordinador), en Derecho procesal constitucional, México: Porrúa, 2003 (4ª edición).
- ——— *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004.

A liberdade de expressão e culto contra a pseudo homofobia a luz do direito constitucional

RICARDO APARECIDO DE SOUTO* (BRASIL)

AVELINO THIAGO DOS SANTOS MOREIRA** (BRASIL)

* 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.

**Advogado, Graduado em Direito pelo Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Membro efetivo da Comissão da Pessoa com deficiência da OAB-PR, seccional de Londrina; Membro efetivo da Comissão de Estabelecimento Prisionais da OAB-PR, seccional de Londrina; Advogado militante nas audiências de Custódias e Advocacia Dativa na justiça Estadual e Federal. Advogado inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. avelino.85.moreira@hotmail.com; rua João Weffort, 439 Jardim Cristo-Rey. Londrina/Paraná. Brasil. CEP: 86046650. Fone: 0055-43-99961-7594.

Introdução

Consagrado na Carta Magna, que todo o cidadão brasileiro nato ou naturalizado, possui a liberdade de se expressar, sobre qualquer tema, até os polêmicos, salientando que vivemos em um Estado Laico, a qual a liberdade de crença e culto é livre, devendo ser respeitado o que se encontra no íntimo do cidadão, e que estamos vivenciados que o direito das minorias, tem crescido de maneira vertical, a classe LGBT, tem obtidos os direitos e garantias constitucionais, conforme se encontra na Carta Magna a qual todos os possuem esse direito.

Ocorre que quando uma pessoa vem a expressar de maneira contrária a opinião de uma pessoa homossexual, este presume que aquele, está sendo homofóbica, porem será que, ao se expressar baseado em argumentos da sua convicção religiosa, vem a ser homofobia?

Não é pacífica tal opinião como se verá porque, segundo alguns doutrinadores, que ocorrendo à discordância ou pensamento diferente, há possibilidades de crime por injúria de forma agravada, de preconceito, ademais outra corrente de doutrinadores entende, que se ocorrer o devido debate de expressão de ambos lados, com tais premissas, porém se atendo ao respeito, e cordialidade, não se vislumbra devido crime, e sim um debate que a sociedade civil organizada, deve realizar, para que o estado democrático de direito, que se busca e almeja, seja galgando.

Será analisado no presente artigo, o possível conflito será o objeto do presente trabalho que visa a trazer à reflexão e breves considerações e apontamentos jurídicos sendo limitados pelos referendados princípios fundamentais, sendo necessário proporcionar um equilíbrio e a demonstração da possibilidade de o convívio entre grupos sociais que professam discursos diferentes.

II. Direito a liberdade religiosa

2.1. Conceito de religião

Antes de adentrarmos no que tange a liberdade religiosa, tem que se demonstrar o conceito de religião, por um viés científico.

Abordaremos através do olhar do professor Alexandre de Moraes, que vem explanar sobre religião: “É o complexo de princípios que dirige pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, e que compreende a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto.”¹

E sequencialmente o professor Coelhos Mendes e Branco vem a conceituar a religião como: “O sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e adoração.”²

Na visão filosófica e contemporânea, Paul Tillich defende maneira coesa e objetiva sobre a religião: “Religião é o assunto último.”³

Entretanto nem todos coadunam desta visão, sendo que no seu ensaio Karl Marx vem a afirmar que: “A religião é o suspiro da criatura oprimida, o sentimento de um mundo perverso e a alma das circunstâncias desalmadas. É o ópio do povo.”⁴

Assim a religião se relaciona diretamente com os assuntos mais fundamentais e básicos e importantes da vida das pessoas, e

¹MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.

²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³HOMER, Chris; WESTACOTT, Emrys. O conceito de religião. Disponível em:

<http://www.pensamentocritico.com/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=29>. Acesso em: 2 jun.2016.

⁴MARX, Karl. Religião. Disponível em: <<http://br.Geocities.com/fu-saobr/religião.html>>. Acesso em: 7 .set. 2016.

com isso traduz os seus valores mais íntimos e a correlação da crença em algo tendo significado genuíno e final.

2.2. *Relação entre o indivíduo, o estado e a religião*

Sabe-se que a religião, de modo direto ou indiretamente, desde os primórdios do início da humanidade, a religiosidade é algo intrínseco à natureza humana, não importa a sua condição financeira, uma pessoa erudita ou de ínfimo conhecimento, não importando a localidade onde reside, desde o seu nascimento, ela acredita e vive toda sua vida, crendo em algo sobre natural ou divino.

Insta salientar que esse fenômeno, que reside na camada mais íntima da consciência humana e simultaneamente, manifesta nos grandes eventos religiosos, sendo que dado fenômeno é tido com uma importância sem precedentes, e a sua projeção política e jurídico-política, vindo a influenciar de maneira ordinária e constante e sua influência tanto na própria história política e como na história da humanidade.

Inúmeras religiões existem no planeta, sendo que a cultura, origem étnica, contexto social, histórico e político do local, tal fator visa a condicionar ou determinar o relacionamento do ESTADO e a religião, podendo haver entre eles a identificação e a sua não identificação. Aliás, de todas as religiões conhecida pela sociedade, o cristianismo veio a se destacar no cenário mundial, assumindo um papel de divisão sob diversos aspectos.

Ademias o valor da liberdade, assim como a dignidade da pessoa humana, assume uma destacada importância com o cristianismo. O fato do filho de Deus ter vindo para trazer a libertação confere a todos o sentimento de possuir uma liberdade irrenunciável e que nenhum poder, político ou social, pode violá-la.⁵

O próprio império romano, durante vários anos de perseguição aos judeus e cristãos, observou que não iria findar com este, veio a tornar o cristianismo como sua religião oficial, deste modo a religião continuava umbilicalmente ligada ao Estado, e durante

⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de direito fundamental. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3 ed. Revista e actualizada. Coimbra editora.

vários anos sempre se indagou quem controlava quem, sendo que a religião controlava o Estado, ou este controlava a religião.

Vemos que a conquista da liberdade religiosa, entretanto começa com a quebra da unidade cristã, a partir do século XVI, com o advento da reforma protestante, conforme vemos os ensinamentos Jorge Miranda⁶:

A quebra da unidade da cristandade, a reforma e a contrarreforma abriram profundas fissuras individuais e políticas, perseguições e guerras político- religiosas que, num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado, uma religião, a do príncipe (Cujos RegioEjusReligio). Todavia também a muitos mostraram que a possibilidade e professar sem constrangimentos a sua própria fé e de praticar os respectivos actos de culto era algo de insubstituível que, quando posto em causa, poderia ser procurado noutras terras: foi o que aconteceu no século XVII na América do Norte.

Assim sendo, o agente estatal, não poderá estabelecer ou criar preferências entre uma determinada religião e sendo este impossibilitado de impor uma religião oficial, tampouco, desrespeitar ou tolher o exercício de divulgação e a propagando os seus ensinamentos, dogmas, costumes originário de cada religião, e sendo assim um direito individual, intransferível, detentor de um status negativus, implicando e impondo em uma proposta de resistência, na qual em pese uma eventual intervenção ilegítima.

Haja vista que, a liberdade de expressão religiosa enquanto um direito-garantia fundamental, sendo esculpido explicitamente no artigo 5^a, inciso V, da Constituição Federal de 1988, se encontra os seguintes dizeres:⁷

“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurando o livre exercício de cultos religiosos e garantida na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias”.

⁶ Ibidem.

⁷ BRASIL. Palácio do Planalto. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

Acesso em: 30 ago 2016.

Conforme o dispositivo retro se mostra primordial, a capacidade de estabelecer, como é definido pelo artigo constitucional da liberdade religiosa no direito pátrio, ademais é punível criminalmente, nos termos do artigo 208, do Código Penal, que qualquer ato que venha atentar, violar o livre exercício, sendo que a liberdade supracitada confere o direito do praticante da religião:

Professar a sua convicção, sendo que, indubitavelmente, a própria exteriorização da crença finda por estar protegida pelo manto protetor do valor constitucional da dignidade da pessoa humana, dado que um dos elementos essenciais é assegurar ao indivíduo sua autodisponibilidade.⁹

Prontamente, a defesa da liberdade religiosa postula, no mínimo a ideia de tolerância religiosa e vem a vedar totalmente que o Estado imponha, que no foro íntimo de seu cidadão uma religião oficial.

Denota-se que toda e qualquer pretensão que queria limitar a pregação de religiosa tão somente dentro dos templos, é o mesmo que ceifar o núcleo essencial ao direito de liberdade de crença religiosa. Ademais vem ser querer proibir que a doutrina cristã que se veste da máxima (Ide por todo o mundo e pregai o evangelho, a toda criatura).¹⁰

Dada limitação, vem a limitar a sua doutrina e acima de tudo ferir o direito à liberdade de expressão.

Porém, parece que se trata de um ideal de tolerância religiosa para credos, distintamente, do que a concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, como está sendo proclamado nas modernas constituições. E um fato que deve ser exposto e que toda a liberdade religiosa abrange até quando o homem, não tenha a crença em nenhuma fé, devendo o Estado respeito total ao ateísmo.

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito fundamental. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3 ed. Revista e actualizada. Coimbra editora.

¹⁰ BARBOSA, Rui. Frases e texto de Rui Barbosa. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/rui/mostrafrases.idc?Cod-Frase=1622>>.

III. Direitos fundamentais e a liberdade religiosa

Demonstrado os fatos condicionados da história do homem, não se deve evitar de analisar que os direitos fundamentais, especialmente o direito primordial a liberdade, na condição de direito, positivado vinculativos.

Tem justamente o início nas doutrinas e princípios religiosos, como o professor Jorge Miranda, se remetendo aos ensinamentos de Jellinek:

Jellinek chegou mesmo a escrever que a ideia de consagrar legislativamente os direitos naturais do indivíduo não era uma ideia de origem política, mas antes uma ideia de origem religiosa. O que se julgava ser obra da Revolução, não teria sido, na realidade, senão um produto da reforma e das lutas por ela engendradas.¹¹

A liberdade religiosa pode ser considerada um termômetro da medição da efetividade dos direitos fundamentais. Em muitos países, ela é ainda desconsiderada ou até mesmo negada.¹²

Consequentemente, colhe-se que nesses países, uma inefetividade ou a não existência de direitos fundamentais básicos. Remete-se aos países islâmicos, na qual o Estado e a religião são conexos, sendo que nestes não existe qualquer indicio de igualdade entre homens e mulheres, bem como entre os próprios muçulmanos e não muçulmanos, e em hipótese alguma é admitido a liberdade fora do contexto religioso e político.

Ademias o grau da liberdade religiosa de um Estado, vem a traduzir o regime político adotado, e nesse sentido temos regimes políticos liberais, pluralistas e democráticos onde há plena liberdade religiosa, a qual será apresentado sequencialmente.

Os Estados, sem a plena liberdade religiosa, na sua total dimensão, é compatível com vários segmentos jurídicos na relação das confissões com o Estado, não tendo plena liberdade cultural, nem plena liberdade política, assim como acontece em contrapartida, deveras onde ocorre a falta liberdade política, e sendo normal a expansão da liberdade religiosa ficando comprometida ou até ameaçada.

¹¹MIRANDA, op.cit.

¹²MIRANDA, op.cit.

Frisa-se que a liberdade religiosa, e a outra face da moeda, na qual está esculpida o princípio da liberdade, e tendo como objetivo a busca da felicidade, de forma a concretizar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres do brilhante e erudito Rui Barbosa:

“De todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao home e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa”¹³

A liberdade de religião, é acima de tudo um direito fundamental que consiste na liberdade de pensamento e consciência, de liberdade de expressão, manifestação e culto, quando se aborda o assunto da liberdade religiosa, também, é falar em direito de o Estado ser silente de impor foro íntimo do crente em uma religião oficial, é explanar em direito a não ter ou ter uma religião, conforme a sua livre escolha e professar a mesma.

Assim as autoridades públicas, portanto em face desse direito fundamental à liberdade religiosa se tornam impedidas de vir a proibir, que qualquer religião, culto, seita, vir a restringir qualquer limitação.¹⁴

Ademias no aspecto negativo, ou seja, da abstenção do Estado na esfera de escolha do crente, direito à liberdade religiosa, também implica em uma ação positiva através do Estado, na qual esse deve garantir e proporcionar, através de leis, ou outro mecanismo que venha a impedir o cerceamento de direitos ou qualquer discriminação.

De modo exemplificativo, as garantias constitucionais resguardadas através do Estado, será utilizado o direito comparado, a qual remetemos o Estados Unidos da América:

¹³ BARBOSA, Rui. Frases e texto de Rui Barbosa. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/rui/mostrafrases.idc?Cod-Frase=1622>

¹⁴ COOLEY, Thomas M.. Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América. Campinas: Russel, 2002.

– Estabelecem um sistema, não meramente de tolerância, mas de igualdade religiosa. Todas as religiões são respeitadas, igualmente, pela lei, não devendo favorecer se uma em detrimento das outras, nem qualquer distinção entre elas, já nas leis, já na situação delas em face da lei, já na administração desta.

- isentam todas as pessoas de contribuições compulsórias para a manutenção de qualquer culto religioso, e da assistência compulsória ao mesmo.

– Proíbem que sejam impostas restrições ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência, e às livres manifestações das ideias religiosas.¹⁵

O direito à liberdade religiosa, não pode ser invocada para se opor ao cumprimento das leis, ou seja, não se pode praticar um ilícito alegando a liberdade religiosa.¹⁶

Deve se resguardar que o direito à liberdade religiosa, mesmo sendo um direito fundamental, não é absoluto, não se pode exercer o respectivo direito quando se viola o direito de outrem.

– DIREITO À IGUALDADE

– IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

Deve se analisar que outro princípio basilar do Estado Democrático de Direito que será abordado neste trabalho é a igualdade, ocorre que a distinção empregada entre igualdade jurídico- formal, concebida no viés jusracioalista, da igualdade jurídico-material, buscada em face da necessidade de transformação da atual sociedade econômica injusta.¹⁷

Denota-se que a igualdade formal é aquela que a qual a lei já atribui direitos genéricos e abstrato, empregando um tratamento igualitário sem qualquer distinção ou privilégios.

Entretanto a igualdade material ou real, prega que por parte do Estado, e da sociedade, tem que haver um tratamento ade-

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ No mesmo sentido Thomas M. Cooley e o Supremo Tribunal Federal que decidiu que o curandeirismo não se inclui no âmbito da liberdade religiosa: RHC 6224, RTJ, 114/1038, Rel. Francisco Resek.

¹⁷ MIRANDA, op.cit.

quando que venha a suprir a realidade de seus cidadãos, sempre levando em conta as diferenças e necessidade a cada caso concreto.

Conforme Jorge Miranda, não ocorre um embate direto, de maneira contrária uma é a irmã gêmea siamesa da outra, por que:

A igualdade social como igualdade efetiva, real, material, concreta, situada, (como que ser designe) pode ou deve considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, pela necessidade de lhe buscar um concreto.

Mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão, de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinada pessoas, as quais se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação (positiva) tendo em vista alcançar a igualdade e tais diretos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins.¹⁸

Ademais, deve ser analisado que o princípio da igualdade é, aquele que visa diferenciar igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Insta salientar que na igualdade perante a lei, a norma deve se adaptar e aplicar a lei, e também deve ser aplicado igualmente a todos sem qualquer distinção, de qualquer natureza.

Entretanto a igualdade na lei tem o escopo e destinatário o legislador, este fica se encontra limitado pelo princípio da igualdade ao produzir normas, deveras não pode fazer distinções entre pessoas que se encontram com conjunturas idênticas.

Pois nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não é somente perante a norma posta que se nivela os indivíduos, mas, a própria edição dela se assujeita-se ao dever de excluir tratamento equânime às pessoas.”¹⁹

Ainda se utilizando do ensinamento do doutrinador se colhe:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos

¹⁸ MIRANDA, op.cit.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

constitucionais em feral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.²⁰

Sequencialmente será apresentado que o princípio da igualdade no dia a dia do cidadão é na realidade uma desigualdade sem precedentes.

– O PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E O TRATAMENTO DESIGUAL.

Ao discorrer neste subitem, será demonstrado que o princípio da igualdade que é um dos pilares de todas as sociedades democráticas de direito, tem que ser efetivada, para que os cidadãos do Estado, sejam iguais na lei não somente no plano abstrato, entretanto que sejam tratados de maneira igualitária efetivamente.

O grande filósofo Aristóteles sabiamente resumiu o princípio da igualdade assim:

“De que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.”²¹

Todos os cidadãos têm os mesmos direitos e deveres, todavia não significa que seja que todos devem ser tratados de forma idêntica nas normas, pois não são todos que se encontram em situações semelhantes, assim sendo, é imprescindível fazer entre estes. Instalar salientar que ocorrendo dadas distinções devem ser pautadas e precisam seguir critérios plenamente justificados, e que seja guardado a pertinência lógica, com o referido sistema constitucional escolhido.

Assim sendo, nesse viés destaca, que o sentido de igualdade, na visão de Jorge Miranda, se respaldando na doutrina e na jurisprudência, a igualdade detém três sentidos, que na realidade são os pilares fundamentais do referido princípio, sendo norteado pelas seguintes premissas:

²⁰ Ibidem.

²¹ MENDES;COELHO;BRANCO, op.cit.

A: Que a igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística.

B: Que a igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça.

C: Que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da constituição material.²²

No aspecto negativo, vemos que a igualdade consiste, na proibição da discriminação e o fim de privilégios de qualquer espécie, sendo vedado que o legislador ou o aplicador da lei realize suas tarefas sem levar em apreço o princípio da igualdade. Aliás, o princípio da igualdade impõe ao Estado o dever de proteger as pessoas contra as discriminações, inclusive sob a guarida penal, se for realmente necessário.

O sentido positivo da igualdade, conforme aduz Jorge Miranda, é mais rico e exigente, busca efetivamente o sentido da justiça, e requerendo e exigindo um tratamento igualitário nas seguintes condições:

Tratamento igual de situações semelhantes (ou tratamento igualitário em situações iguais).

Tratamento desigual nas situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais – “impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas” – e não criadas ou mantidas pelo legislador;

Tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;

Tratamento das situações não apenas como existem, mas também como devem existir, de harmonia com padrões da constituição material (acrescentando-se, assim, um componente activa ao

²² MIRANDA, op.cit.

princípio e fazendo igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei.)²³

Haja vista, o princípio da igualdade não só alcança as pessoas de modo individualmente, como também se tenciona a coletividade ou grupos não personalizados, o princípio da isonomia, vem a ser inserido em todas as formas, as relações jurídicas, sendo privadas ou públicas.

No Brasil, o referido princípio está esculpido no artigo 3, inciso IV: “Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.”²⁴

E continua, no artigo 5º da Carta Magna Brasileira:

Art. 5º: Todos são iguais, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; XLI – A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.²⁵

No Brasil, este que é o Estado que a diversidade, e da miscigenação em virtude, advinda da diversidade de raças, culturas, ideologias e religiões, o respeito empregado que dá rumo ao Estado Democrático Brasileiro, e na Constituição da República de 1988, vem a ser provedora e garantidora dele, ademais o princípio da igualdade é um direito indisponível, pois este se remete a condição da pessoa humana, sendo pressuposto indispensável, para efetividade do título da dignidade da pessoa humana, e sendo vinculado as três esferas do Estado.

