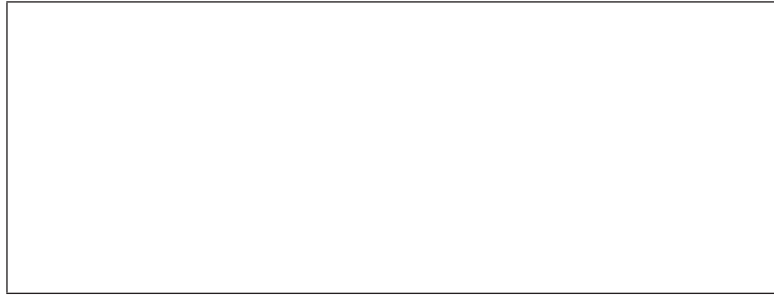


TRATADOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Actualidad y Perspectiva

TRATADOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Actualidad y Perspectiva



Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la fotocopia y el tratamiento informático.

© 2018, Editorial Albremática S.A.

Primera edición

ISBN

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Impreso en el mes de septiembre de 2018
en Dicodi S.R.L.
Carlos Tejedor 2815 - Munro,
Pcia. de Buenos Aires, Argentina.

Dr. Patricio Maraniello

Presidente AAJC

Dr. Alberto Lugones

Secretario General

Dr. Juan Antonio Rinaldi

Vicepresidente

Dr. Javier Barraza

Vicepresidente

Dra. Marta Paz

Vicepresidente

Dr. Federico Gallo Quintian

Vicepresidente

Dr. Sergio Morano

Tesorero

Dr. Rodolfo Facio - Vocal

Dr. Juan Rozas - Vocal

Dr. Pedro Parra - Vocal

Dr. Carlos Bedacarratz - Vocal

Rómulo Maraniello - Revisor de cuentas

Marianella Morel - Administración

Tamara Maraniello - Administración

La presente obra se edita en el marco del III Congreso Argentino de Justicia Constitucional “PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES”, la refundación del constitucionalismo moderno - 25° Aniversario del Pacto de Olivos.

(Vicente López, Buenos Aires - 2018)

ÍNDICE

Prólogo	13
---------------	----

CAPÍTULO INTRODUCTORIO PACTOS POLÍTICOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LA CONSOLIDACIÓN DE LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES

Los Pactos Políticos Nacionales e Internacionales y la consolidación de las libertades constitucionales	17
<i>Patricio Maraniello</i>	

CAPÍTULO I PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LA JUSTICIA TRANSNACIONAL

A 25 años del Pacto de Olivos: influencias de los comités en el constitucionalismo moderno y el diálogo interjudicial en aras de su expansión interamericana	29
<i>Federico Daniel Dangelo y Alejandro Hernán Spessot</i>	
La constitucionalización de los Derechos Humanos: Pactos Internacionales como verdaderos instrumentos jurídicos para proteger la privacidad en la era digital.....	41
<i>Yuliana Herrera Miranda de Souto y Ricardo Aparecido de Souto</i>	

CAPÍTULO II PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES, FAMILIA, GÉNERO, MINORIDAD Y PUEBLOS ORIGINARIOS

Femicidio vinculado y tratados internacionales.....	59
<i>Gabriela Vanesa Stefani</i>	
Femicidio, evolución y tratamiento actual en la normativa argentina. Incidencia de los tratados internacionales en su tipificación.....	67
<i>Ximena Morales</i>	
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, y utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en casos de violencia de género en la Justicia de la C.A.B.A.	79
<i>Marta Paz y Sebastián Brian Lowry</i>	

CAPÍTULO III
PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES
Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- La refundación del constitucionalismo moderno a 25° aniversario del Pacto de Olivos con especial referencia a la aplicación de los pactos en materia tributaria 119
Juan Waiszman
- Materialización del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Análisis comparativo entre Argentina y Colombia. 2018. Basado en el Informe “Freedom in the World Scores” (Freedom House)..... 131
José Darío Arguello Rueda
- El jefe de gabinete en las conversaciones previas al Pacto de Olivos. Vicente López como sede de entendimientos históricos..... 155
Juan Marcelo Gavaldá
- Pactos Nacionales e Internacionales y el Derecho del Administrado a ser tratado en condiciones de dignidad por parte de la Administración 169
Flavio Ismael Lowenrosen