Sequencialmente, será abordado o núcleo deste trabalho, de modo que se possa exemplificar, as diferenças entre preconceito,

²³ MIRANDA, op.cit.

²⁴ BRASIL. Palácio do Planalto. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 ago 2016.

²⁵ BRASIL. Op.cit.

discriminação e crítica, e como a liberdade religiosa, e a opção sexual diversa, podem coexistir atualmente.

IV. A não discriminação contra homossexuais

Deve ser levado em conta que o homossexualismo, é um comportamento, que há séculos, em diversas sociedades e culturas. Assim deve ter ciência que a homossexualidade não é gênero, mas sim uma opção sexual, tomada por um homem ou mulher.

A palavra “homossexualidade”, surgiu pela primeira vez em inglês no ano de 1890, empregada por Charles Gilbert Chaddock, tradutor da *Psychopathia Sexualis*, de R. Von Krafft-Ebing.²⁶

No século XIX, antes de 1890, era utilizado o termo “inversão”, que abrangia todos os conceitos considerados desviantes dos modelos majoritários. Em nossa pátria, se utilizava expressões como: “sodomita”, “somitigo”, “uranista”, e para se referir quando a mulher era homossexual, usava o termo “tribade”.²⁷

É de pleno conhecimento de todos que os homossexuais têm sofrido inúmeras perseguições através dos tempos, e para recordar o massacre ocasionado pelo nazismo que veio a dizimar a vida de 220.000 homossexuais durante a 2ª guerra mundial.

Insta salientar que, o Ernesto Che Guevara²⁸, o “álbi revolucionário”, do século XX que muitas pessoas alegam que ele era um pacifista, na realidade o mesmo, era um perseguidor sanguinário e cruel, e ainda assim é considerado um mito.

²⁶ TALAVERA, Marcos Moreno. Parcerias entre pessoas do mesmo sexo: o preconceito e a justiça. Disponível em: <http://datavenia.net/artigos/homossexuais_justica.htm>. Acesso em: 30 dez. 2016.

²⁷ TALAVERA, op.cit.

²⁸ OLIVEIRA, Emerson. Che Guevara – racista e perseguidor de homossexuais. Disponível em:

<<http://logosapologetica.com/che-guevara-racista-perseguidor-homossexuais/#ixzz4du1xnot6>>. Acesso em: 6.jan 2017.

A maioria das pessoas não sabe que ele tinha uma visão completamente negativa dos homossexuais e apoiou, sem a menor objeção, os campos de concentração que Castro criou para eles.

Entretanto é de pouco conhecimento das pessoas que o “mito” era um racista e homofóbico, como se nota em seus próprios dizeres:

O negro é indolente e um sonhador; gasta seu salário escasso na frivolidade ou bebida, o europeu tem uma tradição de trabalho e economia, que o perseguiu na medida em que este canto da América e leva-o a avançar a si mesmo, independentemente de suas próprias aspirações individuais. Che Guevara, no entanto, não para por aí. Ele acreditava que a raça negra é um elo fraco da cadeia da revolução socialista mundial e os considerava como os mais inaptos a lutar. Especificamente, ele argumenta que. Dada a falta de condições de disciplina, seria impossível usar um congolês com rifles automáticos para defender a base de ataques aéreos: eles não sabem como lidar com armas e nem querem aprender.

Nessa mesma linha de pensamento, vemos que a escritora cubana Zoé Valdés²⁹, que a mesma aduz que poucas pessoas conhecem muito pouco sobre a vida do “mito”, e a mesma aduz que o guerrilheiro argentino propunha que: “propunha modelos de perfeição viril que condenavam a homossexualidade, a bissexualidade e a transexualidade”.

Conforme proposto por Che Guevara em sua obra *O Socialismo e o Homem em Cuba*.

Ou seja é totalmente diferentemente da ideia de um homem livre, como muitos conhecem.

Se evidencia que nem mesmo as pessoas que aduzem e transmitem a imagem de ser favorável, na realidade são perseguidoras.

²⁹ VALDÉS, Zoe. Cuba, Revolução e Homossexualidade, realizado em Madrid, em janeiro de 2008, pela Confederação Espanhola de Associações de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (COLEGAS) na Casa América de Madri, Espanha. Disponível em: <<http://www.umoutroolhar.com.br/2013/10/che-guevara-era-homofobico.html>>. Acesso em 8 abr.2017.

Atualmente, o movimento LGBT, vem galgando inúmeras conquistas, no cenário, político- social no Brasil, como também a nível mundial.

Sendo que em território nacional, fora criado o programa social denominado: “Brasil Sem Homofobia”³⁰, que busca a equiparação da cidadania destas pessoas, para as mesmas terem seus direitos fundamentais respeitados e efetivados.

Ademias, é de pleno conhecimento de todos, que se a pessoa optou pela homossexualidade, é vedado pela Constituição Federal, a discriminação, visto que dada pratica se insere na conduta que atenta a dignidade da pessoa humana, e especialmente diretamente os direitos à liberdade e igualdade, porém vale se frisar que uma opinião contraria, não é um ato discriminatório, sendo traçado um eixo distintivo entre preconceito, discriminação e a crítica.

O primeiro item a ser abordado vem a ser o preconceito, na qual consiste no pré- julgamento, devido a algo ou sobre pessoa, pois é uma postura de restrição moral a certos jeitos e trejeitos na qual não se vislumbra utilidade. Recordando que o preconceito, se localiza na consciência dos indivíduos e, não implica em violação, visto que ninguém é obrigado a concordar com algo ou gostar de alguém.

A discriminação, é algo mais repugnante, visto que essa vem a violar os direitos em virtude de comportamento ou situações, na qual não se aceita somente pelo preconceito, e de maneira mais aprofundada a violar a dignidade da pessoa humana em virtude de sua cor, credo, condição social e opção sexual. Pois a discriminação, tem em seu núcleo principal, ofender, e ou usar violência, e vem a cercear seus direitos.

Por último, a crítica, é algo natural no Estado Democrático de Direito, sendo o exercício do direito à expressão e manifestação do pensamento, sendo simplesmente a manifestação é um de direito de opinião, sendo que você dirigir a sua crítica a qualquer pessoa, é sim de direito a uma resposta.

³⁰ IRINEU, Bruna Andrade. 10 anos do programa Brasil sem homofobia: Notas Críticas. Disponível em:
<<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/viewFile/7222/6153>.>
Acesso em: 26 jun.2016.

Assim sendo, a danosa prática de discriminação, em virtude da opção sexual escolhida por qualquer cidadão, é estritamente vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, especialmente em virtudes das normas constitucionais que guardam os direitos fundamentais do ser humano. Insta salientar que a crítica, entretanto, essa versa como a liberdade de expressão e pensamento.

Haja vista, que merece ser ressaltado, que a religião, especialmente aquelas com fundamento nas Bíblia Sagrada, não persegue, não excluem as pessoas e acima de tudo, não vem a incitar e pregar ódio contra os homossexuais, e na realidade, vem de modo contrário, que é pregar o amor, e respeita-la, porém, acima de tudo, não concorda com o homossexualismo, e muito menos que o referido comportamento, deve ser lícito e aceito por Deus.

Dado contexto, fora os casos da discriminação odiosa ou a prática escusa da homofobia, não há que arguir ou permitir restrição, cerceamento ou subversão à liberdade de expressão religiosa, encoberta por falácias cravadas de cunho, não ofensores a dignidade da pessoa humana, e sendo primordial, como expressa o inciso VI, do artigo 5º da Carta Magna de 1988.

Portanto, sob as premissas dos fundamentos religioso, tem que se afirmado que a religião pura, não discrimina os homossexuais (ser humano), entretanto, é da sua natureza bíblica, ir contra a prática do homossexualismo.

V. Não discriminação aos homossexuais versus a liberdade religiosa

5.1. Colisão de direitos fundamentais

Ao ser abordado o embate de direitos fundamentais, que versa o princípio da liberdade religiosa e o princípio da igualdade ou a não discriminação, deve se balizar que ambos estão no mesmo grau hierárquico e possuindo força igualitária e efeito vinculatório. Sendo valores que tem um valor muito caro para a sociedade, pois trata-se da liberdade e igualdade, e sem sombra de dúvidas, ambas são os pilares do Estado Democrático de Direito, a qual não pode

existir um princípio sem o outro, dado esse que o ordenamento pátrio, atribui peso igualitário a ambos.

Assim neste sentido leciona o doutrinador Glauber Moreno Talavera, pois a compatibilização entre o princípio da igualdade e o da liberdade é extremamente difícil, conforme se colhe a seguir:

No plano conceitual, a questão atacada é de jure principiológico. Todos sabem o quão difícil é compatibilizar-se os princípios da liberdade e da igualdade, pois, como adverte Norberto Bobbio, o libertarismo e o igualitarismo, fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas, sendo que para o liberal o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade tal como compreendida pela doutrina liberal, é a igualdade na liberdade, que tem como corolário a idéia de que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros.³¹

Entretanto, a liberdade religiosa, aflora como o real desdobramento da liberdade de expressão e ou manifestação do pensamento, não devendo ter fatores limitadores, somente aquelas que a Constituição Federal prevê, conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que teve como relator da Adi nº869 o ministro Maurício Correia:

“Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas.

Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição”³²

Assim, é que se deve afirmar, que as religiões como o cristianismo, judaísmo, islamismo, que não acordam com o homossexualismo,

³¹ TALAVARA, op.cit.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº869. Ministro relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 04/08/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-06-2004 Disponível em:

<[www.http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696567/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-869-df](http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696567/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-869-df)>. Acesso em: 7 jul.2016

possuem o direito de levantar críticas contra dado comportamento, pois dada posição religiosa baseada nos dogmas e conceitos dessas religiões, não podem ser consideradas homofobia ou discriminação, visto que dadas manifestações se encontram no limite constitucional do princípio da liberdade religiosa.

Entretanto, deve ser levado em conta que a manifestação religiosa, pode e deve ser considerada homofobia, se os líderes religiosos incitarem, ou extrapolarem a razoabilidade de sua liberdade, incitados os praticantes de determinada religião a atacar violentamente os homossexuais.

Tem que ser levado em conta que, citar trechos bíblicos, emitir uma opinião contrária ao homossexualismo, e também emitir a ideia favorável ao homossexualismo, como pessoas de forma individualizadas, são atitudes que se coadunam com os princípios da liberdade em seus vários segmentos, assim como deve ser vigorado no Estado Democrático de Direito. Sendo ressaltado que o Supremo Tribunal Federal, vem a preceituar nesse aspecto: “A liberdade de expressão constitui-se no direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.”

Todavia, quando as manifestações religiosas, ficarem retidas ao campo da liberdade da expressão religiosa, não podem ser acusados de homofobia ou discriminação, sendo que nem o poder legislativo, executivo e nem o judiciário, pode proibir os religiosos de opinarem contra a prática do homossexualismo, em virtude de estarem ferindo o direito fundamental à liberdade religiosa.

Aliás que mesmo que um homossexual, venha criticar algum dogma ou uma instituição religiosa, não é discriminação, pois está no gozo da sua liberdade de expressão.

Pois Norberto Bobbio, aduz: “A ideia da tolerância não foi um produto da indiferença religiosa, mas, quando muito, de uma fé não imposta, mas livremente professada.”³³

Ademais, imensa ignorância, seria associar, a liberdade de expressão religiosa constitucionalmente protegida e, livremente professada, com ação violenta ou uma perseguição aos homossexuais

³³ BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade. São Paulo: Loyola, 1989.

de todos os gêneros, estes sim indubitavelmente, como já expressado neste ensaio, que devem ser extirpados da nossa sociedade, essa verdadeira e repugnante “caça às bruxas moderna.”

Denota-se, que a colisão entre ambos princípios fundamentais, quando se colide, é preciso que a liberdade de fé ou expressão, devem ser asseguradas por uma correta e enérgica, aplicação da regra da tolerância, passasse a ser reconhecida com a condição ideal e respeito mútuo, entre aqueles que professam e pregam a sua fé, e os homossexuais que possui o direito constitucional a não serem discriminado pela sua opção sexual.

Insta salientar, que nesses casos o magistrado, deve prevalecer da empregabilidade da técnica da ponderação, difundida pelo doutrinador Robert Alexy³⁴, para que venha julgar cada caso de modo distinto e ponderar esse embate de direitos fundamentais, na qual o magistrado deve ser sábio, e vir a embasar sua decisão a luz da Carta Magna.

Conclusão

Primeiramente tem que ser trazido ao conhecimento da sociedade que: **TODOS SÃO IGUALMENTE LIVRES PARA CRITICAR UNS AOS OUTROS.**

A liberdade e a igualdade, se amoldam, de modo que não pode haver igualdade sem liberdade, nem muito menos liberdade sem igualdade, nesse sentido, não perfaz necessário a imposição de restrição de direitos para a concretização dos dois preceitos constitucionais ora estudados, que não prospera a colisão entre os direitos fundamentais da liberdade religiosa e da não discriminação aos homossexuais.

De modo abstrato, ao se analisar os princípios constitucionais ora estudados, deve ser difundido a harmonização destes princí-

³⁴ ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, 2007.

pios, e sendo aplicado os princípios da unidade da constituição e da harmonização dos direitos fundamentais.

O direito não é uma ciência exata, e por isso que ocorre nos casos concretos em que configurem a colisão entre o direito à liberdade religiosa e o direito a não discriminação, e é imperioso que o aplicador do direito se valha da técnica da ponderação que é banhada à luz do princípio da proporcionalidade formulada por Robert Alexy³⁵

Ressalva, que não há como confundir, discriminação, preconceito e ou homofobia odiosa, incitação à violência, e ou destruição contra os homossexuais com proselitismo religioso, pois são atitudes distintas, e destaca que a discriminação apenas é concretizada, quando, além de implicar o juízo de fato e de valor face ao tratamento distinto, em virtude dos sujeitos envolvidos, impõem que o diferente deve ser eliminado, extinto ou explorado.

Portanto na colisão de direitos fundamentais, averigua-se a impossibilidade de convivência de dois direitos fundamentais simultaneamente, e em um caso concreto, pois urge a necessidade de restrição de um direito fundamental de forma que possa solucionar o referido conflito, devendo a harmonização ser imposta como o remédio mais adequado e constitucionalmente correta, trazendo a solução mais justa, coesa e pacificadora.

Conclui que é possível que a não discriminação aos homossexuais e o direito à liberdade, inclusive a religiosa, se unam e venham expressar a ampla efetivação dos direitos fundamentais, e é o correto e que se faz justo ao respeito pelas diferenças em um país democrático e de direito, a qual o Brasil urge em sua Carta Magna.

³⁵ ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, 2007.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, 2007.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº869. Ministro relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 04/08/1999. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-06-2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696567/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-869-df>>. Acesso em: 7 jul.2016
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 ago 2016
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº. 2848/1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em
- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 26 ago 2016
- BARBOSA, Rui. Frases e texto de Rui Barbosa. Disponível em:
- <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/rui/mostrafrases.idc?CodFrase=1622>>
- BOBBIO, Noberto. Elogio da Serenidade. São Paulo: Loyola, 1989.
- BÍBLIA. Sagrada. A Bíblia Sagrada. São Paulo: Paulina. 2016
- COOLEY, Thomas M. Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América. Campinas: Russel, 2002
- FRIBERG, Urban. Sexualidade. Disponível em:
- <veja.abril.com.br/noticia/coencia/homossexualidade-poder-influenciada-pela-epigenetica>. Acessado em 6 set 2016
- HOMER, Chris; WESTACOTT, Emrys. O conceito de religião. Disponível em:
- <http://www.pensamentocritico.com/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=29>
- >. Acesso em: 2 jun.2016.

- IRINEU, Bruna Andrade. 10 anos do programa Brasil sem homofobia: Notas Críticas. Disponível em:
<<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/viewFile/7222/6153>.>
> Acesso em: 26 jun.2016.
- MARX, Karl. Religião. Disponível em:
<<http://br.geocities.com/fusaobr/religião.html>>. Acesso em:
7 .set. 2016
- MELLO, Celso Antônio bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiães; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito fundamental. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3 ed. Revista e actualizada. Coimbra editora
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLIVEIRA, Emerson. Che Guevara – racista e perseguidor de homossexuais. Disponível em:
<<http://logosapologetica.com/che-guevara-racista-perseguidor-homossexuais/#ixzz4du1xnot6>>. Acesso em: 6.jan 2017
- TALAVERA, Marcos Moreno. Parcerias entre pessoas do mesmo sexo: o preconceito e a justiça. Disponível em:
<http://datavenia.net/artigos/homossexuais_justiça.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016
- VALDÉS, Zoe. Cuba, Revolução e Homossexualidade, realizado em Madrid, em janeiro de 2008, pela Confederação Espanhola de Associações de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (COLEGAS) na Casa América de Madri, Espanha. Disponível em:<<http://www.umoutroolhar.com.br/2013/10/che-guevara-era-homofobico.html>>.

**Los derechos humanos en las unidades
de detención argentinas: ¿realidad o utopía?**

XIMENA PAULA MORALES* (ARGENTINA)

**Abogada UBA; funcionaria judicial de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal; posgrado en Especialización de Administración de Justicia – UBA. Miembro de la AAJC. Mail: ximenam@speedy.com.ar*

I. Contexto legal que garantiza la protección de los derechos de los detenidos

Introducción

El mandato constitucional es claro en cuanto al tratamiento que deben recibir en sus condiciones de alojamiento las personas que hayan sido privadas de su libertad por haber cometido delitos. El artículo 18 de la Constitución Nacional de la República Argentina (CN) establece que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.¹

A la par, el bloque de constitucionalidad conformado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (DDHH) suscriptos por nuestro país (CN, artículo 75, inc. 22) integran el marco supra legal de obligaciones que deben observarse en el sistema penal, fundadas en el respeto de los derechos de las personas privadas de su libertad, y en el compromiso de prevenir, investigar y sancionar los delitos que se cometen a través de su vulneración.²

¹ Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 18 “Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

² Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 75, inc. 22 “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con

En este sentido, pueden ser mencionados dentro de los principales instrumentos vigentes: Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 5–, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 7–; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas –arts. 2, 11, 12, 13 y ccdtes.–; Convención Americana sobre Derechos Humanos –art. 5–; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura –art. 1, 6 y ccdtes. –; Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –arts. 1, 2, 5 inc. a), 12–; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de ONU; Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género y Protocolo de Estambul de Naciones Unidas.

La República Argentina fue el primer país de América Latina en ratificar el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura de ONU, el 15 de noviembre de 2004 (aprobado por ley 25.932).

A través del dictado de la ley 26.827, nuestro país creó el “Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (sancionada el 28/11/2012, promulgada 07/01/2013).

Su objeto es “garantizar todos los derechos reconocidos tendientes a la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 1).

A partir de esta ley de orden público y de su aplicación en todo el territorio de la República Argentina (art. 2), se establece un sistema coordinado de control de lugares de encierro que se llevará a cabo por parte de organismos que se crean con este fin y los existentes, estableciéndose expresamente como principio del sistema “el fortalecimiento de las capacidades de los organismos estatales y no estatales que desempeñan funciones vinculadas con el monitoreo de los lugares de detención y la defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad. En ninguna circunstancia podrá considerarse que el establecimiento del Sistema Nacional

las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes..

de Prevención... implica una restricción o el debilitamiento de esas capacidades". (art. 5)

Este mecanismo desarrolla un sistema de visitas preventivas a los lugares de detención mediante la consolidación de mecanismos de visitas nacionales e internacionales, pudiendo acceder a cualquier lugar de detención, sin necesidad de contar con la autorización previa de las autoridades.

En lo que respecta al marco legal del monitoreo de lugares de detención, se han dictado distintas leyes nacionales que contemplan expresamente el respeto y trato digno de las personas detenidas: ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes –arts. 9, 27, 28 y conc. –; ley Nacional de Salud Mental N° 26657 –arts. 7 y conc. –, ley N° 24.660 de Ejecución Penal –arts.3, 9 y conc. –

Estas disposiciones se integran con instrumentos específicos incorporados al derecho vigente, como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

II. Derechos de las personas privadas de su libertad

Violencia es la palabra que predomina en las unidades carcelarias. Violencia del sistema, violencia de los internos sobre otros detenidos, violencia de los integrantes del servicio penitenciario sobre los internos. En ese contexto los derechos de los detenidos se ven totalmente cercenados o reducidos hasta el mínimo de lo posible.

Es interesante la postura sostenida sobre el particular por Florentín Meléndez Padilla, quien fuera el primer relator especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para Personas Privadas de Libertad en las Américas, relator de la CIDH para Argentina, Bolivia, México y República Dominicana, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –por citar solo parte de su extenso currículum–; al sostener que la práctica de la violencia

carcelaria lo que denota es una situación de inseguridad al interior de las prisiones y que no es –como debería ser en un estado de derecho– donde el Estado mismo es el garante de los derechos fundamentales al interior de las unidades carcelarias, sino que son los mismos internos los que tienen bajo su responsabilidad, de hecho, la vigilancia y la seguridad en las prisiones.

Esta situación es inaceptable en un sistema democrático que no puede dejar de involucrarse en la responsabilidad de garantizar la seguridad al interior de las prisiones, porque hay vida en su interior. Y si hay vidas y derechos, el Estado es el principal garante, tal como lo afirmara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunas de sus sentencias.

No solo se encuentra violencia o alguna forma de abandono en las prisiones o retardo en la actuación de la justicia, especialmente en materia de la ejecución de la pena, sino también en condiciones carcelarias deplorables.³

En relación a los tratos crueles, inhumanos y degradantes, debe recordarse que es el Estado, a través de los textos y la jurisprudencia internacional en derechos humanos, su garante especial al interior de las prisiones.

Así lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver en el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, al sostener que “toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. Lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre él”.

En el caso *Walter Bulacio contra Argentina*, la CIDH expresó: “El Estado, como responsable de los establecimientos de detención es el garante de los derechos de los detenidos. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. La forma en que se trata un detenido debe estar sujeto a un escrutinio más estricto, tomando en cuenta la

³ *Detenidos en Prisión Preventiva. Jornadas de Temática Carcelaria* -dirección Eduardo Freiler-coordinación Jorge Luis Ballesterro, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 31.

especial vulnerabilidad de aquella función estatal de garantía que reviste particular importancia cuando el detenido es un menor de edad”.

Los Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecen como premisa fundamental la reivindicación de la dignidad humana y los derechos fundamentales como la vida y la integridad personal como derechos inderogables, no susceptibles de afectación bajo ninguna circunstancia, ni aún en los estados de excepción o emergencia.

Se parte también de la premisa de evitar cualquier tipo de tortura que, según la jurisprudencia europea retomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se caracteriza por dos elementos centrales: 1) la intensidad del dolor o sufrimiento; 2) la gravedad del daño ocasionado.

Intensidad y gravedad de los malos tratos, ello es lo que debería evitarse.

III. Monitoreos efectuados en unidades carcelarias

a) Una importante tarea ha sido desarrollada por el Ministerio Público Fiscal a través de la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), creada en el año 2013.

En tres años de funcionamiento efectuaron cien (100) inspecciones a lugares de detención, donde se verificaron una multiplicidad de situaciones que configuran graves violaciones a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Frente a los distintos grados de afectación de la integridad de quienes se encuentran en condiciones de encierro, se han adoptado desde la PROCUVIN numerosas medidas con diferentes alcances, todas ellas dirigidas a hacer cesar situaciones de tortura, inhumanas o degradantes sea en forma inmediata o a través de planteos de modificación de orden estructural, al mismo tiempo que se formularon las denuncias penales correspondientes.⁴

⁴ “Inspecciones a instituciones de encierro. Procuraduría de Violencia Institucional-abril 2016” ; www.mpf.gob.ar; www.fiscales.gob.ar -consulta efectuada en marzo de 2017-

Pueden ser citados como acciones promovidas por la citada Procuraduría, a esa finalidad, la confección de: Informes a los jueces, defensores y fiscales a cuya disposición se encuentran las personas detenidas y entrevistadas; presentación de habeas corpus individuales y colectivos; formulación de denuncias penales ante la comisión de delitos constatados durante la inspección; participación en Mesas de Trabajo con participación de múltiples agencias estatales formadas a partir de habeas corpus colectivos impulsados; cesación inmediata de situaciones inhumanas y degradantes: provisión de agua y alimentos, atención médica, vestimenta, acceso a la justicia, mediante la adopción de medidas durante el desarrollo de la inspección ante flagrantes violaciones a la dignidad de las personas; clausura de pabellones durante inspecciones realizadas conjuntamente con funcionarios judiciales; relocalización inmediata de detenidos en dependencias acordes a los estándares de derechos humanos.

b) Otro aporte muy significativo viene cumpliendo el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, que tiene como objetivo fundamental instar y desarrollar acciones orientadas a asegurar la vigencia concreta de los DDHH de las personas privadas de la libertad (arts. 5.1 CADH y 10.1 PIDCyP; Principios para el tratamiento de reclusos, Naciones Unidas, punto 5°), destacando el valor de la persona humana –que no pierde por su detención la protección de la Constitución Nacional y las leyes–, como objeto de tutela.

El Sistema está integrado por la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal; su Subcomisión, compuesta por una magistrada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, jueces de tribunales orales y un juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal; los jueces nacionales de ejecución penal; la Procuración General de la Nación representada por la PROCUVIN; la Defensoría General de la Nación –Comisión de Cárceles–, la Procuración Penitenciaria de la Nación; y en carácter de miembros consultivos, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

En las visitas efectuadas se han observado un sinnúmero de irregularidades y ostensibles violaciones a los DDHH de los detenidos, que en muchos casos, y sin perjuicio de tratarse de diferentes centros carcelarios, se repiten.

El Sistema opera a nivel nacional, por tanto han sido monitoreadas cárceles ubicadas en diferentes provincias argentinas.

En el mes de noviembre de 2015, una comitiva del Sistema se constituyó en el Centro Penitenciario Federal del Noroeste Argentino, ubicado en General Güemes, provincia de Salta, que está compuesto por dos establecimientos, uno para mujeres y otro para hombres. De la recorrida efectuada en el primero, pudo comprobarse la ausencia de ventiladores (se destaca que el norte argentino presenta altas temperaturas en los meses de verano, habiendo indicado algunas internas que en los días calurosos prenden un aire acondicionado central que apagan durante la noche y no llega a climatizar las celdas); ni tampoco calefacción.

Muchas de las mujeres alojadas presentaban faltantes de piezas dentales, indicando que en todos los casos el odontólogo optaba por extraer la pieza dentaria que consideraba dañada.

Expresaron que las requisas en las celdas suelen ser violentas e innecesarias y que en algunos casos incluyen registros fílmicos con desnudez.

Indicaron que otro grave problema se presenta cuando deben comparecer ante los tribunales ya que los traslados se realizan en camiones que se encuentran en condiciones de mucha suciedad y que van esposadas llevando los agentes del servicio penitenciario a sus hijos en brazos con altas temperaturas y sin posibilidad de alimentarlos. Se relató un cuadro de una niña que presentó luego de un traslado fiebre y deshidratación.

No se les proporcionan en cantidad necesaria elementos de higiene para celdas y pabellones; lo mismo sucede con los artículos destinados a la higiene personal, que son escasos. No reciben asistencia médica, odontológica ni ginecológica.

Durante la noche deben colocar en la rendija que queda debajo de las puertas que cierran las celdas, trapos u otros elementos para evitar que ingresen víboras o insectos.

En el establecimiento que aloja varones, se recibieron quejas sobre la mala calidad de la comida, falta el ingreso de luz natural en los pabellones, siendo la artificial escasa, faltan teléfonos y ventiladores, a la vez que se recogieron quejas sobre malos tratos a las visitas y desnudos innecesarios.

Refirieron los internos que de las duchas solo sale agua hirviendo y no hay agua fría para poder regularla; hay desagües tapados con agua estancada que, por ende, posee un olor repugnante.

Las celdas son las denominadas “celdas secas”, es decir, no poseen sanitarios, por tanto las necesidades fisiológicas que se presenten durante la noche deben ser satisfechas mediante el uso de botellas o bolsas plásticas. Si bien hay colocado un intercomunicador con la guardia de la noche para cualquier emergencia que se presente, lo apagan en esas horas, siendo una empresa de imposible cumplimiento comunicar cualquier urgencia.

Con fecha 8 de septiembre de 2014, el Sistema se constituyó en el Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, provincia de Buenos Aires, que aloja hombres. Allí los internos expresaron que el agua que sale de las duchas es extremadamente caliente –no hay agua fría– y que hay problemas con la entrega de medicamentos. La conexión de cables es mala, habiéndose observado cables expuestos. Pudo verificarse que no todos los agentes del servicio penitenciario tenían la identificación con su apellido a la vista.

Respecto de la alimentación, las quejas fueron generalizadas: comida de mala calidad, poca carne y cuando se las brindan tiene demasiado hueso, verduras en mal estado, papas con tierra y caldo con el gusto antes señalado. La visita fue un día lunes y no habían ingerido alimentos desde el día anterior; la comida suele tener olor a podrido; indicaron no recibir desayuno sino solo una comida diaria, que en general se encuentra en mal estado, y cuando la comen –por hambre– luego les cae mal.

Tienen una hora por día para acceder a un salón común, y hay un patio al aire libre que estaba cerrado con candado, presentaba mucha suciedad y se encontró una rata muerta.

Lavatorios tapados e inodoros que no funcionan fueron una constante en las celdas.

En el sector de ingreso de internos no tienen agua caliente, es un lugar con 30 plazas disponibles y un solo inodoro. El día de la visita eran las 15.30 horas y no habían recibido todavía ningún alimento.

Con fecha 23 de febrero de 2016, una comitiva del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles realizó un monitoreo en el Complejo Penitenciario Federal de la ciudad autónoma de Buenos Aires (ex Unidad N° 2 Devoto). Allí se pudo observar que en el Sector de Alojamiento Transitorio había 45 internos alojados en condiciones inhabitables: sin provisión de agua corriente, sin luz eléctrica, leve ingreso de luz solar, sin camas, ni cocina ni baño. Las necesidades fisiológicas debían realizarlas en baldes o botellas.

En los pabellones el reclamo generalizado fue la falta de trabajo dado que no pueden realizarlo todos los internos y se pidió recibir el pago de aquellos que sí trabajaban. Se indicó que la comida es escasa y de mala calidad. La atención médica también presentaba deficiencias por la espera que debían soportar hasta que los viera el profesional de la salud.

En otro pabellón se pudo ver la existencia de un tubo de luz que no podía apagarse, de modo que los internos tuvieron que colocarle cinta aislante para poder oscurecer el sector durante la noche.

Se vio gran cantidad de cucarachas, invasión de palomas; sectores parcialmente inundados que, frente a las precarias conexiones eléctricas, son un potencial peligro.

Señalaron la necesidad de esparcimiento ya que solo son llevados al patio los días viernes por espacio de una hora, cuando el estándar internacional fija como mínimo una hora diaria.⁵

⁵ Reglas Mínimas para tratamiento de los Reclusos –Reglas Mandela-, Ejercicio físico y deporte Regla 23.1. “Todo recluso que no desempeñe un trabajo al aire libre dispondrá, si las condiciones meteorológicas lo permiten, de al menos una hora al día de ejercicio físico adecuado al aire libre. 2. Los reclusos jóvenes, y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello se pondrán a su disposición el espacio, las instalaciones y el equipo necesarios”.

En lo que refiere al sistema de salud y el “Acceso efectivo a la prestación de servicios de asistencia médica de las personas privadas de la libertad”, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles dictó, con fecha 27 de octubre de 2014, la Recomendación IV/2014, toda vez que de los diferentes monitoreos se pudo observar una deficitaria asistencia afectándose de este modo el acceso a la salud de los detenidos.

Se recordó que los detenidos conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. “La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales. Por consiguiente, como el resto de la población, las personas privadas de su libertad tienen el derecho al mayor y más oportuno acceso a través de los niveles sanitarios adecuados disponibles. Por lo cual deberá brindarse la oportuna asistencia médica integral, debiéndose respetar los principios de equivalencia e integración”.⁶

El tiempo de desatención en cuanto a los problemas de salud que pueden presentar los detenidos se estableció en un promedio que va desde los 28 días, registrándose casos que llegaron a los 5 meses o un año.

En ese contexto, los problemas de salud diagnosticados, ordinariamente tratables en el ámbito libre, dentro de la cárcel constituyen en problemas severos para quienes los padecen, poniendo en riesgo sus propias vidas.

La normativa protectora de los DDHH vigente es profusa en cuanto a la obligación del Estado de garantizar adecuada atención sanitaria. Así el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, en su artículo 12 prevé que: “Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. También los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos en su punto 1, indica que: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres hu-

⁶ Recomendación IV/2014 - Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles “Derecho a la Salud- Acceso efectivo a la prestación de servicios de asistencia médica de las personas privadas de su libertad”, punto 2-a).

manos” y en su punto 2: “Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”.⁷

En el particular se observa que una dolencia que se prolonga en el tiempo, que no mengua en su padecimiento, se convierte en una tortura, tal como se expusiera en la definición adelantada en palabras anteriores, ya que posee ambos supuestos en cuanto a su concreción: intensidad y gravedad.

En este sentido, la privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y obligaciones de instituciones públicas, requiere del esfuerzo de los dispositivos de promoción y protección de los mismos. El acceso a la salud de las personas detenidas compromete la prestación efectiva de esa obligación y el control de la misma por parte de los agentes estatales.

El año próximo pasado, día 27 de diciembre, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles dictó la Recomendación VII/2016, habiendo sostenido que de los monitoreos realizados a los lugares de alojamiento de jóvenes en conflicto con la ley penal, permitieron comprobar que las instituciones de encierro son riesgosas para la integridad y lesivas de la dignidad de las personas privadas de la libertad.

Se priva a los jóvenes de llevar consigo objetos personales, de acceder a tareas de formación convocantes, el desuso y en ocasiones descuido de espacios de recreación y esparcimiento lesivos para el desarrollo de personas gravemente vulnerabilizadas como son los jóvenes privados de su libertad.

Hay falta de confidencialidad en sus comunicaciones que impiden un libre contacto con jueces y defensores; faltan de mecanismos que permitan la denuncia de situaciones de violencia institucional.

Las muertes violentas de jóvenes incendiados que provocó la intervención del Sistema tiempo atrás suceden en casos de contextos de denegación de acceso efectivo a derechos fundamentales que resultan determinantes en esos desenlaces.

⁷ Recomendación IV/2014, citada en su punto 3).

IV. Las cárceles argentinas según la mirada de los medios de comunicación

La crítica situación carcelaria que atraviesan los dispositivos de encierro ha sido analizada por diferentes medios gráficos que, enmarcando la problemática actual, informan a la población sobre la realidad que se vive *intra* muros.

Uno de los casos más resonantes a nivel local e internacional, por el grado de vulneración de derechos fundamentales de los detenidos, ha sido la aberración verificada en una penitenciaría en la provincia de Córdoba.

Con motivo de una de las inspecciones que efectuó en el año 2013 la PROCUVIN, fueron hallados en el interior de la cárcel de San Martín de la citada provincia mediterránea elementos de castigo, como cadenas que eran utilizadas para estaquear a los detenidos. En esa oportunidad lo llamativo fue la reacción de las más altas autoridades provinciales en materia de justicia, quien en lugar de pronunciarse respecto de la necesidad de investigar lo sucedido hasta sus últimas consecuencias, se quejó por la intromisión de las autoridades nacionales en su jurisdicción.

En aquella ocasión no se permitió el ingreso de personal de la PROCUVIN a la cárcel de Bower, ubicada a 15 km de la ciudad de Córdoba, lugar donde meses atrás de la presencia de la comitiva se había denunciado, por parte de uno de los detenidos, haber sido torturado con picana eléctrica y encerrado en un horno –entre otros vejámenes–.⁸

También fue puesto de manifiesto el horror de las cárceles argentinas al haberse indicado que la experiencia carcelaria se inscribe dentro de una lógica que reduce a cero los derechos de las personas allí confinadas. Los principios constitucionales que establecen las finalidades resocializadoras de la pena, y las condiciones de higiene y salubridad que deben regir durante su aplicación, han sido paulatinamente borradas de la superficie política e institucional.⁹

⁸ www.pensamientopenal.org.ar/carceles-argentinas-una-deuda-con-los-derechos-humanos-2; publicada el 17/05/2013 –consulta efectuada el 08/03/2017-

⁹ www.insumisos.com/diplo/NODE/570.HTM -consulta efectuada el 08/03/2013-

También se hizo eco de esta situación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al haber denunciado el hacinamiento de detenidos en la Argentina, la falta de recursos y autonomía funcional de la Defensoría Pública para mejorar la situación. La Comisión se pronunció indicando que “Los centros carcelarios del país se encuentran en una situación de hacinamiento” debido a la “insuficiente cantidad actual de plazas penitenciarias y del respectivo abuso de la prisión preventiva”.¹⁰

Se ha señalado también la situación crítica de las cárceles que alojan a las madres con sus niños –quienes en nuestro país pueden permanecer junto a ellas hasta los 4 años de edad–. De ese modo, internas del penal 8 y 33 de Los Hornos y la ONG Grupo de Mujeres de la Argentina pidieron a las autoridades y a los tribunales la morigeración de prisión de las madres que viven con sus hijos en las unidades penitenciarias. Denunciaron graves falencias de atención médica y falta de alimentación adecuada, como así también escasez de agua caliente y calefacción en los pabellones donde conviven mujeres embarazadas y bebés prematuros. El 17 de julio de 2016, un bebé de 6 meses murió por falta de asistencia sanitaria en uno de los penales.¹¹

V. Consideraciones finales

La cárcel como dispositivo penal es una institución problemática, se lo emplea en situaciones conflictivas y aparece cuando las instancias de prevención han fracasado. Sus paredes son testigos mudos de incontables violaciones a los derechos fundamentales de quienes deben cumplir una pena. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes son de una habitualidad que estremece en el interior de las penitenciarias.

¹⁰ www.efe.com/efe/america/sociedad/la-cidh-denuncia-superpoblacion-en-las-carceles-argentinas-y-falta-de-presupuesto/20000013-3075061 publicada el 21/10/2016 –consulta efectuada el 08/03/2017-

¹¹ www.diariojudicial.com/nota/55680 publicada el 07/03/2017 -consulta efectuada el 08/03/2017-

Malos tratos físicos y psicológicos se inscriben a la orden del día; situaciones cotidianas como empujones, golpes de bastones, culatazos, etc., son sufridos por la población carcelaria. También se registran casos de quemaduras con cigarrillos, uso de gas paralizante en el rostro y violaciones sexuales que en muchos casos son cometidas frente a personal del servicio penitenciario.