CAPÍTULO IV
PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LOS SUJETOS
DE DERECHO NO HUMANO. DERECHO ANIMAL

- Régimen jurídico Internacional en materia de bienestar animal..... 191
Eva Maricel Wamba Ortiz
- El derecho de los seres sintientes no humanos a través del activismo judicial como reflejo de pactos nacionales e internacionales 209
Claudia Martínez Londoño y Alvaro Camargo Solano
- El impacto de los Pactos Nacionales e Internacionales y el cambio de paradigma jurídico de los Animales no Humanos 227
Hugo Zaragoza

CAPÍTULO V
PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES
Y DERECHOS HUMANOS

- Reflexões sobre os avanços legais do direito á educação: A busca da mudança pedagógica para os controversos reflexos na aplicação efetiva e ética do saber jurídico 233
Ricardo Aparecido de Souto y Raquel Cristina Ferraroni Sanches
- Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Justicia Constitucional. La tutela judicial efectiva como eje central del control de convencionalidad 251
Martín Leonardo Furchi

Tratados Internacionales de Derechos Humanos y límites materiales de reformas constitucionales.....	259
<i>Adriano Sant'Ana Pedra</i>	
El Derecho Procesal Constitucional como garantía de los Derechos Humanos.....	277
<i>Eduardo Andrés Velandia Canosa</i>	
Acción de protección colectiva de derechos fundamentales y protección constitucional.....	309
<i>Luis Andrés Cucarella Galiana</i>	
Un breve repaso por los principales derechos laborales, incorporados a través de Tratados Internacionales y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	335
<i>Juan Antonio Rinaldi</i>	
La Sala Constitucional de Costa Rica y el control de convencionalidad: algunos apuntes para la discusión.....	345
<i>Víctor Orozco Solano</i>	
La Convención Americana sobre Derechos Humanos: valor interno, diálogo judicial y resistencias nacionalistas	371
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
Derechos Humanos y los Tratados Internacionales: una materia a ser interpretada.....	385
<i>Joaquín Pablo Reca</i>	
La Corte Suprema Argentina en su laberinto. A propósito de la sentencia “Muiña”, que beneficia a un condenado por delitos de lesa humanidad. Los efectos políticos e institucionales del fallo.....	393
<i>Jorge O. Bercholz</i>	
Pacto de San José. Fuente integradora del Derecho Nacional.....	421
<i>Alfonso Jaime Martínez Lazcano</i>	
El impacto de las fuentes constitucionales y convencionales en la enseñanza y aprendizaje de la teoría del proceso	435
<i>Juan Angel Salinas Garza</i>	
El derecho al desarrollo en los pactos internacionales.....	451
<i>Luis Gerardo Rodríguez Lozano</i>	
El principio <i>pro homine</i> y la interpretación analógica in <i>bona partem</i> en relación con el art. 16 de la Ley Penal Tributaria	483
<i>Juan Manuel Álvarez Echagüe</i>	
Debido proceso sustantivo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	499
<i>Teresita Rendón Huerta Barrera</i>	

CAPÍTULO VI
PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES
Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Pactos nacionales e internacionales y nuevas tendencias.....	513
<i>Juan Marcelino González Garcete</i>	
Pactos nacionales e internaciones: nuevas tendencias. El reto de ser libres frente al desarrollo tecnológico: ¿un nuevo pacto comunitario?	519
<i>Gisela Zingaretti</i>	
Los tratados de derechos humanos en el mundo de la tecnología.....	551
<i>Juan Antonio Travieso</i>	
La jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales en América Latina	571
<i>Carlos D. Luque</i>	

CAPÍTULO VII
PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES
EN EL DERECHO AMBIENTAL

Uma reflexão sobre o direito humano dos refugiados ambientais diante dos pactos internacionais e da justiça constitucional ambiental	579
<i>Célia Teresinha Manzan</i>	
El Constitucionalismo Moderno y su evolución en materia ambiental en la República Argentina, como consecuencia del Pacto de Olivos, la Reforma Constitucional de 1994 y los Pactos Nacionales e Internacionales	597
<i>Maria Delia Pereiro de Grigaravicius</i>	
Los Pactos Internacionales y el Derecho Ambiental.....	611
<i>Honorio Guaschino</i>	
Hacia un pacto internacional vinculante aplicable a los contenidos y alcances de la responsabilidad social corporativa: la gestión del impacto ambiental, social y de los derechos humanos.....	615
<i>Eduardo Raúl Olivero</i>	
Protección del Medio Ambiente y Pactos Internacionales de Inversión.....	643
<i>Juan Bautista Justo</i>	

CAPÍTULO VIII
PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES
Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia. Apuntes para optimizar el diálogo jurisprudencial a nivel nacional e interamericano.....	673
<i>Alan E. Vargas Lima</i>	

Pactos nacionales e internacionales y la Justicia Constitucional en el ámbito del Derecho Aduanero vinculado a la prescripción de las penas	697
<i>Claudia Marinelli, Jorge Luis Tosi y Alejo Basualdo Moine</i>	
Supremacía constitucional y reforma constitucional.....	707
<i>Micaela Alarcón Gambarte</i>	
Pactos nacionales e internacionales y litigio estructural.....	725
<i>Mariana Catalano</i>	
Las fuentes del Derecho Migratorio Europeo y Francés: estudio sobre la combinación de los sistemas jurídicos internacional, supranacional y doméstico.....	735
<i>François Julien-Laferrrière</i>	
Aplicación hermenéutica de la Justicia Constitucional a la jurisdicción especial para la paz.....	755
<i>Jaime Alfonso Cubides Cárdenas y Angélica Grandas Ferrand</i>	
Revisión discrecional y proceso normativo, en la Corte Suprema de los Estados Unidos.....	765
<i>Peter J. Messitte</i>	
El amparo mexicano y la doctrina de la reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	781
<i>Karime Pérez Guzmán</i>	
La Convención Americana de Derechos Humanos y el sistema de enjuiciamiento criminal. Una revalorización del paradigma constitucional argentino	797
<i>Matías M. Deane</i>	
Constitucionalismos y derechos en los ámbitos nacional e internacional.....	803
<i>Ezequiel José Eiben Martín</i>	
La negación o el final del control de convencionalidad.....	819
<i>Alberto Hergott</i>	
El derecho a la tutela judicial efectiva en la Argentina y la reforma constitucional de 1994. Trascendencia de los tratados internacionales.....	831
<i>Juan Eduardo Fentanes</i>	

PRÓLOGO

Se cumplen 25 años de la firma del Pacto de Olivos, que marca un paso a la modernidad de nuestro contrato social. El inicio del nuevo constitucionalismo argentino atraviesa el espíritu del Tercer Congreso Argentino de Justicia Constitucional a realizarse realizado en la Ciudad de Vicente López en el mes de noviembre de 2018.

Es un honor para mí como Intendente del Municipio de Vicente López escribir estas líneas y participar en esta obra jurídica tan relevante. Por eso, en primer lugar, quiero agradecer a cada uno de los autores de este compendio constitucionalista, por darme la oportunidad de plasmar brevemente algunas consideraciones sobre uno de los acontecimientos cívicos políticos más trascendentes de los últimos tiempos de nuestra república.

La comunidad jurídica y política nacional comenzó a discutir lo que luego, en 1994, se cristalizó con la reforma de nuestra Carta Magna. Lo hizo impulsada por la solicitud que el entonces presidente Raúl Alfonsín realizará en 1986 al Consejo para la Consolidación de la Democracia para que se avocara al estudio de la posibilidad de reformar la Constitución Nacional. Allí, sostuvo que debía orientarse “al perfeccionamiento de la parte orgánica con el objeto de hacer más ágil y eficaz el funcionamiento de los diversos poderes del Estado y para la participación democrática, la descentralización institucional, el control de la gestión de las autoridades y el mejoramiento de la gestión pública”, en busca de consolidar nuestro régimen republicano y democrático.

De allí nacieron nuevas bases y lineamientos para una sociedad aggiornada y de estos tiempos, que reeditarán axiomas y pilares fundamentales para la consolidación de la continua construcción de una Nación.

Sería en vano negar que toda convención es perfectible; y que, por supuesto, entre los juristas nacionales contamos con voces conformes y otras con opiniones críticas o menos amigadas con los términos y alcances de plexo normativo. Más allá de eso, me parece interesante destacar aquellas cuestiones que como ciudadano y vecino de este maravilloso país me han interpelado y me han hecho sentir el progreso normativo de esta evolución constitucional.