Las estadísticas se elaboran con los datos de quienes se animaron y denunciaron los abusos y torturas sufridas, y logran atravesar mecanismos de encubrimiento y salen a la luz; pero también hay gran cantidad de casos que quedan registrados en los números oficiales como lesiones, caídas, resbalones que provocan –supuestamente– las autolesiones o accidentes o, en casos extremos, la muerte.

La regularidad y sistematicidad de las prácticas violentas institucionales por parte del personal penitenciario le imprimen a la cárcel el atributo de pena corporal. Se considera, entonces, el maltrato físico como castigo reflejado en el cuerpo del detenido/a; el cuerpo como medio y fin de aquellos ejercicios de soberanía, disciplina y control, que en tanto dispositivos desplegados y articulados se constituyen en estrategias de gobernabilidad en el marco de las relaciones sociales carcelarias.¹²

Vale destacar que la situación de violencia no solo tiene un sentido vertical –carceleros y detenidos– sino que también se reproduce dentro de la masa carcelaria, en el estamento de los reos donde se imponen las jerarquías.

V. Conclusión

Tal como se viene exponiendo, las cárceles argentinas no dan cumplimiento al mandato constitucional ni a los instrumentos internacionales que se inscriben en el respeto de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran detenidas. Hoy en día las unidades carcelarias se asemejan más a un depósito de seres humanos que a

¹² Castelnovo, Oscar y Stoker, Ayelén: *Cárceles argentinas: bienvenidos al infierno*, Ag. Rodolfo Walsh, Buenos Aires, 2008.

un lugar pensado para seguridad y resocialización de los allí alojados.

Torturas y vejámenes del más variado espectro son moneda corriente en ámbitos donde la hostilidad que ofrece el sistema es un colaborador esencial en generar violencia en un lugar donde lo que sobra es tiempo libre, ocio que debería ser ocupado en construir, pero frente a los constantes atropellos que se viven cotidianamente –en la mayoría de los casos–, generan el efecto inverso.

Se impone así un doble castigo, por un lado la pena impuesta por los magistrados y, por otro, aquel que genera tener que habitar en lugares que carecen de las medidas mínimas de higiene, sanidad y seguridad, como si ello fuese otra arista del encierro que deberán cumplir.

Esos momentos libres, que son la mayoría, ya que son pocos los que pueden acceder a un trabajo dentro de los penales, debería ser utilizado en pos de lograr que el detenido sea una mejor persona al salir que al entrar; pero, desgraciadamente, las cárceles son posgrados en delincuencia, se generan rencores y odios, a semejantes y superiores.

El simple hecho de no poder ver satisfechas necesidades básicas como contar con agua corriente, con instalaciones sanitarias acordes, con raciones de comida en condiciones y cantidad suficiente para que puedan considerarse alimentados y puedan gozar de buena salud, el acceso rápido a un servicio médico que contemple la prevención de enfermedades para evitar llegar a estadios de difícil retroceso, van horadando la voluntad de cualquier persona que tenga que pasar por estas circunstancias.

Se despersonaliza al detenido, se le quita la voluntad, las ganas, se lo convierte en un ente, en un despojo, sin derechos y merced a quienes ostentan el poder allí dentro.

Viven hacinados y en muchos casos en condiciones inhumanas: plagas de moscas, cucarachas, palomas, víboras (en cárceles del norte), son nichos de futuras y eventuales enfermedades que lo único que logran es denigrar la condición humana. Los detenidos pierden la dignidad. Son cercenados en sus derechos, como si

les fueran extraídos de cuajo al momento mismo de quedar alojados en una penitenciaria.

El panorama presentado es grave, pero en los últimos años se han realizado acciones coordinadas de distintas instituciones que, enlazadas con el Poder Judicial y los Ministerios Públicos, bregan por mejorar la calidad de vida de quienes, por el motivo que fuera, deben cumplir una condena.

En palabras de Klaus Roxin, un estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal sino también del derecho penal.

Debe ser puesto el acento en que el detenido solo pierde el derecho a la libertad, mas no todos sus derechos, que deben permanecer inalterados, y todos debemos velar por que así sea.

CAPÍTULO II

DERECHOS HUMANOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Derechos humanos y tecnología: hacia el siglo XXI

JUAN ANTONIO TRAVIESO (ARGENTINA)

I. Introducción

A partir de la aparición de la informática, se vio la importancia de las computadoras. Esa afirmación hoy es obvia, pero hace pocos años no lo era. Ese fue el primer paso y, en verdad, el árbol tapaba al bosque. Lo que ahora está en juego no es su poder para solucionar problemas, sino, precisamente, al revés. La solución del problema se convirtió en un nuevo problema. El flujo de información ha producido un progreso exponencial en todos los campos de la ciencia, pero al mismo tiempo se está transformando en una amenaza, cuando esa información puede clasificarse, ordenarse y se convierte en una especie de Frankenstein en nuestro perjuicio.

II. Una breve historia

Así como hay día y noche, siempre hay dos formas de encarar los problemas. Una forma es la directa, con lo primero que salta a la vista. La otra consiste en un camino indirecto, que tiene el poder de lo obvio y que denominamos el camino de las soluciones alternativas, a las que tan acostumbrados estamos los argentinos, y que provocan una y solo una exclamación: ¡cómo no se me ocurrió! Se trata de esas soluciones simples que suplantán a la más sofisticada computadora por una solución que pone en acción el paradigma que la sabiduría popular ha sintetizado con una frase: lo atamos con alambre.

Verdaderamente, el mundo progresa con soluciones alternativas. Se trata de soluciones simples, que son de una lógica total, pero por ser tan obvias no las vemos. Es el árbol que tapa el bosque, o éste que tapa el árbol. De una u otra manera no vemos a ambos.

II. Progresos y amenazas

La informática es un progreso y también una amenaza. Eso no quiere decir que las computadoras, por sí mismas, sean peligrosas.

Eso sería como decir que la culpa es del mensajero y no del mensaje.

Una información generalizada y abierta produce el progreso de la ciencia y la tecnología, pero al mismo tiempo abre un frágil espacio para superar los ámbitos privados de la confidencialidad. El problema es que la mayoría de los que usan la computadora e Internet no saben que mientras navegan son rigurosamente vigilados por una especie de Gran Hermano que verifica todos los sitios que el desprevenido usuario utiliza mientras navega, que dan como resultado un verdadero perfil de sus creencias, intereses, preferencias, etc.

¿Cuál es la solución? ¿Apagar las computadoras y no usarlas? ¿Poner los datos entre rejas? ¿Encadenar a los cajeros automáticos? ¿Volver al sistema del pasado, tan favorable para estimular las relaciones personales en las interminables colas para cobrar cheques o hacer trámites?

Todos estos razonamientos, al estilo del perro del hortelano que no come ni deja comer al amo, suenan de tal fundamentalismo como el de aquellos que hace algunos años veían un obstáculo al progreso de la informática, porque decían que aumentaba el gasto de electricidad y los ascensores y las planchas no podrían funcionar por el exceso de consumo de energía eléctrica.

III. Recuerdos y futuro. Ángeles en la cabeza de un alfiler

Cuando se construye una casa, previo a todo hay que tener presente la estructura, que no solo ha de evitar el derrumbe, sino que en la armonía se debe verificar la consistencia.

Por eso es que la estructura de una casa consiste en todos los elementos que le dan sustento. Dicen los juristas que una estructura valiosa es aquella que al mantener la cúpula, al mismo tiempo asegura los cimientos. Es el círculo virtuoso estructural, que hace de la consistencia, que es coherencia, un verbo necesario y suficiente.

Pero aquí se plantea un cuestionamiento, al estilo del primer motor, o un interrogante más simple, al estilo de quién tiene la

primacía, el huevo o la gallina. Verdaderamente, los datos personales siempre existieron, desde la edad de Piedra. En las grutas de Altamira, hay datos de actividades, solo nos falta el nombre de la mano que dibujó el lomo del bisonte, como lo escribió Borges. En la Edad Media, los datos siempre se hallaron en códices manuscritos que se resistían a la revelación, como en *El nombre de la Rosa*. En aquella época, los sabios se preguntaban cuántos ángeles cabían en la cabeza de un alfiler.

IV. Marco legal en la Argentina. Paredes de fuego y escalones

En el Siglo XVIII, el concepto de la privacidad se encuentra vinculado con la intimidad. Recordemos la Constitución Argentina, que expone ese punto de vista al referirse a las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19). La norma referida no constituía una innovación sino que derivaba de las constituciones previas a la organización nacional y estaban inspiradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Aquí entonces se produce una divisoria de aguas entre la intimidad y la privacidad. La primera luce como un ámbito secreto que muchas veces reflejan los códigos penales al referirse a los delitos contra el honor o bien a tratar el ámbito restringidos de la documentación personal cuando se refieren a la correspondencia o a los papeles privados. Incluso, un politólogo ha expresado que la privacidad es una esfera prohibida para el Estado, un derecho positivo al anonimato.

En la Argentina, y en varios estados de Latinoamérica, hay una pared de fuego que protege a la gente en cuanto a la utilización correcta de los datos personales. En lo que respecta a la Constitución Argentina (art. 43), la Ley 25.326 y el Decreto Reglamentario (1558/2001).

Hay un segundo escalón: la justicia. Los jueces están interpretando el derecho a la protección de los datos personales de manera

dinámica y creativa a través de sus fallos, que reiteran el contenido del clásico derecho a la intimidad del art. 19 de la Constitución de 1853, reactualizado con la Reforma Constitucional de 1994.

A veces uno tiene la sensación de que todo es una catástrofe y lo más grave es que es cierto; sin embargo, puestos a analizar el origen de este derecho, cuando la información se guardaba en ficheros manuales, hemos progresado.

V. Qué hacer - Primera Parte

A la hora de analizar la problemática en materia de tecnología a nivel latinoamericano, veamos las ventajas de la actual situación. En Latinoamérica, todos pensamos igual en materia de fortalezas y debilidades de la tecnología. Esa situación constituye una condición necesaria, pero no suficiente para su abordaje.

Siempre se trata de una tarea que, en mayor o menor medida, deberá realizarse contemporáneamente en dos niveles, estos son: la protección en alta escala que tiene el sector de cada sociedad que se encuentra tecnológicamente desarrollado, pero sin olvidar los sectores postergados de la sociedad, la tecnología para los pobres y “la protección de los datos personales de los pobres”.

Todos los países Latinoamericanos tienen vocación integrativa con el resto del mundo y es esencial para el comercio y el desarrollo tecnológico que estos aspectos se encuentren armonizados.

Siempre hay que tener en cuenta el desafío de la acción. Por esos nos planteamos las acciones a desarrollar. Veamos la situación general.

En primer lugar tenemos un desafío en el ámbito social: acotar la brecha digital. Se necesita brindar apoyo a las organizaciones para que integren estas tecnologías a sus operaciones. Especialmente a las Pymes y las organizaciones barriales, regionales y del Sector Social facilitar el desarrollo de Internet y, en el interior de los estados, favorecer el uso de Internet en la comunidad educativa y generar criterios para su correcta aplicación y evaluación, pero optimizando el uso de los recursos existentes.

Por otra parte, y para mejorar desde lo social el uso y desarrollo de Internet, creemos conveniente favorecer y simplificar el acceso a Internet educando a los nuevos usuarios. Un usuario educado es más eficiente y amigable.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta los aspectos técnicos y, en ese sentido, se deberá mejorar la estructura de conectividad nacional. Asegurar la libre circulación de paquetes sin filtros entre redes, aumentar el nivel técnico y la educación de los principales actores (consultoras, Organismos Gubernamentales y no Gubernamentales, etc.), generar una buena infraestructura gubernamental de comunicaciones para agilizar el intercambio de información entre organismos y con los ciudadanos, securizar los servidores de mail (filtros anti spam), delimitar responsabilidades para dirimir posibles conflictos.

En tercer lugar se debe observar los aspectos públicos y políticos, haciendo pública la información que es pública. Con transparencia en los procesos públicos y gubernamentales, otorgando conocimiento y control sobre su información personal a las personas.

VI. Qué hacer. Segunda Parte

En una segunda parte de acciones, las consecuencias para poder entender la tecnología se debe tener en cuenta lo que algunos autores han llamado las tres nuevas lógicas rectoras. La primera: lo nacional es desplazado por lo global y eso sucede en cuanto a aspectos financieros, tecnológicos, por un lado y en el plano político las instituciones supra nacionales que sustituyen a las instituciones del estado nacional. La segunda, es la lógica de la información que sustituye a la lógica industrial. Todos los objetos materiales, como por ejemplo los juegos de los niños, los artículos electrónicos para consumo, etc. se van informatizando. Los ejemplos más típicos son los de la microelectrónica y la biotecnología. Internet de las cosas La tercera es el desplazamiento de lo social por lo cultural. La propuesta consiste en reflexionar y colocarnos nosotros en el

medio de un círculo y formular círculos concéntricos que ocupen los años 2018, 2022 y 2030 e imaginar qué haremos con la tecnología y los datos personales hacia el futuro, mientras incesantemente consultamos a la pantalla de la computadora.

Gran parte de la tarea está elaborada. Pero queda mucho por hacer para proteger a las personas físicas o jurídicas de estos nuevos desarrollos y potenciarlos para hacer la vida más sostenible y dotada de calidad institucional.

VII. Introducción a las conclusiones

Ante esta situación, Alberdi detectó la tensión de esos datos y los dejó reservados a Dios y se los negó a los jueces. Hay un espacio, personal, que se halla en las notas olvidadas que dejamos –no recordamos dónde–, para registrar un momento inolvidable para ese instante. Afortunadamente, el tiempo y el olvido pasaron como una marea y se llevaron los malos recuerdos. Los buenos recuerdos, quedaron en la única base de datos segura: el cerebro y el corazón, certeza y emoción.

En el umbral del 2014, casi mágicamente se nos presentó, como es de imaginar en nuestra Tablet, un artículo que corrió el velo de muchos problemas planteados, aunque irresueltos. El título nos llamó la atención de inmediato, porque era una petición de principios: *La dialéctica de la digitalización* (Diario El País, Fernando Vallespin 23-12-2013).

El término “dialéctica” está iluminando un mundo de abordaje binario, con la tensión entre el ciberooptimismo y el pesimismo tecnológico. Lo cierto es que, aún a nivel político, la democracia es el gobierno del pueblo y de la digitalización, porque se ha producido una suerte de absolutismo de la tecnología, que pregona que no hay más mundo que el digitalizado, no hay nada fuera del algoritmo, y que incluso llega a revelar con bombos y platillos la existencia de una nueva moneda, los “bitcoins”, con cotizaciones controladas por esos ocultos y perfectos dueños de ecuaciones perfectas.

El autor, en el artículo citado, considera que “ya estamos al corriente, gracias al bendito Snowden, de que algunos Gobiernos sí saben qué hacer con el espacio digitalizado y empiezan a valerse de la minería de datos para ejercer una vigilancia sistemática de nuestras comunicaciones, aunque ignoremos por y para qué exactamente. Y eso es lo inquietante. Como también, que el futuro del conocimiento humano –y, por tanto, el control de nuestro destino– estará en manos de quienes tengan la capacidad de diseñar los nuevos algoritmos y financiar las sofisticadas máquinas de búsqueda”.

Antes de caer al vacío, también repleto de algoritmos, el tema que también plantea el autor citado se refiere a que quizás “conviene que abandonemos la situación de encantamiento y embeleso en que nos ha sumido la digitalización y tomemos conciencia de sus ambivalencias. Que, como bien dijera Adorno y Horkheimer en su día respecto de la Ilustración, todo avance en el proceso de racionalización del mundo tiene también sus costes, genera su propia antítesis”.

Esa es la realidad con la que tenemos que enfrentarnos, mientras creemos que somos los amos y señores del mundo, nos están cortando la rama que nos sostiene. Ya no leemos y es común decir que la culpa la tiene Internet y Google en particular, porque saltamos de un lugar a otro sin detenernos a reflexionar, porque hemos cambiado la forma de aprender y de pensar. El tema es manejar información, y se ha dicho que hemos renunciado a la sabiduría, porque nos hemos transformado en saltamontes digitales que resistimos a la violencia irruptora del tiempo (Michel Foucault “Las palabras y las cosas” citada en “El Desorden Digital”, Anacleto Pons, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2013).

Pero el tema no es solo digital. Por eso también dirigimos este mensaje con resguardo de los que están dentro y fuera de la digitalización: las personas humanas.

El problema es con los humanos y no con las máquinas. Los humanos se consideran más allá de toda consideración: son perfectos y lo saben todo, con toda la prepotencia del súbdito de las tecnologías.

VIII. Conclusiones: ¿Un paraíso perdido?

El derecho y la tecnología producen un cortocircuito irremediable. ¿Cómo relacionarlos?

Los que pertenecemos al club del derecho, nos sentimos viajando en una carreta con ruedas cuadradas. Existen diferentes velocidades y conceptos entre el mundo del derecho y el de la tecnología. Se habla de tecnología de interfaces, sistemas amigables que traducen idiomas enfrentados.

Lo cierto es que la tecnología, simplificando, nos dice ponga un “me gusta” y todo solucionado. Según ese punto de vista, el mundo se construye con cantidades de “me gusta” o de contactos de Twitter. ¿Qué tiene que ver el derecho con el pajarito difusor de informaciones e intimididades?

La realidad es diferente porque el derecho tiene reglas clásicas y requiere normas, que no pueden sintonizarse con la realidad y producen desconcierto. La misma perplejidad que siente un chico nativo digital modelo siglo XXI ante un disco de vinilo de mediados del siglo pasado: no sabe de qué se trata

Ante el inusitado progreso de la tecnología, lo más grave es que no hay normas que la sustenten, o si las hay son insuficientes. ¿Un edificio sin cimientos?

Todos, y en especial los abogados, se miran desorientados dentro de una sociedad tecnológica que disfrutan, pero que se halla muchas veces fuera de la ley, en una tierra de nadie, normativa sin regulación. No hay reglas, los inventos son nuevos y las normas antiguas e inadecuadas. Es una asincronía que invade con una sobredosis de problemas.

Ante esta situación se plantea una disparidad. No hay normas que regulen la tecnología del presente y hay un exceso de regulaciones en materias del pasado. Por una parte, se genera ruido con pesados códigos e inflación normativa, con exceso de normas y reglamentos, y por la otra, ausencia de normas, silencio de radio y espacios en blanco, con relación a las innovaciones tecnológicas actuales. Es lo que ha sucedido con la llamada Ley Hadopi, que en Francia intentó regular la piratería en Internet y se volvió

obsoleta de la noche a la mañana por la modernización de la tecnología.

¿Qué hacer? Para muestra basta un botón.

Veamos qué pasa con Internet en esta nueva sociedad 3.0, en la que cada vez que hacemos clic desde una computadora ingresamos a Internet, en la www. La word pide web (www), es internacional y todo se difunde mediante fibras ópticas de un espesor entre 10 y 300 micrones que transportan mensajes a enormes velocidades.

¿Qué sucede con el derecho? ¿Hay un click mágico para las normas? ¿Cómo se aplican las normas en ese espacio cibernético? La prueba de esa dificultad alcanza al lenguaje, que no tiene tiempo de traducir los nuevos problemas y surgen las palabras “phishing”, “farming”, “hackers”, “grooming”, “cyberbullyng”. Igualmente, está a la orden del día la expresión “viralizar”, como sinónimo de difundir, o la otra expresión “lo bajé de internet”.

Este es un tema universal. Los usuarios de Internet constituyen hoy la mitad de la población del mundo, con un crecimiento de 500 millones de personas por año, o lo que es igual, medio millón de personas por día, que equivale a toda la población de la ciudad de Lanús o Lomas de Zamora del conurbano bonaerense. En pocos años, se estima que el 80% de la población del planeta estará conectado a Internet.

Steve Jobs señaló que la mejor forma de predecir el futuro es crearlo. Marx imaginó muchas cosas, en especial la caída del capitalismo, pero nunca imaginó la revolución de internet.

Mi experto informático, Christian Javier Vila, me mira con piedad ante requerimientos técnicos sin razonamientos lógicos. El que no está en Internet no existe. Ser o no ser, estar o no estar en las redes. Tecnología diez, normas cero, en las que todos somos celosos de nuestra privacidad, pero estamos peligrosamente expuestos y a veces felices ante la exhibición escandalosa.

La pregunta es irremediable: ¿Qué futuro nos espera

Internet es una maravilla con fortalezas y debilidades ¿Qué sucede con el espionaje electrónico y los hackers vía Facebook y Twitter, que se infiltran en las redes, con fines delictivos, sin san-

ciones. Diferentes jurisdicciones van soslayando rastros y eludiendo responsabilidades en el desierto normativo.

Lo paradójico. El ex agente de la CIA Edward Snowden alcanzó la celebridad de una estrella pop por haber dado a conocer el producto de sus masivas operaciones de hacking violando la ley denominada Patriota. Se lo busca por “alta traición”; y por otra parte, un grupo de intelectuales londinenses, lo ha propuesto como candidato al Premio Nobel de la Paz, argumentando que sus revelaciones han hecho del mundo un sitio más seguro. Mientras tanto el Congreso estadounidense aprobó una ley que pondrá fin en seis meses a la recolección masiva de datos telefónicos dentro del país. Otra paradoja, ahora en el lenguaje: se pasó de la ley Patriota, a la actual Ley de la Libertad.

En resumen: Occidente no sabe si ofrecerle al personaje todo el cadalso o toda la gloria. Esa es la realidad tecnológica, pero hay algo más grave.

Hoy el Estado Islámico, el de los verdugos vestidos de negro, que decapita rehenes y genera ráfagas de metralla virtuales y hackea a TV5 Monde 5 y genera una página denominada “cibercañifato”, en la que instala un juego de palabras: “Je suis IS” (Yo soy Isis); ¿Una nueva forma de invasión?.

Lo mismo sucede en Latinoamérica, en la que los ciberataques están a la orden del día y, se ha dicho, que es diferente de que entren a tu casa y te roben el dinero, a que entren a tu casa y la incendien.

¿Qué hacer en el primer escalón de tecnología con o sin normas? ¿Un Robinson Crusoe tecnológico?

Grandes innovaciones generan grandes problemas con sus respectivas soluciones. Queremos seguridad, pero no estamos dispuestos a resignar la privacidad. Privacidad en peligro o seguridad en peligro. La constitución Argentina, en el siglo XIX, puso el dedo en la llaga: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, quedan reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. (Constitución Argentina, art. 19)

La privacidad está en jaque mientras sobrevuelan los drones y los minidrones que admiten la paradoja de que se requiere licencia para vo- larlos, en general sin un régimen jurídico que los regule. Muchas pala- bras, pocos hechos, mientras nos invade un enjambre de minidrones de 50 gramos, abejas electrónicas que caben en la palma de la mano .

El riesgo, lo sabemos, se asocia a la innovación y en su mo- mento. El tren o el automóvil era criticado por los peligros que ge- neraba ¿Qué va a suceder con los drones?.

Acercándonos al centro del problema: ¿Qué hacer en el se- gundo escalón?

Pasaron más de 500 años desde la invención de la imprenta y ahora nos estamos refiriendo a MB, a SMS, a WebCam, Skype, Fa- cebook, Twitter, whatsapp ¿Nuevos términos, nuevas realidades?

A veces existe la sensación de que el proceso de cambios tec- nológicos va en un ascensor vertiginosamente, en tanto los cam- bios y en especial los del derecho ascienden por una escalera medieval con zapatos de buzo, paso a paso, lentamente.

En el plano normativo, algunos autores han afirmado con razón que si un programa de computadora puede cambiar con solo apretar una tecla, sería indispensable que el derecho se actua- lizara de la misma forma.

El derecho tradicional cede su protagonismo ante la realidad que impulsa este derecho último modelo ,para adecuarse a la at- mósfera existente con un impulso de cambio.

Pero la realidad es diferente.

Es difícil regular Internet, pero la mayor dificultad es que ver- daderamente parece que no queremos regular Internet porque es un espacio de lujuriosa libertad con un sutil anonimato y una diversión misteriosa que habíamos perdido. Se trata de un nuevo paraíso, por- que en Internet podemos hacer muchas cosas: comprar y vender, chatear resguardados en un sobrenombre (nick name), hablar con nuestros seres amados, mandar y recibir fotos y ofrecer en subasta on line la vieja máquina de escribir Remington. ¿Es conveniente que el antiguo derecho regule esas andanzas? ¿Se puede pensar en una estación de trenes abandonada que no permite bajar o subir todo el tiempo?

La tecnología de Internet, con su sistema de información y comunicación, es la antítesis del derecho. Se trata de un horizonte de llanura, un espacio intrafronterizo, un verdadero territorio en el que el mapa se define, se construye y se “deletea” todos los días. Un universo imposible, como el que Borges describió en “El aleph”, mundos misteriosos. Vivienda irremediable de hoy.

Mientras tanto, con nuestras caras iluminadas por los teléfonos y computadoras, hay que convivir con las normas existentes, interpretarlas dinámicamente y, hacer de ellas el motor propulsor de los desafíos del nuevo siglo, con defensa de la privacidad y con libertad, en la sociedad tecnológica del paraíso descubierto.

Biología y Derechos Humanos
Su impacto en el ordenamiento jurídico interno e internacional

MARIANA BLENGIO VALDÉS* (URUGUAY)

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora (adj) Derechos Humanos, Principios Constitucionales y Bioética Facultad de Derecho UDELAR. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UDELAR (2012-2016); Integrante de los Comités de Ética en Investigación en seres humanos Facultad de Medicina UDELAR y Comisión de Reproducción Humana Asistida de Uruguay. Autora de diversas obras en su especialidad entre ellas: *Manual de Derechos Humanos; Código de Derechos Humanos; El derecho al reconocimiento de la Dignidad Humana; Derechos Humanos en movimiento*. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

I. Introducción

Los avances biotecnológicos en materia de salud humana han sido una de las características más notorias y transformadoras acaecidas en el siglo XX a nivel mundial. Su impacto en la sociedad ha generado un sinnúmero de consecuencias que han afectado individual y colectivamente la vida de las personas, en clara vinculación con el goce de los derechos y libertades del hombre.

Este fenómeno que irrumpe vertiginosamente en las sociedades contemporáneas, va generando nuevas problemáticas con especial trascendencia en aspectos éticos. En esta coyuntura, el Derecho y la Bioética se van consolidando como una perspectiva imprescindible en la toma de decisiones, así como también en la búsqueda de soluciones normativas que permitan armonizar el equilibrio de derechos y libertades desde una perspectiva ética, en el marco del Estado de Derecho.

II. La Bioética en las fuentes de Derecho Internacional

La Bioética se ha incorporado en la norma jurídica tanto de fuente interna como internacional, generando una transformación que resulta trascendente ante los innumerables cambios que el avance científico y biotecnológico han creado en relación a las ciencias de la vida y la salud humanas. La Bioética y el Derecho, el Biodercho o la también llamada Bioética jurídica, constituyen el conjunto de normas de derecho interno e internacional que toman los grandes temas de la bioética y los regulan jurídicamente.¹

El desarrollo normativo en el ámbito internacional evidencia como el Derecho Internacional de la Bioética se entronca con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos proyectando su alcance y aludiendo de lleno a los problemas bioéticos que se pueden verificar tanto en el plano clínico como en todo lo relacionado con la investigación en seres humanos.

¹ Sobre el punto puede ampliarse en Tealdi, Juan Carlos coord. *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO, Colombia, 2008, pp. 168 y ss.

Dicho entronque se percibe al analizar los primeros documentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los cuales se abordan algunos problemas bioéticos puntuales que interpelando los derechos humanos exigen una solución ética. El artículo 7 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, documento aprobado en 1966, de especial relevancia para la futura protección de los derechos a nivel universal es un ejemplo de ello, al establecer que ninguna persona podrá ser sometida a experimentos científicos sin su consentimiento. Del punto de vista jurídico sería la primera norma en carácter de tratado internacional suscrito por los Estados Miembros de una organización de carácter universal (ONU) que pone límites a la libertad de investigación con seres humanos. Esta disposición tiene por antecedente entre otras normas, el Código de Nuremberg adoptado en el año 1947², documento que fue elaborado y utilizado en el juicio a los doctores nazis que cometieron experimentos atroces durante la referida II Gran Guerra. El Código De Nuremberg centra su atención en el consentimiento de la persona, como requisito para cualquier investigación médica.

Paulatinamente en esa segunda mitad del siglo xx en el plano internacional y con una fuerte vinculación con el desarrollo de la temática en países como Estados Unidos², el cual oficia de verdadera “cuna de la Bioética”³ aunque basada en el modelo de los principios de Beauchamp y Childress⁴, comienza a desarrollarse

² Disponible en:

<http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>. Fecha de consulta: 29 mayo 2017.

³ En la década del 50 en el ámbito de la medicina clínica los médicos comenzaron a vivenciar graves dilemas éticos al momento de tomar decisiones sobre ciertos temas vinculados con las nuevas tecnologías. Si bien los avances aparejaron grandes beneficios (como por ejemplo el impacto en la salud del respirador artificial), las consecuencias fueron relevantes y transformaron la asistencia clínica para siempre. Múltiples factores contribuyen al desarrollo de la Bioética que fueron cambiando la relación médico paciente, generándose especialmente en Estados Unidos algunos cuestionamientos en cuanto al rol de los médicos e investigadores y la necesidad de marcar límites éticos a su actuación.

⁴ En relación al origen del término se entiende mayoritariamente que fue Van Rensselaer Potter quien utilizó por primera vez el neologismo Bioética en 1970. Sus aportes a esta disciplina son el punto inicial de su de-

un verdadero *corpus juris* en la materia afianzando las bases de la Bioética y el Derecho. Este *corpus juris* abordará diversos aspectos y dilemas éticos que se suceden tanto en el ámbito clínico como en el vinculado a la investigación en seres humanos⁵. Este Derecho Internacional de la Bioética que como hemos dicho se entronca directamente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es un modelo que se proyectará a futuro hundiendo sus raíces en la protección internacional y la perspectiva de los derechos humanos. Permitiendo, entonces desde su perspectiva de derechos, fortalecer y definir los principios rectores de esta nueva vertiente que hoy en día ha cobrado una proyección sustancial en el abordaje de problemas que cotidianamente desafían a los operadores jurídicos.

En el marco de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, podemos referir a las fuentes que emanan de dos de sus agencias, la OMS⁶ y la UNESCO. La primera desarrollará entre otras normas bioéticas, las denominadas “Pautas éticas interna-

sarrollo. En 1971 su obra titulada *Bioética: puente hacia el futuro* marca un hito en la materia. Su propósito según así lo manifestó el autor, fue contribuir al futuro de la especie humana. La Bioética se consideró entonces como un “puente hacia el futuro”.

⁵Además de los testimonios y pruebas que se verifican luego de finalizada la II Guerra Mundial sobre los abusos cometidos por los médicos investigadores nazis, saldrán también a la luz pública en la década del 70 gravísimos hechos acaecidos en Estados Unidos en centros asistenciales en los cuales se vulneraron gravemente derechos de los pacientes e internados sin ningún tipo de protección por parte del Estado. Entre estos pueden verse: TUSKEGEE (investigación con personas afrodescendientes pobres de Arizona a los efectos de determinar la evolución de la sífilis); y WILLOWBROK (investigación con niños con retraso mental en un centro asistencial). En ambos casos fueron utilizados fondos públicos.

⁶La Constitución de la OMS fue adoptada en el año 1946 al finalizar la II Guerra Mundial. En su momento fueron 61 Estados los firmantes. Entró en vigor en 1948. En su Preámbulo el texto constitucional de la organización proclama: “La Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Puede ampliarse en: <http://www.who.int/about/mission/es/>. Fecha de consulta: 29 de mayo 2017.

cionales de investigación biomédica”, aprobadas en 1982 que luego serán objeto de diversas revisiones en años posteriores. Estas “Pautas” adoptadas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas y la OMS constituyen interesantes aportes en materia bioética que más allá de su naturaleza jurídica en tanto no son tratados, operan de referentes normativos relevantes y guían la adopción de soluciones en materia bioética.

Antes de referir a la actividad de la UNESCO, conviene también mencionar otras fuentes que si bien al igual que las “Pautas CIOMS - OMS” no constituyen tratados internacionales, poseen especial importancia y operan en muchos casos de referentes. Las referidas Pautas, para cuya elaboración se recurren a antecedentes tales como el propio Código de Nuremberg o las Declaraciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial a la que referiremos más adelante, se basan en tres principios fundamentales: el “respeto a la autonomía” que exige la consideración de la autodeterminación de la persona; “la búsqueda del bien” que refiere a la necesidad de lograr los mayores beneficios y reducir al máximo los riesgos. Y por último, “la justicia”, que obliga al tratamiento de la persona de acuerdo con lo que es moralmente correcto y apropiado. En esta materia, tal cual refiere el documento “el principio refiere a la justicia distributiva que exige la distribución equitativa de costos y beneficios”.⁷

Como hemos dicho coexisten también otros documentos relevantes en la materia como los que emanan de la Asociación Médica Mundial⁸ (en adelante AMM). Esta organización internacional en su carácter de “confederación” nuclea asociaciones de profesionales

⁷ Disponible en:

http://www.cioms.ch/publications/guidelines/pautas_eticas_internacionales.htm. Fecha de consulta: 29 de mayo 2017.

⁸ La Asociación Médica Mundial a lo largo de su historia ha adoptado otras normas también relevantes que ofician de referentes para médicos y la comunidad en general incluyendo a los Estados. Entre ellas una de las primeras fue el Código Internacional de Ética Médica que fuera adoptado en 1949 y sufriera posteriormente diversas revisiones. Así también la Declaración de Lisboa sobre Derechos de los Pacientes cuya primera versión se adoptó en 1981 y fuera revisada en 1995 y 2005.

médicos de todo el mundo. Fue establecida en 1947 y reúne en sus filas, más de 102 asociaciones médicas y más de 10 millones de médicos.

La AMM ha adoptado textos claves en materia bioética. Entre ellos el más destacable ha sido la Declaración de Helsinki que reúne recomendaciones para los médicos que realizan investigaciones biomédicas. Su texto inicial fue adoptado en el año 1964 y ha sido sucesivamente revisado en el correr del siglo XX y XXI con diversas oscilaciones en relación al contenido y alcance de sus normas. El documento destinado principalmente a los profesionales médicos y equipos sanitarios, insta a todos los participantes en la investigación médica en seres humanos, entre estos también a los Estados, a adoptar sus previsiones.

Ahora bien, tal cual adelantamos la UNESCO ha venido desarrollando una intensa labor en la materia, lo que constituye un aporte invaluable del Derecho Internacional de la Bioética, en un proceso que ha tenido punto de altísimo destaque con la aprobación de tres documentos claves. Esta trilogía bioética jurídica que caracteriza este proceso de abordaje de la perspectiva bioética por la norma internacional, se inicia en el año 1997 con la adopción de la “Declaración Universal sobre Genoma Humano”, cuyo texto fuera, un año después, hecho suyo por la Asamblea General de las Naciones Unidas y por unanimidad.

Del punto de vista formal esta Declaración (al igual que la otras dos posteriores) y a diferencia de las anteriores mencionadas (Helsinki y Pautas CIOMS OMS), fue adoptada por los Estados Miembros de la UNESCO en ejercicio de su soberanía y en el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos nucleado en el marco de la ONU.

Del punto de vista sustancial, la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos posee una proyección que no es menor en tanto ingresa en el ordenamiento jurídico internacional, el concepto de “genoma humano” al que define en forma simbólica, y sensiblemente categórica, como “patrimonio de la Humanidad”. Lo que equivale a decir que por primera vez en la historia de la Humanidad, se reconoce el aspecto ético de la sin-

gularidad del individuo, acordándose el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de la diversidad de cada miembro de la especie humana. Nucleándose a la vez, en este texto aspectos relevantes como la formulación de que el genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios, afirmación de un principio esencial, filosófico, político, ético y jurídico.⁹

Posteriormente se adoptan por parte de la UNESCO, dos documentos también relevantes que conforman la denominada trilogía. En el 2003 la “Declaración Internacional protección de Datos Genéticos” y en el año 2005, la “Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, cuyo eje fundamental radica en el respeto y reconocimiento de la dignidad humana.

La última Declaración del año 2005, enumera y desarrolla los grandes principios de la bioética: autonomía; igualdad y no discriminación; beneficencia y no maleficencia; consentimiento informado; respeto a la vulnerabilidad humana e integridad personal; privacidad y confidencialidad; justicia y equidad; no estigmatización; respeto a la diversidad cultural y pluralismo; solidaridad y cooperación; responsabilidad social y salud; aprovechamiento compartido de beneficios; protección de generaciones futuras.

La valoración jurídica de esta Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos ha llevado a la doctrina a reafirmar su carácter obligatorio para todos los Estados Miembros de la comunidad internacional en la medida que desarrolla y profundiza los derechos, libertades y garantías que se establecieron en la pionera Declaración Universal de 1948. Con la diferencia esencial de que si bien la primera fue adoptada con 48 voluntades políticas, y 8 abstenciones, la última Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de 2005, contó con la unanimidad de los Estados Miembros.¹⁰

⁹ Gros Espiell, Héctor. “Los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos” en *Ética, Bioética y Derecho*, Themis, Colombia, 2005, pp. 225 y ss.

¹⁰ Puede ampliarse en Blengio Valdés, Mariana. “El Derecho de la Bioética a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948” en *Revista Brasileira de Bioética*, Vol. 4, n.º 1 y 2, Brasilia, 2008, pp. 35 y ss.

Los ejemplos descriptos demuestran claramente el ingreso y la consolidación de la perspectiva ética a la norma internacional. Hacen evidente esa preocupación por la ética universal de la protección de los derechos humanos en el campo de la biotecnología en tanto la transformación de lo científico puede determinar la propia alteración de la naturaleza y la condición humana. Cuestionando a la vez, la necesaria aproximación del ser vivo humano como parte del universo en armonía con los demás seres vivos no humanos y todo lo vital.