En primer lugar, la incorporación de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos como norma superior a la ley ha sido de una magnitud única, ya que marca la consagración de una discusión social, atravesada por una triste y dolorosa historia que nos dejaron los gobiernos dictatoriales; el NUNCA MAS. A partir de ese momento, esa lucha pasó a contar con el respaldo y la fuerza de una Constitución que pone de manifiesto la supremacía que estos derechos tienen para todos nosotros y nuestro Estado.

Y, por otro lado, fue una señal al mundo que la Argentina había tomado la decisión de ser parte del contexto internacional moderno, conectado y entrelazado por normas jurídicas reconocidas y colocadas por encima del ordenamiento jurídico inter-

no, resaltando así un esfuerzo marcado a transmitir seguridad jurídica y previsibilidad normativa.

También creo importante resaltar el fortalecimiento de tres garantías constitucionales vitales para toda sociedad: el Habeas Corpus, el amparo y el Habeas Data. Ya ningún funcionario del Estado puede negarse a responder en tiempo concreto sobre la legalidad de una detención, la lesión de un derecho, o sobre la información que existe sobre una persona.

Si hay algo que debemos cuidar es nuestro suelo, nuestra tierra. Por eso, creo que el Derecho Ambiental es otro de los puntos destacados de esta reforma constitucional. Si bien nuestra generación no es la responsable del calentamiento global, es la única responsable de comenzar a cambiar el curso, por ser la última generación con oportunidad para hacerlo. Para que podamos vivir en armonía en este planeta que nos cobija, cada Nación y Estado debe estar comprometido para aportar desde su lugar a esta causa que nos une a nivel global.

En cuanto a la participación ciudadana cabe destacar la incorporación de la Iniciativa y Consulta Popular como mecanismos para fomentar la intervención de la sociedad en la construcción de una Nación democrática y su acercamiento con la política. La maduración social de nuestro país obligó a considerar la participación del pueblo de una forma mucho más gravitante e inmediata y es por eso por lo que, a partir de 1994, es custodiada desde el plexo normativo con mayor jerarquía. De esta forma, los ciudadanos cuentan con herramientas contundentes para hacer oír su voz.

Asimismo, es pertinente destacar la incorporación del Defensor del Pueblo como instancia automática para que cada ciudadano sea escuchado ante los avances indebidos del Estado. Por otro lado, se incorporó la Defensa del usuario, del consumidor y la competencia, para acompañar y defender a quienes más lo necesitan en esta sociedad nueva, ágil comercialmente y consumista.

En relación al impacto directo a cada uno de los ciudadanos dentro del concepto de los Derechos de Tercera y Cuarta Generación, resulta importante señalar aquellos que han sido traídos a la Constitución Nacional con el objeto de garantizar el desarrollo de mujeres y hombres que habitan el suelo argentino con dignidad, calidad de vida, respeto, dialogo y solidaridad, contemplando al ser humano en su universalidad como un todo y no meramente como individuos. Estos derechos solidarios, bucean en conceptos primordiales como derecho a La Paz, a la coexistencia pacífica, el entendimiento y la confianza, el uso de los avances de la ciencia y la tecnología, la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, el derecho a la independencia económica y política, y el patrimonio común de la sociedad, entre muchísimos otros.

Como Intendente Municipal, el reconocimiento de la autonomía de los Municipios representa la novedad que más he estudiado, por la responsabilidad del rol que me toca ejercer, pero también desde el pleno convencimiento de que la estructura federal de un país debe tener como pilar a los Estados municipales, por ser quienes mantienen la relación más fuerte y fluida con el vecino. Hoy en día, y

cada vez con más fuerza, ellos esperan de los municipios cada vez más respuestas y van adoptando a este nivel del Estado como el más idóneo para mantener un vínculo cercano.

La República Argentina cuenta con más de dos mil municipios en sus diversas formas, siendo este el dato más relevante para considerar a nuestro país como “municipal”. Y recibe toda lógica cuando unimos esta verdad con lo que en los albores de esta República nuestros próceres decidieron imponer para la forma de gobierno de nuestra nación: representativa, republicana y federal.

El Federalismo en su máxima expresión es más que la descentralización del poder central en unidades administrativas, son entidades fortalecidas y nutridas, capaces de brindarle a los vecinos la posibilidad de organizarse y de vivir en sociedad de forma digna, pacífica y con desarrollo.

La conceptualización mencionada surge de la interpretación conjunta de los Arts. 5 y el novel 123 de la Constitución Nacional, reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

La nueva Carta Magna, deja a las constituciones provinciales la adaptación de las autonomías municipales a las realidades concretas de cada provincia. Se reconoce la existencia del municipio como institución natural y necesaria, y se amplían las exigencias sobre el régimen municipal, el que ahora debe ser autónomo por imperio del artículo 123, pero con un alcance reglado por la misma constitución provincial.

El debate ha madurado, pero todavía queda mucho por trabajar. Sobre todo, en las pocas provincias que aún no han completado el proceso de incorporación de la autonomía municipal a sus Constituciones.

Es necesario seguir apostando a fortalecer a los Municipios con facultades y jurisdicciones fuertes, idóneas para dar respuesta a la mayor cantidad de demandas posibles, las que deben, por supuesto, estar en consonancia y armonía con los lineamientos de los gobiernos provinciales y el nacional, para poder así fortalecer los planes de una Nación sólidamente ordenada.

Considero con convencimiento que el principio de Subsidiariedad es aquel que debe primar en la materia a la hora de continuar con la descentralización de los Estados. Este principio establece que la autoridad más próxima al objeto del problema debe ser quien tenga la responsabilidad y facultad de resolverlo, tanto en su aspecto normativo, político, económico y social.

El continente europeo ha saldado la discusión en cuanto a la conveniencia de este principio para practicar de manera ordenada la descentralización de las mandas del Estado cuando por medio del Tratado de Maastricht, firmado en febrero de 1992, incorporo este concepto como pilar fundamental para el desarrollo de los países.

Tengo la satisfacción de administrar un municipio hace más de 6 años, que es mayor aun cuando los vecinos resaltan los logros que hemos conseguido tanto en las transformaciones alcanzadas como en las discusiones que hemos dado para lograr mejores resultados. Incluso en temas que aun dependen de los Estados nacional y provincial, y en conjunto con aquellos y el esfuerzo de los vecinos pudimos resolver.

Tratados Nacionales e Internacionales

Son muchas las problemáticas que hoy, por medio de la regulación normativa, los municipios deben administrar y resolver, pero también son muchas y trascendentes las que todavía faltan transferir a los distritos con sus recursos legales y financieros.

Confío en que la Autonomía Municipal será uno de los temas centrales en los tiempos venideros. Y que producto de la constatación empírica y fáctica, de la capacidad de los gobiernos locales para hacer frente a diversas problemáticas y con el acompañamiento del sentir de los vecinos, hará ineludible la consolidación de la autonomía que consagra la constitución.

Finalmente, estoy convencido que los ámbitos que propician encuentros como el Tercer Congreso Argentino de Justicia Constitucional favorecen para continuar constituyendo a la República, por medio de la discusión y reflexión de distintos temas con raigambre constitucional. Es por ello que culmino agradeciendo a la Asociación Argentina de Justicia Constitucional y en especial a su Presidente Dr. Patricio Maraniello por haber elegido a Vicente López para realizar este encuentro de tamaño magnitud.

*Jorge Macri*¹

¹ Intendente del partido de Vicente López, provincia de Buenos Aires.

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

PACTOS POLÍTICOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LA CONSOLIDACIÓN DE LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES

Los Pactos Políticos Nacionales e Internacionales y la consolidación de las libertades constitucionales

*Patricio Maraniello*¹

Sumario

Introducción; I. Pactos preexistentes a la Constitución Nacional; II. Consejo para la Consolidación de la Democracia; III. Dictamen de Comisión de Reforma Constitucional del Consejo Nacional del Partido Justicialista; IV. Pacto de Olivos de 1993; V. Ley de Declaración de la necesidad de reforma; VI. La ucronía del Pacto; VII. Núcleo de coincidencias básicas; VIII. El Pacto de Olivos entre la paz y la libertad; IX. A modo de reflexión final

Introducción

No hay libertad sin paz. Con ello queremos significar que toda alteración en las situaciones sociales, políticas y económicas que llegue a perjudicar la paz, nos lleva al camino ineludible de la restricción de las libertades.