III. La Bioética en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

i. Europa - Consejo de Europa

La perspectiva también irrumpe en el ámbito regional especialmente el europeo. En 1997, en el seno del Consejo de Europa se aprueba el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”, suscrito en Oviedo, documento de especial relevancia para todos los Estados miembros de esta organización.¹¹

En una brevísima referencia a su contenido, destacamos que el tratado europeo tiene por objetivo la protección del ser humano en su dignidad, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Es el ser humano, y su bienestar físico y mental, el que deberá prevalecer sobre el exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia.

Estos conceptos constituyen el eje central del documento que es un fiel exponente del impacto al que hacíamos referencia en un inicio y la preocupación por fijar ciertos límites en lo que refiere a la libertad de investigación y tratamiento de seres humanos vivos. El Convenio de Oviedo dedica un capítulo al consentimiento, garantía del ejercicio pleno de la autonomía y la libertad de la persona. Previendo también la protección de aquellos grupos que no puedan dar su consentimiento.

¹¹ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>. Fecha de consulta: 29 de mayo 2017.

En materia genética el Convenio prohíbe la discriminación a causa del patrimonio genético de la persona limitando también toda práctica que pretenda intervenir en el genoma humano con la siguiente previsión: Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia. El referido tratado también da pautas en relación a las técnicas que permiten la reproducción humana asistida, señalando que no se admitirá la aplicación de las mismas a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer salvo que sea preciso para evitar alguna enfermedad grave vinculada al sexo. Refiere asimismo a la investigación y el consentimiento. Reafirma la libertad del investigador pero dentro del marco de los límites a los derechos y libertades.

El Convenio Europeo o Convenio de Asturias, tuvo un impacto real en Europa. Más allá de las discusiones que se vienen verificando sobre el alcance de la clonación y la experimentación con embriones, el acuerdo ha servido de base para legislaciones nacionales en toda Europa relativas a la autonomía del paciente, la reproducción humana asistida, las voluntades anticipadas y la investigación en seres humanos.

Fue sucedido de diversos Protocolos. Entre ellos puede verse el relativo a la prohibición de clonar seres humanos, temática que conlleva dilemas éticos de especial envergadura para el futuro de la Humanidad. El Protocolo prohíbe “crear un ser humano genéticamente idéntico a otro vivo o muerto”. Otras problemáticas bioéticas de especial relevancia han sido también abordadas por los Protocolos al Convenio de Oviedo. Así pueden verse los referidos a la Investigación en seres humanos; Trasplante de Órganos y Tejidos de origen humano; y el relativo a los test de Genético en materia de salud.

ii. América. OEA

Diferente ha sido el desarrollo normativo americano si analizamos los tratados aprobados en el marco del sistema americano de protección de los derechos humano de la OEA desde 1969 en adelante.

La prohibición de la esclavitud (instrumentalización del humano por otro humano) y la proyección del respeto a la dignidad humana como valor del cual emanan todos los derechos y libertades, constituyen el eje central del desarrollo normativo verificado en el sistema. A partir del cual se edifica la sucesión de tratados básicos adoptados por los Estados Miembros de la OEA, como ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y sus Protocolos Facultativos relativos a la Abolición de la Pena de Muerte y los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Posteriormente, la Convención de *Belén do Pará* que previene y prohíbe la violencia contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada y la de Prohibición de la Tortura y Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, así como la Convención que refiere a la Protección de las Personas con Discapacidad.¹²

Todos estos tratados se han centrado en la perspectiva de derechos. Que si bien como hemos dicho es el modelo en el cual fundamos la Bioética, la falta de abordajes sobre problemas bioéticos específicos que interpelan a la Humanidad toda, constituye desde nuestro punto de vista una asignatura pendiente en el propio sistema. En definitiva, no encontramos en este desarrollo, una Convención que a semejanza de la europea o en la línea de las Declaraciones de la UNESCO aborde de lleno y específicamente la temática bioética y alguno de sus desafíos.

¹² Pueden consultarse todas estas Convenciones en: Blengio Valdés, Mariana. *Código de Derechos Humanos*, Konrad Adenauer y Cátedra UNESCO de DDHH de la UDELAR, Montevideo, 2010. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-4-30.pdf?100908171834

iii. ¿Nuevas perspectivas? Convención Interamericana sobre la Protección de las Personas Mayores

Comentario aparte nos merece sin embargo la reciente aprobación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, documento aprobado en Washington el 15 de junio de 2015, que entró en vigor el 11 de enero de 2017.¹³ El texto aborda la situación de este grupo de personas, cualquiera sea su sexo o condición, mayores de 60 años en todos los ámbitos de la vida incursionando en aspectos que refieren directamente a la ética de lo vital y los derechos en el ámbito clínico y sanitario. El tratado como puede verse introduce y define, conceptos sustanciales como la discriminación, estigmatización, abandono, cuidados paliativos, envejecimiento activo y saludable, vejez, servicios socio-sanitarios integrados.

La Convención se centra en la necesidad de adoptar medidas para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de la vida y el derecho a vivir y morir con dignidad, en igualdad de condiciones con todos los sectores de la población. Su capítulo II reseña los principios generales de la Convención entre los cuales encontramos: la promoción y defensa de los derechos humanos, la valorización de la persona mayor, la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía, el bienestar y cuidado, el buen trato y el respeto y valorización de la diversidad cultural. Especialmente se detiene en el principio de autonomía e independencia del individuo, que define como el “derecho a tomar decisiones, definir su plan de vida, desarrollar una vida autónoma conforme a tradiciones y creencias” (artículo 7).

En el campo específicamente bioético la Convención dedica un capítulo al consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. Expresa al respecto el derecho irrenunciable a mantener su consentimiento y reafirma que la negación de este derecho constituye una forma de vulneración de derechos de la persona

¹³ Disponible en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp. Fecha de consulta: 27 de mayo 2017.

mayor. El convenio establece que la persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos ya sean de carácter físico o psíquico y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Agregando al final de este artículo 11, el derecho a manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de salud, incluidos cuidados paliativos.

Otros diversos aspectos de su contenido revisten también especial importancia del punto de vista bioético. Entre ellos los relativos al trabajo, al acceso a la justicia, a la vivienda a la prohibición de la tortura. Su consideración específica merece un análisis especial en tanto constituye para los Estados que lo ratifiquen consecuencias de especial relevancia para las legislaciones internas vigentes o que puedan llegar a adoptarse en armonía con el tratado.

Más allá de lo expresado, y destacando la importancia de esta Convención, puntualizaremos algunos aspectos que consideramos singulares en su contenido:

En el Preámbulo de esta Convención, no hay ninguna referencia a algunas normas claves en materia de Bioética, aspecto que sensiblemente puede llamar la atención a cualquier bioeticista. Los documentos reseñados parten como es tradicional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos ambas de 1948 y remiten como es de orden, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado sustancial para la organización y que centra su mirada en la protección de los derechos civiles y políticos sin perjuicio del progresivo desarrollo de los económicos sociales y culturales. A continuación el Preámbulo destina un párrafo a diversas fuentes en carácter de Principios de ONU a favor de las personas de edad (1991); Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (2003); Declaración de Brasilia (2007); Plan de Acción de la OPS sobre salud de personas mayores

(2009); Declaración de Compromiso Puerto España (2009) y la Carta de San José de los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe (2012). (Párrafo 8° del Preámbulo). Fuentes que sin lugar a dudas remiten a la temática en cuestión y cuya inclusión nos parece también sumamente valiosa y atendible.

La Convención se centra en la necesidad de adoptar medidas para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de la vida y el derecho a vivir y morir con dignidad, en igualdad de condiciones con todos los sectores de la población. Su capítulo II reseña los principios generales de la Convención entre los cuales encontramos: la promoción y defensa de los derechos humanos, la valorización de la persona mayor, la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía, el bienestar y cuidado, la, el buen trato y el respeto y valorización de la diversidad cultural. Especialmente se detiene en el principio de autonomía e independencia del individuo, que define como el “derecho a tomar decisiones, definir su plan de vida, desarrollar una vida autónoma conforme a tradiciones y creencias”. (Artículo 7).

El eje central de este Convenio como señalamos, gira en torno al principio de respeto a la dignidad de la persona y en el marco de esta, la valorización de su libertad, autonomía y autodeterminación en todos los planos vitales. La conexión con el contenido de la Declaración de UNESCO, documento oportunamente adoptado también por los mismos Estados americanos en el año 2005, y que conforman la propia organización. Así también su conexión con el contenido de anteriores Declaraciones (Genoma y Datos Genéticos) que en el primer caso llegaron a ser refrendadas por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas.

En concreto, resulta singular que no haya remisión específica en el Preámbulo, a la Declaración de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la UNESCO en el año 2005.

Eso sin perjuicio de otras normas cuya inclusión podría haberse incorporado, más allá de eventuales controversias que podrían suscitar, como ser la Declaración de Helsinki en atención a sus diversas versiones, y las Pautas CIOMS – OMS. Todo esto, sin perjuicio de las consideraciones relativas a su naturaleza jurídica y su ámbito de creación.

Estas observaciones no tienen por objetivo negar la relevancia de la adopción de esta Convención. Cuyo contenido es testimonio del proceso de especificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos atendiendo las particularidades de un grupo étnico y que comprende a todos los seres humanos mayores de 60 años. Y que incluye aspectos que hacen a la vida en su conjunto. Pero sobre todo desde una perspectiva ética notoriamente destacable que a la fecha no tiene antecedentes tan nítidos en el sistema de protección americano. Convención que como señalamos centra su atención en principios generales de neto cuño bioético: la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.

Es por esta razón que consideramos que el Sistema Interamericano se encuentra en claras condiciones de incorporar el debate en el seno de la organización para abordarlo en aras de una eventual y futura regulación normativa que sea fruto de un proceso de fuerte discusión en el corazón del sistema, sobre cuestiones centrales de la Bioética como las vinculadas a la investigación en seres humanos incluyendo células y embriones; la clonación de células humanas o seres humanos; la genética; el genoma humano; la donación y trasplante de órganos y tejidos; la reproducción humana asistida¹⁴ y múltiples cuestiones sustanciales que los avances biotecnológicos han puesto en evidencia desde hace varias décadas en un proceso exponencial. Las cuales han pasado a interpelar a la humanidad en su conjunto razón por la cual, requieren un cierto consenso en relación a acuerdos mínimos que protejan efectivamente a la persona en relación a su vida y condición humanas.

¹⁴ En este punto puede mencionarse el abordaje que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la problemática de las técnicas de Reproducción Humana Asistida en el caso “Artavia Murillo y otros vs/ Costa Rica”. Sentencia de la Corte IDH de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Fecha de consulta: 22 de mayo 2017.

IV. Reflexiones finales

El desarrollo de estos conceptos nos permite realizar algunas reflexiones con el objetivo de aportar elementos que puedan proyectar la temática y focalizar la importancia de la interconexión del Derecho y la Bioética.

1. El abordaje jurídico de los problemas de la Bioética constituye una asignatura esencial para la efectiva protección de los derechos y libertades de la persona. Su vínculo resulta en este siglo XXI no solo ineludible sino imprescindible en tanto interpela la propia condición humana, y no solo la existencia sino la ubicación misma del ser humano en el universo y su vínculo con las demás especies y flora.

2. Los aspectos éticos han sido incorporados desde los orígenes del Derecho Internacional (principio de buena fe y principio de justicia). El cual ahora diversificado en vertientes sustanciales como la del Derecho Internacional de la Bioética permite proyectar la necesidad de aportar la perspectiva de la ética de lo vital en el abordaje de la biología y la vida humana que se realiza a nivel internacional y nacional.

3. A partir de lo anterior, reafirmar la necesidad de centrar en el debate internacional las problemáticas bioéticas para fomentar un debate que pueda permitir algunos consensos mínimos en cuestiones sustanciales para la condición humana y la Humanidad. Entre los tantos problemas: el equilibrio entre el avance científico biotecnológico y el interés individual, social e internacional a la luz de los fuertes intereses económicos que también inciden en la falta de regulación.

4. La necesidad que el Sistema Interamericano registre y se incorpore al desarrollo del Derecho Internacional de la Bioética, lo que hasta el momento consideramos no ha ocurrido. Con las particularidades que el propio continente le pueda infringir pero com-

partiendo en la esencia la necesidad de que las problemáticas bioéticas que vinculan a los derechos humanos puedan tener un análisis y determinación dentro del Sistema Interamericano lo cual generaría beneficios al ser humano individual y la sociedad toda en su singularidad americana.

5. Esta necesidad que reafirmamos se centra en la constatación de que temas relevantes como la vida y la muerte, la investigación en humanos vivos o muertos, la experimentación en embriones gametos u otro tipo de material biológico; la clonación de células humanas, tejidos o seres humanos; como el abordaje de aspectos clínicos que hacen al inicio y fin de la vida; la libertad en el tránsito entre vida y muerte; la libertad y autonomía en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva y las técnicas vinculadas a su ejercicio pleno, son abordajes que requieren una imprescindible consideración bioética, que pueda fortalecer su tratamiento también a nivel regional.

Bibliografía consultada

- Andorno, Roberto. “La dignidad humana como fundamento de la Bioética y los Derechos Humanos” en *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, Gros Espiell y Gómez Sánchez coord, UNESCO, París, 2008, pp. 253-270.
- Blengio Valdés, Mariana. “La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Bioética. ¿La definición inexistente?” en *Revista de Derecho Público*, n.º 49, FCU, Montevideo, 2016, pp. 31-54. Disponible en: www.revistaderechopublico.com. Fecha de consulta: 29 de mayo 2017.
- Casado, María. “Bioética y Derecho” en *Declaración Universal de DDHH UNESCO*, UNESCO, España, 2006.
- Tealdi, Juan Carlos. *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO, Themis, Universidad Nacional de Colombia, 2008.

- Gros Espiell, Héctor. “Bioética y Derechos Humanos” en *Ética, Bioética y Derecho*, Bogotá 2005.
- Gros Espiell, Héctor. “Bioética y Derecho” en *Ética, Bioética y Derecho*, Bogotá 2005.
- LUNA, Florencia y SALLES, Arleen. Develando la Bioética. *Perspectivas Bioéticas en las Américas*. Año 1 No. 1, 1996.
- MAYOR ZARAGOZA, Federico. “La Bioética y los derechos humanos como objetivos de la UNESCO”. En *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* (Gros Espiell y Gómez Sánchez Coordinadores). UNESCO, París, 2008, pp. 1-9.
- STOLKINER, Alicia. “Derechos humanos y derecho a la salud en América Latina: la doble faz de una idea potente” en *Medicina Social*, No. 1, Volumen 5, marzo 2010. Disponible en: <http://www.medicinasocial.info/index.php/medicinasocial/article/view/410>. Fecha de consulta: 27 de mayo 2017.

La estructura de la norma y los cambios informales de la Constitución

ADRIANO SANT'ANA PEDRA* (BRASIL)

* Profesor de la Facultad de Derecho de Vitória - FDV en los cursos de doctorado, maestría y grado. Doctor en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo - PUC/SP). Master en Derechos y Garantías Fundamentales (Facultad de Derecho de Vitória - FDV). Procurador Federal (Brasil). Contacto: adrianopedra@fdv.br.

I. Introducción

Es importante comprender que toda interpretación ocurre en un determinado contexto, que no puede ser desconsiderado. En verdad, no hay texto sin contexto. La Constitución y la realidad social siempre se buscan. La realidad fáctica y la realidad normativa se encuentran en una relación de reciprocidad, y no es posible separarlas, pues se encuentran mutuamente imbricadas.

La mutación constitucional es un proceso informal que cuida la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, lo que presupone la no identificación entre la norma y el texto. El texto está compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y además cambian con el paso del tiempo. Lo que importa saber, entonces, es cómo las normas constitucionales pueden ser modificadas informalmente, en razón de las mudanzas habidas en la sociedad.

En este estudio se recorren las bases de la teoría de la concreción. Se constata que el proceso interpretativo no es solo cognitivo, sino fundamentalmente volitivo. En el paradigma actual, existe la superación de una concepción tradicional, donde la interpretación era comprendida apenas como un *develamiento* del sentido normativo; para otra concepción, en la cual se verifica un proceso *creativo* de producción de la norma, lo que se tiene es una *atribución* y no un *develamiento* de un significado preexistente en el enunciado lingüístico. Esto ocurre porque, como en cualquier proceso del conocimiento, la relación sujeto-objeto viene condicionada por la actuación recíproca de uno sobre el otro.

En este sentido, es imprescindible hacer la distinción entre *texto normativo* y *norma*. La estructura de la norma constitucional se presenta determinada por el programa de la norma y por el ámbito de la norma, y la conexión entre ambos vendrá a resultar en la norma de decisión. Todo este análisis permite constatar la relación existente entre concreción y mutación constitucional y cómo las normas constitucionales son modificadas informalmente de acuerdo a la realidad social.

II. Texto normativo y norma

Para que la Constitución sea aplicada es necesario hacer la interpretación de su texto normativo, de donde será extraída la norma jurídica. De la interpretación de los textos resultan las normas. Texto y norma no se identifican. La norma es la interpretación del texto normativo¹.

A pesar de la existencia de una relación mutua entre el texto normativo y la norma, no hay una *correspondencia biunívoca* entre ambos². Puede haber (a) *disyunción de normas*, cuando un enunciado puede expresar una u otra norma; (b) *conjunción de normas*, cuando un enunciado puede expresar varias normas conjuntamente; (c) *sobreposición de normas*, cuando dos enunciados pueden expresar normas que se sobreponen parcialmente; (d) *enunciado sin norma*, cuando un enunciado no es apto para expresar una norma; y (e) *norma sin enunciado*, cuando no hay cualquier enunciado o combinación de enunciados que impliquen en una norma, que es producida por el derecho mediante concretización³, de lo que se concluye que es posible extraer norma incluso cuando no existe texto⁴.

El texto constituye el punto de partida para la formación de las significaciones y, al mismo tiempo, para la referencia de los significados. Las normas resultan de la interpretación de los textos. Interpretar es atribuir valores a los símbolos, esto es, adjudicarles significaciones y, por medio de esas, referencias a objetos⁵. Se puede decir aún que interpretar, en general, consiste en reconocer o atribuir un significado o un sentido a ciertos signos o símbolos⁶, o, en otras palabras, que interpretar la Constitución es conocerla, no sólo su letra, sino también su espíritu, en sus significados más profundos y en su verdadero alcance⁷.

¹ Grau (2006), p. 27.

² Guastini (2005), p. 34.

³ Gomes Canotilho (2002), p. 1187-1190.

⁴ Sant'Ana Pedra (2008c), p. 19.

⁵ Barros De Carvalho (2006), p. 62.

⁶ Vigo (2004), p. 13.

⁷ Cunha Ferraz (1986), p. 22.

De esa manera, las normas no son textos ni el conjunto de ellos, sino los sentidos construidos a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. De allí que se afirma que los dispositivos se constituyen en objeto de la interpretación; y las normas en su resultado⁸. La interpretación del Derecho es la operación intelectual por medio de la cual, a partir del lenguaje vertido en disposiciones (enunciados) con fuerza normativa, el operador del Derecho llega a determinado y específico contenido⁹.

El texto no existe en sí mismo. El texto no tiene control absoluto sobre la interpretación que le será dada. La norma es constituida por el intérprete, en el transcurso del proceso de concreción del derecho¹⁰, o sea, concreción de la norma es *construcción* de la norma¹¹. La norma jurídica sólo se mueve ante un hecho concreto, por la acción del aplicador del derecho, que es el intermediario entre la norma y los hechos de la vida.