La libertad es lo primero que se limita cuando un Estado atraviesa algún tipo de alteración de la paz interior y exterior. Entre las libertades que se restringen podemos mencionar a la libertad de circulación, de reunión, y de expresión, entre otras. En este punto debemos aclarar que muchas veces varios gobiernos se han extralimitado en esta restricción de las libertades, sobrepasando en sus objetivos que le dieron origen y los tiempos en su duración específica.

Ahora bien, la forma más sólida de llegar a una paz duradera es a través de Pactos, si la paz es interna los Pactos son Nacionales, y si la paz involucra dos o más Estados estaremos frente a una Paz Internacional o Regional si este último es realizado por países vecinos.

¿Pero cómo sabemos si los Pactos han cumplido en forma correcta su objetivo, es decir, si en ese momento o con posterioridad han logrado la Paz? Esta última tiene una extensión muy amplia, pues si el Pacto es comercial y si el mismo trajo aparejados be-

¹ Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Juez Federal Civil y Comercial. Profesor de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Co-Director del Posgrado de Especialización en Justicia Constitución en Universidad de Bolonia (Italia). Profesor de la Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Bolonia (Italia). Mail: pmaraniello@gmail.com

neficios económicos a la ciudadanía, ha logrado la Paz. Esta consecuencia la podemos transferir a todo tipo de pactos nacionales e internacionales, y de cualquier materia.

De modo contrario, si un Pacto no logra la Paz, ese Pacto se derrumbará sobre sus propios cimientos, sea en el mismo momento de sus firmas o con posterioridad. Quizás el tiempo sea el único testigo de todo ello, pero de lo que podemos estar seguros es que la Paz no lograda es germen de un problema o conflicto futuro.

Nuestro país, ha atravesado varios períodos de revoluciones, anarquismo y luchas sangrientas. Pero luego de ellas, lograda la Paz, ella se consolida con la firma de un Pacto, cuyo contenido da una solución al conflicto, y fija la base para un camino de progreso y beneficios para toda la sociedad.

Un incorrecto Pacto Nacional e Internacional, es el que no evita un conflicto o una guerra, y como producto de ello seguramente se limitarán las libertades. Empero, un correcto Pacto es el que consolida el bienestar y forja un camino de beneficios sociales, y consecuentemente fortalece las libertades.

Resulta de significativa importancia realizar un análisis de dichos pactos para poder verificar si efectivamente han logrado mejorar y robustecer las libertades. Si bien son muchos los que podemos examinar, quizás el más significativo para nuestro país en relación al Derecho Constitucional e Internacional, sea el Pacto de Olivos, pues ha logrado, lo que no muchos han llegado a realizar, por un lado el mejoramiento de la Constitución Nacional y por el otro, el de los Tratados Internacionales de derechos humanos suscriptos por Argentina, logrando a través de sendos Tratados Internacionales un nuevo constitucionalismo y la humanización de los derechos, principios y garantías.

Finalmente, es dable destacar que los frutos y beneficios del Pacto de Olivos lo hemos tenido luego de su firma, pues al momento de su suscripción se tuvo una visión muy pesimista. Pero luego y a lo largo de su desarrollo hemos podido observar sus bondades y sus fortalezas. Todo ello, tiene un valor muy especial al cumplirse este año el vigésimo aniversario del Pacto Olivos, por lo que resulta de interés su revisión y revalorización en cuanto a la paz añorada.

I. Pactos preexistentes a la Constitución Nacional

Estos pactos se encuentran enunciados en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y si bien son varios, los que han resultado de una importancia muy significativa son:

- **Tratado del Pilar (23/02/1820)**

La firma del Tratado Del Pilar significó el origen del federalismo nacional. Firmado en la primitiva capilla Del Pilar, puso fin a la guerra entre las provincias de Entre Ríos y Santa Fe contra Buenos Aires.

- **Tratado Cuadrilátero (25/01/1822)**

Se afirma el federalismo; el Congreso, al reunirse, fijaría los límites entre las provincias y regularía la libertad de navegación y la de comercio.

▪ **Pacto Federal (04/01/1831)**

Es la ley fundamental de la Confederación Argentina, entre 1831 y 1852; consagra el sistema federal; establece la igualdad de trato en todos los puertos y la libertad de comercio y navegación; crea un órgano federal (la Comisión representativa) con facultad de citar a un Congreso General Federativo, de celebrar tratados de paz, de declarar la guerra y de levantar el ejército.

▪ **Acuerdo de San Nicolás (31/05/1852)**

La batalla de Caseros fue un enfrentamiento armado ocurrido el 3 de febrero de 1852, en el cual el ejército de la Confederación Argentina, al mando de Juan Manuel de Rosas –gobernador de la provincia de Buenos Aires y Encargado de las Relaciones Exteriores de la Confederación Argentina–, fue derrotado por el Ejército Grande, compuesto por fuerzas del Brasil, el Uruguay, las provincias de Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe y los unitarios exiliados, liderado por Justo José de Urquiza –gobernador de Entre Ríos,. Previo a la dicha batalla, este último se había sublevado contra Rosas el 1 de mayo de 1851 en el denominado Pronunciamiento de Urquiza. Luego de la derrota de Rosas, ésta renuncia inmediatamente y se exilia en Gran Bretaña.

En cumplimiento del Protocolo de Palermo y del Pacto Federal, se firma el 31 de mayo de 1852 el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y se convoca a un Congreso General Constituyente, constituido por dos diputados por cada provincia, que sancionó la Constitución histórica de 1853, bajo el sistema federal, a mayoría de sufragios, estando los diputados libres de condición ni restricción alguna; estableció la libertad de tránsito, designándose a Urquiza, Director provisorio de la República Argentina, ratificándole el manejo de las relaciones exteriores y otorgándole facultades militares.

▪ **Pacto de San José de Flores (11/11/1859)**

Luego de la Batalla de Cepeda del 23 de octubre de 1859, donde se enfrentaron fuerzas del Estado de Buenos Aires –separada del resto del país–, y de la Confederación Argentina, genéricamente identificada con el partido federal. Habiendo sido derrotado el ejército porteño, tras varias negociaciones, se llegó a una transacción a través de la firma Pacto de San José de Flores.

Suscripto el 11 de noviembre de 1859, entendemos que es un verdadero convenio de paz. La provincia de Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación Argentina; verificó su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución nacional siempre que la Convención Provincial no la observara; si la Convención Provincial manifestara la necesidad de hacer reformas a la Constitución, el Congreso federal legislativo convocará a una Convención ad hoc para que tome en consideración las mismas; se garantizó la integridad del territorio de Buenos Aires, que no podría ser dividido, sin el consentimiento de su Legislatura.

II. Consejo para la Consolidación de la Democracia

El primer paso del Pacto de Olivos y la posterior reforma constitucional de 1994, fue la creación el 24 de diciembre de 1985 del Consejo para la Consolidación democrática, por Decreto del Dr. Raúl Alfonsín, entonces presidente de Argentina, a través del cual se resolvió constituir un equipo de trabajo con la idea de construir un espacio institucional que podría ser de gran utilidad para el fortalecimiento de la democracia y que tendría por finalidad el asesoramiento plural al Poder Ejecutivo, en la elaboración de proyectos de transformación de las estructuras del país, basados en la democracia participativa, la modernización y la ética de la solidaridad.

Resultan de interés los distintos párrafos del Considerando del referido Decreto donde se afirmaba que “...*el Poder Ejecutivo está persuadido de que para la superación definitiva de etapas del pasado signadas por agudos desencuentros y consecuentes quiebres del orden institucional, determinantes de una progresiva decadencia en diversos órdenes de la vida del país, resulta necesario y perentorio encarar un vasto proyecto de consolidación de nuestro sistema republicano y democrático, tendiente a la modernización de la sociedad argentina, fundado en la ética de la solidaridad y en la amplia participación de la ciudadanía...*”.

El Consejo se constituyó con personalidades destacadas en el ámbito político e intelectual de nuestro país y, aunque tuvieron el rango de Secretario de Estado, se desempeñaron sin sueldo, es decir, *ad honorem*. Originariamente estuvo presidido por Carlos Nino, aunque no participó en todo el proyecto, por su temprana desaparición física, cuando trabajaba en torno a la reforma constitucional para la República de Bolivia.