Por otro lado, el intérprete constitucional no puede dar sentido de forma arbitraria a los textos, pues texto y norma no están separados¹². Texto normativo y norma son cosas distintas, mas no separadas –en el sentido de que uno pueda existir sin el otro–. En este sentido, Karl Engisch destaca que la concreción del derecho significa orientación del derecho a lo real y no la “imposición del derecho a la realidad y tendencia a una realidad a estructurar”¹³.

Así, el intérprete no debe “extraer” el sentido que estaría “contenido” en el texto, pues los sentidos no están acoplados al texto, listos para ser desacoplados como quería la hermenéutica clásica y como quiere, aún hoy, buena parte de los juristas que buscan la inserción en ese complejo terreno que es la hermenéutica¹⁴.

Algunos estudiosos ven en la interpretación un carácter puramente cognoscitivo. Pero otra corriente del pensamiento, la cual es adoptada en este estudio, entiende que la interpretación implica

⁸ Ávila (2007), p. 30.

⁹ Ramos Tavares (2007), p. 77.

¹⁰ Grau (2006), p. 29.

¹¹ Müller (2008), p. 231.

¹² Sant’Ana Pedra (2008b), p. 12.

¹³ Engisch (2004), p. 177.

¹⁴ Streck (2004), p. 153.

un juicio decisorio, dentro de una esfera de decisiones viables¹⁵, y, por eso, la interpretación del derecho es constitutiva y no meramente declaratoria.

Y, como la interpretación es una elección entre varias opciones¹⁶, la interpretación solo puede ser considerada como siendo la más adecuada dentro de un dado contexto. En ese sentido, el caso concreto gana relevo¹⁷, pues refleja una nueva situación en que el intérprete jurídico tiene que renovar la efectividad de la norma. Según Hans-Georg Gadamer, el intérprete jurídico no puede sujetarse a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario, está obligado a admitir que las circunstancias fueron siendo mudadas y que, por lo consiguiente, tiene que determinar de nuevo la función normativa de la ley¹⁸.

Esto ocurre porque la interpretación no persigue *el* sentido, sino *uno de los* sentidos, el cual deberá ser contextualmente posible y adecuado. Esa posibilidad de múltiples interpretaciones viabiliza la evolución de la norma aún cuando el texto permanezca.

III. Concreción constitucional

El carácter abierto y amplio de la Constitución exige mayor atención a la interpretación constitucional. La hermenéutica enseña al intérprete que las directivas de acción y las proposiciones valorativas, contenidas en los preceptos jurídicos, solo pueden ser cabalmente comprendidas e inteligidas cuando se aplican a situaciones concretas¹⁹.

Como destaca Konrad Hesse²⁰, la interpretación es fundamental para el derecho constitucional, pues, en razón del carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpreta-

¹⁵ Ribeiro Bastos (2002), p. 263.

¹⁶ Ribeiro Bastos y Meyer-Pflug (2007), p. 155.

¹⁷ Sant'Ana Pedra 2008b), p. 9.

¹⁸ Queiroz (2000), p. 151.

¹⁹ Queiroz (2000), p. 151.

²⁰ Hesse (1992), p. 34.

ción surgen con mayor frecuencia en éste que en otros sectores del ordenamiento jurídico cuyas normas son más detalladas.

Todas estas características de las normas constitucionales exigen que la actividad del intérprete ocurra en el campo de la “nueva hermenéutica” constitucional. En este sentido, la concreción²¹ normativa es una exigencia de la abertura constitucional.

La Constitución abierta es una característica de las sociedades complejas, porque, delante de la multiplicidad de los problemas que pueden surgir, la Constitución necesita de soluciones para acompañar este casuístico problemático, y, por eso, el contenido de esas normas necesita ser objeto de concreción²². Para Konrad Hesse,

la interpretación constitucional es “concretización” (Konkretisierung). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata. En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma²³.

Mientras en la hermenéutica tradicional la interpretación era comprendida apenas como el develamiento del sentido del texto normativo, en la concreción el proceso interpretativo no es tan sólo cognitivo, sino fundamentalmente volitivo, creativo²⁴. En este sentido el derecho es esencialmente voluntarista, vale decir, necesita de la voluntad del intérprete²⁵.

La concreción es la propia elaboración de una norma jurídica general que no existe (aún) antes del caso concreto. En virtud de

²¹ Debe registrarse aquí la necesidad de distinguir entre *concreción* (o *concretización*) y *eficacia social* o *eficacia jurídica*. Cf. Adeodato (2006), p. 245.

²² Sant’Ana Pedra (2011), p. 236.

²³ Hesse (1992), p. 40-41.

²⁴ Ramos Tavares (2006), p. 60.

²⁵ Ribeiro Bastos (2002), p. 47.

eso, es posible decir que toda concreción constitucional es perfeccionadora y creativa²⁶ y que la norma es *construída*, por el intérprete, en el proceso de *concretización* del derecho²⁷. Así, de acuerdo con la teoría estructurante del derecho, la concreción quiere decir la producción de una norma jurídica general en el marco de la solución de un caso determinado²⁸.

Por eso Friedrich Müller dice que la *teoría estructurante del derecho* no es sólo una nueva concepción, sino que además es una concepción innovadora de la teoría del derecho. Ella resulta, por primera vez, de un *concepto pos-positivista de norma jurídica*²⁹. La norma jurídica se encuentra lista en los textos normativos, pero solamente será producida en cada proceso particular de solución jurídica de un caso. Así, escribe Friedrich Müller:

*“Concretizar” no significa aquí, por lo consiguiente, a la manera del positivismo antiguo, interpretar, aplicar, subsumir silogísticamente y concluir. Tampoco, como en el positivismo sistematizado de la última fase de Kelsen, “individualizar” una norma jurídica genérica codificada en la dirección del caso individual “más restricto”. Muy por el contrario, “concretizar” significa: producir delante de la provocación por el caso de conflicto social, que exige una solución jurídica, la norma jurídica defendible para ese caso en el marco de una democracia y de un Estado de Derecho*³⁰.

A pesar de la pretensión de sucesión del término “interpretación” por el término “concreción” (o “concretización”), como desea Friedrich Müller, es posible continuar el empleo del término interpretación, siempre que sea comprendido en su sentido “moderno”, de concreción, en oposición al tradicional³¹.

²⁶ Bonavides (2003), p. 504.

²⁷ Grau (2006), p. 77-78.

²⁸ Alflen da Silva (2000), p. 422.

²⁹ Müller (2007), p. 161.

³⁰ Müller (2007), p. 150.

³¹ Ramos Tavares (2008), p. 16.

La *metódica estructurante* de Friedrich Müller es formada por tres elementos, a saber: (i) el *programa normativo*, (ii) el *ámbito normativo* y (iii) la *norma de decisión*. Según el *método concretista*³² de Friedrich Müller³³, hay una superación de la tensión dialéctica entre conservación de la Constitución formal y mutación, no existiendo identidad entre la norma y el texto de la norma.

Siempre que los juristas hablan y escriben acerca de “la” Constitución entienden por tal el texto de ésta; cuando hablan de “la” ley entienden por tal su tenor literal. Por el contrario, la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica ha llevado a destacar la realidad fundamental de la diferencia entre norma y texto de la norma. El tenor literal de una prescripción de Derecho positivo resulta ser tan sólo la “punta del témpano”³⁴.

La teoría estructurante del derecho considera como normativos aquellos elementos que confieren una dirección al proceso decisorio, o sea, elementos sin los cuales el caso sería decidido de manera diferente. Esos elementos constituyen el *programa de la norma* (datos lingüísticos) y el *ámbito de la norma* (datos reales).

El *programa normativo* representa el análisis del texto normativo (elemento lingüístico). El programa normativo es el resultado de la interpretación del texto normativo, o sea, lo que es expresado por el tenor literal bien como todos los recursos interpretativos auxiliares, y se forma a partir de los datos de la lengua. Así, para Friedrich Müller,

³² En las palabras del propio autor, “se puede decir, en caso que se quiera, ‘concretista’. Eso expresa, creo yo, lo mismo que cuando llamé mi *Teoría y metódica del derecho* de ‘realista.’” Cf. Müller (2007), p. 271.

³³ Paulo Bonavides escribe que el método concretista de Friedrich Müller “tiene su base medular o inspiración mayor en la tópica”. Cf. Bonavides (2003), p. 498. Pero el propio Friedrich Müller contesta esta visión: “no estoy de acuerdo con Paulo Bonavides cuando él afirma poseer mi posición una ‘inspiración tópica.’” Cf. Müller (2007), p. 272.

³⁴ Müller (2006), p. 235.

*el programa normativo es elaborado por medio de todas las determinantes de la concreción de las leyes, reconocidas como legítimas, como tratamiento del texto de la norma desde las ya mencionadas interpretaciones gramaticales, genéticas, históricas y sistemáticas, hasta las figuras interpretativas específicas de las grandes áreas del derecho penal, del derecho civil, de la historia del derecho y del derecho comparado*³⁵.

Como se trata de uno de los elementos que se destinan a alcanzar la norma de decisión, el programa de la norma constituye un resultado intermediario y provisorio de la interpretación de todos los datos lingüísticos³⁶.

El *ámbito normativo* (o dominio normativo) engloba las interferencias provocadas en la norma por la realidad (elemento empírico). Se trata de un concepto³⁷ a ser determinado estructuralmente y se refiere a las partes integrantes de la normatividad que son co-constitutivas de la norma. Según la lección de Friedrich Müller, el ámbito normativo es:

*el segmento de la realidad social en su estructura fundamental que para sí ha “escogido” el programa de la norma como su ámbito de regulación o ha creado parcialmente desde el principio (como sucede en gran parte con las prescripciones relativas a las formalidades y con otras similares). El ámbito de la norma puede estar engendrado por el Derecho (prescripciones acerca de plazos, términos, formalidades, reglas acerca de instituciones y de procedimiento, etc.) o no estarlo*³⁸.

Aclara además Friedrich Müller³⁹ que el ámbito normativo no es un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión de

³⁵ Müller (2007), p. 224.

³⁶ Müller (2007), p. 162.

³⁷ Sobre las dificultades de comprensión del concepto de “ámbito de la norma”, ver Afonso da Silva (2009), p. 87, que escribe: “No es tarea fácil entender exactamente la forma como la ‘realidad social’ es introducida en la aplicación del derecho según la teoría de Müller, o sea, cuáles serían exactamente el concepto y la aplicación del llamado ‘ámbito de la norma’, que diferenciaría su teoría de otras teorías del derecho”.

³⁸ Müller (2006), p. 241.

³⁹ Müller (1989), p. 123.

elementos estructurantes extraídos de la realidad social a partir de la perspectiva selectiva y valorativa del programa de la norma.

El ámbito de la norma está formado por la influencia de la perspectiva valorativa del *programa de la norma* a partir del *ámbito material* o del *ámbito del caso*. En estos términos, Marcelo Neves anota que el ámbito de la norma importa una función selectiva ante los ámbitos de la materia y del caso⁴⁰. El *ámbito material* designa la totalidad de las hipótesis sobre la cuestión de hecho inicialmente introducidas de forma asociativa para fines de narrativa del caso. Además, el *ámbito del caso* representa un recorte de este *ámbito material*. Así, de acuerdo con Friedrich Müller, con la distinción entre ámbito material y ámbito de la norma queda descartada la *fuerza normativa de lo fáctico* como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos⁴¹. En el Estado Democrático de Derecho, no puede existir la *fuerza normativa de lo fáctico*, mas sólo hechos *relevantes* para el programa de la norma y *conformes* al programa de la norma pueden co-determinar el contenido de la decisión.⁴²

Saber hasta qué punto la interpretación y la aplicación del derecho pueden apoyarse en la facticidad social y en resultados de la pesquisa sociológica –sin errar el blanco de la normatividad del derecho– debe ser visto como un problema de metodología jurídica. Friedrich Müller advierte qué aspectos de la realidad social solo pueden entrar en la dogmática y metódica jurídicas en el interés de la normatividad jurídica, al servicio de la racionalidad específicamente jurídica en vinculación a la norma⁴³.

Esta visión supera aquella kelseniana, para la cual “derecho y realidad, norma y segmento normatizado de la realidad aparecen yuxtapuestos ‘en sí’ sin se relacionaren”⁴⁴, como resalta Friedrich Müller. En la perspectiva kelseniana, uno no precisa del otro y ambos solo se encuentran en el camino de la subsunción del soporte fáctico, de una aplicación de la prescripción.

⁴⁰ Neves (2007), p. 85.

⁴¹ Müller (2007), p. 30.

⁴² Müller (2007), p. 154.

⁴³ Müller (2008), p. 35. Ver también: Müller (2007), p. 58.

⁴⁴ Müller (2008), p. 18. Ver también: Müller (2007), p. 42.

El método normativo-estructurante presupone la existencia de una implicación necesaria entre el programa normativo y el ámbito normativo, o sea, un nexo entre los preceptos jurídicos y la realidad que ellos intentan regular, una vinculación tan estricta que la propia normatividad, tradicionalmente vista como atributo esencial de los comandos jurídicos, parece haberse evadido de los textos para buscar apoyo fuera del ordenamiento⁴⁵. La estructura de la norma señala la conexión entre el programa de la norma y el ámbito de la norma y, por eso, la norma solo puede comprenderse como una articulación de estas dos dimensiones⁴⁶.

En la decisión siempre se tiene la posibilidad de optar entre alternativas semánticas distintas, pero esa posibilidad necesita satisfacer las particularidades y las exigencias normativas de cada caso concreto. Se puede decir, así, que la interpretación del derecho no es una actividad del conocimiento, sino constitutiva, y, por lo tanto, decisoria⁴⁷; pues la norma objeto de la interpretación no se confunde con el texto, sino se presenta como resultado de un trabajo de construcción.

La *norma de decisión* constituye la solución del problema concreto presentado, dentro de los parámetros jurídicos. En las palabras de Friedrich Müller, “la norma de decisión es el estado de agregación más individualizado de la norma jurídica, y no una entidad autónoma situada al lado de ella”⁴⁸. Y más aún agrega:

*La concreción es, realísticamente considerada, la construcción de la norma jurídica en el caso concreto. La norma jurídica no existe, como vimos, ante casum, sino se construye in casu. La norma es la formulación general de la decisión jurídica; la formulación individual (esto es, el tenor de la decisión) se llama norma de decisión*⁴⁹.

⁴⁵ Ferreira Mendes *et al* (2008), p. 106.

⁴⁶ Gomes Canotilho (2002), p. 1200.

⁴⁷ grau (2006), p. 66.

⁴⁸ Müller (2008), p. 148.

⁴⁹ Müller (2007), p. 162.

La concreción implica un caminar del *texto de la norma* para la *norma concreta*. La concreción se realiza en el paso siguiente, cuando es creada la *norma de decisión*, apta a dar solución al caso concreto. “Por eso dicen algunos autores que interpretación y concreción son distintas entre sí – a lo que contesto, para sustentar que no existe, hoy, interpretación del derecho sin concreción. Esta es, pues, la última etapa de aquella”⁵⁰.

IV. Concreción y mutación constitucional

Muchas normas constitucionales presentan un elenco de posibilidades semánticas y, como dice Laurence H. Tribe, “los jueces deben entonces hacer escogencias entre las diferentes interpretaciones de la Constitución”⁵¹. Eso sucede porque el texto prevé varias opciones a ser utilizadas en el momento de la aplicación de la Constitución y las circunstancias de cada caso concreto van a determinar cual, entre esas opciones semánticas, debe ser utilizada por el intérprete⁵².

El intérprete tiene presente los diferentes significados posibles de un texto y busca encontrar aquel que sería más adecuado al caso presentado. Karl Larenz escribe que el intérprete hace una opción “entre diferentes posibilidades de interpretación. ‘Interpretar’ un texto quiere decir, por lo tanto, decidirse por una entre muchas posibles interpretaciones”⁵³. A este respecto, anota Jerzy Wróblewski:

No hay más razones teóricas para sustentar la tesis de la única interpretación correcta en el dominio de las reglas constitucionales que las existentes para otras reglas legales y en favor de esa tesis funcionan las mismas razones ideológicas. El conocimiento de las razones teóricas para rechazar la tesis en cuestión permite una clara visión de la rele-

⁵⁰ Grau (2006), p. 29 y 79.

⁵¹ Tribe (1986), p. vii.

⁵² Almeida Filho (2008), p. 189.

⁵³ Larenz (1997), p. 283.

*vancia general de las decisiones interpretativas en lo que concierne a las reglas constitucionales*⁵⁴.

La multiplicidad semántica no trae consigo los criterios necesarios para hacer una elección metódica normativamente adecuada. Y, como la normatividad surge tan solo en el proceso de concreción, la mutación constitucional pasa a ser vista como una dimensión de la realización de la norma. En ese sentido, toda norma sería esencialmente mutante⁵⁵.

*La “concretización” del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la “realidad” que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias – con frecuencia conformadas ya jurídicamente – integran el “ámbito normativo”, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el “programa normativo” es levado a parte integrante del contenido normativo. Puesto que estas singularidades, y con ellas el “ámbito normativo”, se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la “concretización” de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el “programa normativo”) continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una mutación constitucional constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez*⁵⁶.

Se constata así el fenómeno de las mutaciones constitucionales como una constante en la vida de los Estados, y las constituciones, como *organismos vivos* que son, acompañan la evolución de las circunstancias políticas, económicas⁵⁷ y sociales⁵⁸.

⁵⁴ Wróblewski (1985), p. 91.

⁵⁵ Sant'Ana Pedra (2005), p. 156.

⁵⁶ Hesse (1992), p. 28.

⁵⁷ Lammêgo Bulos (1997), p. 57.

⁵⁸ Fabriz (2006), p. 18.

La mutación constitucional parte del presupuesto básico indispensable de que es preciso que exista una norma constitucional debidamente concretizada para que ésta sea objeto de mutación. En otras palabras, las mutaciones constitucionales son las alteraciones semánticas de los preceptos de la Constitución, en consecuencia de las modificaciones del punto de vista histórico-social o fáctico-axiológico en que se concretiza su aplicación⁵⁹.

En este sentido, conviene traer un emblemático ejemplo de mutación constitucional que ocurrió en los Estados Unidos de América en razón de alteraciones históricas suscitadas en el ámbito de la norma.

La Constitución norteamericana (Enmienda XIV) establece que ningún Estado puede negar a cualquier persona bajo su jurisdicción igual protección de las leyes⁶⁰. En 1896, al juzgar el caso *Plessy versus Ferguson*⁶¹, la Suprema Corte hizo una concreción de la “cláusula de igual protección” de la Enmienda XIV, al entender que sería posible una separación igualitaria. Con eso, se estableció, en los Estados Unidos de América, la doctrina “*separate but equal*” (“*separados pero iguales*”), que vino a endosar la segregación racial practicada en diversos Estados norteamericanos.

Es necesario comprender el contexto en que la decisión del caso *Plessy versus Ferguson* fue tomada. Se debe destacar que la versión original de la Constitución norteamericana, de 1787, permitía al régimen de la esclavitud (sección 2 del artículo 1º) y la Su-

⁵⁹ Ferreira Mendes *et al* (2008), p. 130.

⁶⁰ *In verbis*: “[...] nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (“[...] ni negar a cualquier persona en su jurisdicción la igual protección de las leyes”).

⁶¹ La Suprema Corte norteamericana entendió que la ley del Estado de Louisiana que determinaba vagones específicos para negros no contrariaba la Enmienda XIII (abolición de la esclavitud) ni la Enmienda XIV (igual protección de las leyes), porque esta ley estadual se basaba en la condición de igualdad entre blancos y negros, aunque que deberían permanecer separados. Según este entendimiento segregacionista, al disponer transporte a los negros en vagones de trenes iguales a los utilizados por los blancos, no había tratamiento desigual, razón por la cual sería posible apartarlos sin que hubiera violación de la Constitución norteamericana.

prema Corte llegó a negar la condición de ciudadano a un esclavo en el juicio del caso *Dred Scott versus Sandford*⁶², en 1857. Esta decisión contribuyó a irritar los ánimos entre los Estados del sur – esclavistas y agrarios– y los del norte –antiesclavistas e industriales –, lo que culminó en la Guerra Civil, también conocida como Guerra de Secesión. La decisión de la Suprema Corte también apresuró la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos de América, lo que ocurrió en el año de 1865, con la Enmienda XIII. En aquella época, los negros eran largamente discriminados en la sociedad y la decisión de la Suprema Corte en el caso *Plessy versus Ferguson* procuraba apartar blancos y negros con el fin de evitar la ocurrencia de mayores conflictos. En razón de eso –y sin valorar aquí los fundamentos de esta decisión–, la segregación racial ocurrió con la aquiescencia de los poderes estatales.

Pero con la evolución de la sociedad norteamericana y con la actuación de grupos de presión⁶³, este escenario se modificó y, con

⁶² El Congreso Nacional norteamericano aprobó, en 1850, el *Missouri Compromise Act*, que abolía la esclavitud en los nuevos territorios. Conviene recordar que, a mediados del siglo XIX, los Estados Unidos de América estaban en plena expansión territorial, sea por compra, guerra, anexión o conquista. Las nuevas tierras eran incorporadas en la condición de territorio federal y pasaban a la condición de Estado bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Y, como eran territorios federales, eran regidos por la legislación federal. En este escenario, el esclavo Dred Scott fue llevado por su señor del Estado de Missouri – donde la esclavitud era admitida – para territorio federal donde la esclavitud había sido abolida. En éste territorio federal, Dred Scott pleiteó su libertad con base al citado *Missouri Compromise Act*. Pero el *Chief Justice* Roger Taney decidió por la inconstitucionalidad de éste acto legislativo federal que aseguraba la libertad de los negros en los nuevos territorios federales. La Suprema Corte entendió que el Congreso no tenía poderes para abolir la esclavitud y que un esclavo no podía ser considerado ciudadano, careciendo de legitimidad activa para pleitear en juicio su propia libertad. Abstrayéndose el contexto y la época en que fue proferida, esta decisión configura una página negativa en la historia de la Suprema Corte norteamericana.

⁶³ Conviene considerar el movimiento de los derechos civiles, liderado por Martin Luther King Jr. En este mismo contexto histórico, en diciembre de 1955, y bajo una legislación segregacionista, Rosa Parks fue presa en Montgomery, Alabama, Estados Unidos de la América, porque se

él, el ámbito normativo, lo que hizo que también se modificase los resultados de la concreción. En este contexto, en 1954, al juzgar el caso *Brown versus Board of Education of Topeka*⁶⁴, la Suprema Corte consideró inconstitucional la segregación racial en las escuelas de los Estados Unidos de América, decisión que puso fin a la doctrina “*separate but equal*” y se tornó un marco en la política de integración racial. Sobre este caso, José Joaquim Gomes Canotilho escribe que

el problema que se debatió largamente en los tribunales americanos fue el de saber si el principio de la igual protección era compatible con la segregación racial en las escuelas públicas. La respuesta fue sí: es compatible con el principio de la igualdad la doctrina “separate but equal”. Hasta que... Hasta que en el caso del epígrafe, el juez Warren registró en términos paradigmáticos un nuevo candidato positivo del corpus constitucional – la integración racial en las escuelas públicas como principio constitucional: “Nosotros concluimos que, en el campo de la enseñanza pública, no tiene lugar la doctrina ‘separate but equal’. Políticas educacionales segregacionistas son inherentemente desiguales”⁶⁵.

La Corte Warren⁶⁶ entendió que la doctrina “*separate but equal*” no se sustentaba, pues la segregación practicada en las escuelas no propiciaba a los niños del “grupo minoritario” las mismas oportunidades educacionales y, también, causaba a este grupo una sensación de inferioridad que le afectaba la motivación de aprender.

negó a ceder su asiento en un autobús a un hombre blanco, lo que desencadenó un boicot al transporte público de aquella ciudad.

⁶⁴ Aunque hubiese escuelas más cerca de su casa, Linda Brown, niña negra de 8 años de edad, tenía que cruzar la ciudad de Topeka (Kansas) para asistir a las clases en una escuela pública. Las escuelas próximas a su casa no aceptaban a Linda Brown como alumna porque eran destinadas exclusivamente a niños de color blanco.

⁶⁵ Gomes Canotilho (2002), p. 1121.

⁶⁶ La Suprema Corte era así llamada porque era presidida por el *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969). Es de la tradición del derecho constitucional norteamericano identificar nominalmente la Suprema Corte por su respectivo presidente.

Ronald Dworkin anota que la Suprema Corte siguió la política del activismo en detrimento de la política de la moderación en casos como los que envuelven la segregación porque los términos de la cláusula de igual protección dejan abierta la cuestión de saber si las diferentes prácticas educacionales de los Estados violan o no la Constitución⁶⁷. Bajo la vigencia de un mismo texto constitucional, el tratamiento dado a los negros evolucionó de una segregación hacia una no segregación, en razón de mudanzas históricas habidas en el contexto social norteamericano, que llevaron a creer que la segregación racial implica, necesariamente, una desigualdad, lo que es vedado por la propia Enmienda XIV.

Otro ejemplo de interés, ocurrido en derecho constitucional brasileño, bajo la vigencia de la Constitución anterior, se refiere a la posibilidad de corregir monetariamente las deudas de cualquier especie independientemente de previsión de ley. Fue a través de construcción pretoriana, anticipándose al legislador, que se dispensó la previa autorización legal para su aplicación. Esto ocurrió porque el fenómeno de la inflación impuso una nueva visión acerca del principio de la legalidad, ocurriendo, así, una mutación constitucional⁶⁸. En un primer momento, cuando la corrosión de la moneda no era extrema, el Supremo Tribunal Federal brasileño afirmaba que “la corrección monetaria solamente puede ocurrir con autorización legal”⁶⁹. Sin embargo, más tarde, cuando el problema inflacionario se agravó, el Supremo Tribunal Federal pasó a entender que el principio de la legalidad no colide con la corrección monetaria sin ley expresa en los casos de deuda de valor⁷⁰.

⁶⁷ Dworkin (1978), p. 137.

⁶⁸ Ferreira Mendes *et al* (2008), p. 230.

⁶⁹ Recurso Extraordinario RE 74.655. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Segunda Turma, Relator Min. Bilac Pinto, Fecha decisión: 27/03/1973, DJ 01/06/1973. No obstante, el ministro relator hace la enmienda de que “tal regla, sin duda, comporta dos excepciones: cuando se trate de actualización de valores, en materia de accidente de trabajo o en los casos de responsabilidad civil, por accidente, cuando la indemnización tenga carácter alimentario”.

⁷⁰ Recurso Extraordinario RE 104.930. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Primera Turma, Relator Min. Rafael Mayer, Fecha decisión: 23/04/1985, DJ 10/05/1985.

Otro ejemplo de mutación constitucional en el derecho brasileño se refiere a la interpretación del tratamiento que la Constitución da a la infidelidad partidaria. El razonamiento anterior del Supremo Tribunal Federal, expresado en las decisiones paradigmáticas proferidas en los mandatos de seguridad (*mandados de segurança*) MS 20.916⁷¹ y MS 20.927⁷², era que no había imposición de fidelidad partidaria para los detentores de cargos electivos. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal modificó su razonamiento anteriormente establecido y pasó a considerar constitucionalmente admitida la pérdida del mandato en virtud de infidelidad partidaria, lo que ocurrió en las decisiones proferidas en los mandatos de seguridad MS 26.602⁷³, MS 26.603⁷⁴ e MS 26.604⁷⁵. De acuerdo con este nuevo entendimiento del Supremo Tribunal Federal brasileño, el parlamentario infiel se podrá defender ante la Justicia Electoral, mas el tráfuga perderá su mandato político en caso de que los motivos de su salida del partido no sean legítimos⁷⁶.

En verdad, siempre hubo, en la Excelsa Corte brasileña, divergencias de pensamiento procedentes de diferentes interpretaciones que pueden ser extraídas a partir del texto constitucional⁷⁷. Toda-

⁷¹ Mandato de Seguridad MS 20.916. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Pleno, Relator para la sentencia Min. Sepúlveda Pertenece, Fecha decisión: 11/10/1989, DJ 26/03/1993.

⁷² Mandato de Seguridad MS 20.927. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Pleno, Relator Min. Moreira Alves, Fecha decisión: 11/10/1989, DJ 15/04/1994.

⁷³ Mandato de Seguridad MS 26.602. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Pleno, Relator Min. Eros Grau, Fecha decisión: 04/10/2007, DJ 17/10/2008.

⁷⁴ Mandato de Seguridad MS 26.603. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Pleno, Relator Min. Celso de Mello, Fecha decisión: 04/10/2007, DJ 19/12/2008.

⁷⁵ Mandato de Seguridad MS 26.604. Supremo Tribunal Federal, Órgano juzgador: Pleno, Relator Min. Carmen Lucia, Fecha decisión: 04/10/2007, DJ 03/10/2008.

⁷⁶ Existen hipótesis excluyentes de infidelidad partidaria, como v.g. mudanza significativa de orientación programática del partido y persecución política dentro del partido que abandonó.

⁷⁷ Para un análisis más detenido de esta mutación constitucional, consulte: Sant'Ana Pedra (2008a), p. 207-249.

vía, hoy en día, prevalece el entendimiento en favor de la fidelidad partidaria. Esta mudanza de entendimiento del Supremo Tribunal Federal puede ser atribuida no solo porque su composición fue alterada, sino también, y principalmente, porque ocurrieron mudanzas en el ámbito de la norma⁷⁸. La decisión de 1989, a pesar de ocurrir bajo la vigencia de la actual Constitución⁷⁹, surgió dentro de un contexto que llevó la Enmienda Constitucional n° 25/1985 a revocar la hipótesis de pérdida del mandato por infidelidad partidaria en la Constitución pasada. Debe ser recordado que la fidelidad partidaria fue un instrumento utilizado por el gobierno militar para asegurar la mayoría en el Congreso Nacional brasileño. Antes de tal revocación, el partido en el poder utilizaba la fidelidad partidaria para v.g. no perder los parlamentarios “biónicos” –y sus votos– para el partido de la oposición.

Aunque un intervalo de poco más de veinte años de vigencia de la Constitución brasileña de 1988 no sea largo o suficiente para que sean identificadas muchas mudanzas significativas en la realidad social brasileña, es posible percibir la ocurrencia de algunas mutaciones constitucionales.

A partir de la observación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, se puede verificar la ocurrencia de una interpretación evolutiva⁸⁰, con la reconstrucción del derecho constitucional dinámicamente, de acuerdo a las exigencias de la realidad social cambiante⁸¹. André Ramos Tavares coloca que la interpretación evolutiva

⁷⁸ En verdad, el propio ámbito normativo influencia en la renovación de la composición de la Corte.

⁷⁹ A esto se suma que la decisión de 1989, que orientaba el razonamiento predominante hasta entonces, se basaba en un pleito ocurrido el 15/11/1986, o sea, antes de la Constitución brasileña vigente, promulgada el 05/10/1988.

⁸⁰ A este respecto, véase: Sant'Ana Pedra (2008d), p. 187-202, donde es analizada la evolución de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño envolviendo (1) los derechos fundamentales de extranjeros no residentes, (2) el concepto de hogar, (3) la progresión del régimen de cumplimiento de la pena para los condenados por crímenes horribles, (4) la extradición y conmutación de la pena de prisión perpetua, y (5) el mandato de injunción.

⁸¹ Sant'Ana Pedra (2009), p. 395-414.

se muestra extremadamente adecuada a las Constituciones que, como la brasileña y la mayoría de las constituciones actuales, contemplan en sí finalidades distintas, absolutamente diversas⁸². De esa forma, la preferencia por una u otra depende del momento histórico vivido.

V. Conclusión

La mutación constitucional (*Verfassungswandlungen*) consiste en un proceso informal de alteración de la Constitución, que no se encuentra previsto expresamente en el texto constitucional. Tal cambio informal ocurre mediante el desenvolvimiento de la norma, aunque el texto constitucional permanezca el mismo.

El fenómeno de la mutación constitucional es una constante en la vida de los Estados y ocurre porque la significación de la Constitución no es dada de antemano, ya que depende del contexto en el cual es concretizado. El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permearse la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas.

Actualmente apartada de su pasado preponderantemente político, la mutación constitucional dejó de funcionar como una influencia del mundo fáctico sobre la Constitución y se tornó legítima en la medida en que se mantiene en los marcos normativos establecidos por la Constitución.

El estudio permitió constatar la relación existente entre concreción y mutación constitucional. La comprensión de la teoría de la concreción es muy útil para entender el fenómeno de la mutación constitucional pues el análisis de los procesos informales de cambios en la Constitución y su relación con los cambios en la realidad deben ser hechas tomando en cuenta la estructura de la norma constitucional.

⁸² Ramos Tavares (2007), p. 86.

A pesar de que las circunstancias fácticas integren la concepción de la norma, esto no significa afirmar que la Constitución deba sucumbir a las fuerzas de las circunstancias de la realidad. La idea de Constitución normativa exige que las normas constitucionales sean responsables por conformar la realidad. En ese sentido, es indispensable aproximar el mundo fáctico y el mundo normativo a fin de que no haya cualquier mitigación a la supremacía de la Constitución, tomando en cuenta que lo fáctico no puede superar lo normativo.

VI. Bibliografía

- Adeodato, João Maurício (2006): *Ética e retórica* (São Paulo, Saraiva).
- Afonso da Silva, Virgílio (2009): *Direitos fundamentais* (São Paulo, Malheiros).
- Alflen da Silva, Kelly Susane (2000): *Hermenêutica jurídica e concretização judicial* (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris).
- Almeida Filho, Agassiz (2008): *Introdução ao direito constitucional* (Rio de Janeiro, Forense).
- Ávila, Humberto (2007): *Teoria dos princípios* (São Paulo, Malheiros).
- Bonavides, Paulo (2003): *Curso de direito constitucional* (São Paulo, Malheiros).
- Barros de Carvalho, Paulo (2006): *Direito tributário* (São Paulo, Saraiva).
- Cunha Ferraz, Anna Candida da (1986): *Processos informais de mudança da Constituição* (São Paulo, Max Limonad).
- Dworkin, Ronald (1978): *Taking rights seriously* (Cambridge, Harvard University).
- Engisch, Karl (2004): *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (Traducc. Juan José Gil Cremades, Granada, Comares).
- Fabriz, Daurý César (2006): "A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI", en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* (Año 1, N° 1), pp. 15-38.

- Ferreira Mendes, Gilmar; Mártires Coelho, Inocência; Gonet Branco, Paulo Gustavo (2008): *Curso de direito constitucional* (São Paulo, Saraiva).
- Gadamer, Hans-Georg (1999): *Verdade e método* (Traducc. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis, Vozes).
- Gomes Canotilho, José Joaquim (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição* (Coimbra, Almedina).
- Grau, Eros Roberto (2006): *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* (São Paulo, Malheiros).
- Guastini, Riccardo (2005): *Das fontes às normas* (Traducc. Edson BINI, São Paulo, Quartier Latin).
- Hesse, Konrad (1992): *Escritos de derecho constitucional* (Traducc. Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- Lammêgo Bulos, Uadi (1997): *Mutação constitucional* (São Paulo, Saraiva).
- Larenz, Karl (1997): *Metodologia da ciência do direito* (Traducc. José Lamego, Lisboa, Calouste Gulbenkian).
- Müller, Friedrich (2006): *Métodos de trabajo del derecho constitucional: fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico* (Traducc. Salvador Gómez de Arteche Y Catalina, Madrid, Marcial Pons).
- Müller, Friedrich (2007): *O novo paradigma do direito* (Traducc. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos santos, Tito Lívio Cruz Romão y Vivianne Geraldês Ferreira, São Paulo, RT).
- Müller, Friedrich (2008): *Teoria estruturante do direito* (Traducc. Peter Naumann y Eurides Avance de Souza, São Paulo, RT).
- Müller, Friedrich (1989): “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, Traducc. Luis Villacorta Mancebo, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 27, pp. 111-126.
- Neves, Marcelo (2007): *A constitucionalização simbólica* (São Paulo, Martins Fontes).
- Queiroz, Cristina (2000): *Interpretação constitucional e poder judicial* (Coimbra, Coimbra).
- Ramos Tavares, André Ramos (2008): “A teoria da concreti-

zação constitucional”, em *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* 7, pp. 13-30.

- Ramos Tavares, André Ramos (2007): *Curso de direito constitucional* (São Paulo, Saraiva).
- Ramos Tavares, André Ramos (2006): *Fronteiras da hermenêutica constitucional* (São Paulo, Método).
- Ribeiro Bastos, Celso (2002): *Hermenêutica e interpretação constitucional* (São Paulo, Celso Bastos).
- Ribeiro Bastos, Celso; Meyer-Pflug, Samantha (2007). “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”, em Afonso da Silva, Virgílio (org.) (2007): *Interpretação constitucional* (São Paulo, Malheiros).
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2005): *A Constituição viva* (Belo Horizonte, Mandamentos).
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2008a): “A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil”, em *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* 6, pp. 207-249.
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2008b): “A importância do concreto no processo interpretativo dos direitos fundamentais”, em *Depoimentos – Revista de Direito da FDV* 14, pp. 9-12.
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2008c): “A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição”, em *Revista de Direito Administrativo* 247, pp. 13-30.
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2008d): “Evolução de direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso: uma abordagem da jurisprudência do STF nos vinte anos da Constituição brasileira”, em Homem de Siqueira, Julio Pinheiro Faro; Costa Teixeira, Bruno; Castello Miguel, Paula (coord.) (2008): *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira* (Florianópolis, FDV/Boiteux).
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2011): “La inelegibilidad del analfabeto en Brasil: por una lectura más democrática”, em *Estudios Constitucionales* (Año 9, Nº 1), pp. 227-244.
- Sant'Ana Pedra, Adriano (2009): *Mutación constitucional de los derechos fundamentales y prohibición de retroceso*, en Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, Ideosa).

- Streck, Lenio Luiz (2004): “A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do ‘ontological turn’ ”, en *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 89, pp. 121-160.
- Tribe, Laurence (1986): *Constitutional choices* (Massachusetts, Harvard).
- Vigo, Rodolfo Luis (2004): *Interpretación constitucional* (Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot).
- Wróblewski, Jerzy (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Traducc. Arantxa Azurza, Madrid, Civitas).