Sus miembros fueron Oscar Albrieu (partido justicialista); José Antonio Allende (partido demócrata cristiano); Ismael Amit (partido Movimiento Federalista Pampeano); Leopoldo Bravo (bloquismo); Genaro Carrió (constitucionalista); Raúl Dellepiane (partido socialista); Guillermo Estévez Boero (partido socialista), René Favalaro (cardiólogo); Ricardo Flouret (militar); Enrique Nosiglia (partido radical); Julio H. G. Olivera (economista); Emma Pérez Ferreira (físico-matemática), Oscar Puiggrós, Ángel F. Robledo (justicialista) Fernando Storni (sacerdote católico), Jorge A. Taiana (justicialista), Alfredo Vítolo (desarrollista), María Elena Walsh (artista) y Emilio Weinschelbaum (derechos humanos).

Entre los temas que concentraron la atención del Consejo se encontraban la reforma constitucional, el traslado de la capital de la Nación, una nueva ley de radio-difusión y el Mercosur.

Editorial Eudeba se encargó de publicar lo producido por el aludido Consejo:

- Presidencialismo vs. parlamentarismo: materiales para el estudio de la reforma constitucional
- Radiodifusión: proyecto de ley y dictamen
- Reforma constitucional: dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia

- Reforma constitucional: segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia

Si bien, fueron muchos los temas a reformar y los cambios que se pretendían, había uno del que no se tenía intenciones de modificar ni de realizar, y era justamente la reelección presidencial. Ello lo manifestó el propio Dr. Alfonsín, sosteniendo que, “...en el preciso momento en que decidí poner en marcha el proceso de reforma, anticipé que el mismo no podría otorgarme la posibilidad de mi propia reelección. ...”.² Con ello, podemos ver la visión no contaminada de una ambición sin medida del poder, de un verdadero estadista, quizás el último desde la llegada de la democracia que tuvo nuestro país.

III. Dictamen de Comisión de Reforma Constitucional del Consejo Nacional del Partido Justicialista

El 20 de septiembre de 1988, a pedido del entonces Ministerio del Interior, la Comisión de Reforma Constitucional del Consejo Nacional del Partido Justicialista, produjo un dictamen a los efectos de proponer una urgente reforma constitucional. Si bien existían muchas dudas y desconfianza, pues no la consideraban oportuna, la misma comisión estableció en punto a la reforma, que “... *El artículo 30 de la Constitución Nacional no hace referencia a la cuestión de oportunidad. Si bien, puede decirse que lo que es necesario es también oportuno, es cierto que la oportunidad es susceptible de ser construida. Eso significa que la apreciación final sobre el momento de realizar la reforma está sujeta a una apreciación política concreta...*”.

En dicho dictamen dentro de los 34 puntos propuestos, había uno que sugería una cuestión muy interesante en cuanto a las finalidades del gobierno, pues consideraban que el fin del gobierno era alcanzar un “estado de justicia” como instancia superadora del “Estado Social de Derecho”. Es decir, ya no alcanzaba con lograr que los gobiernos fuesen más democráticos y que la sociedad tuviese un mejor bienestar, sino que lo más significativo era que el Estado se desempeñase con la sola obligación de ser justo y hacer justicia equitativa e igualitaria.

IV. Pacto de Olivos de 1993

El Pacto de Olivos fue un acuerdo firmado el 14 de noviembre de 1983 entre la Unión Cívica Radical representada por el ex presidente Raúl Alfonsín y el Partido Justicialista representado por el entonces presidente Carlos Menem. Allí, los dos principales partidos argentinos se comprometían a impulsar una reforma constitucional y votar en la asamblea constituyente a favor de un “Núcleo de Coincidencias Básicas” establecidas en el acuerdo. El Pacto fue el antecedente directo de la Reforma de la Constitución Argentina de 1994.

² ALFONSÍN, Raúl: “Democracia y consenso –a propósito de la reforma constitucional–”, Ed. El Corregidor, año 1996.

El Pacto de Olivos consta de tres partes, que establecían los acuerdos puntuales y las conductas a las que se comprometían el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical en el proceso de reforma constitucional.

Por un lado, el Partido Justicialista buscaba la reelección del entonces presidente Carlos S. Menen y por otro lado el Partido Radical, con una inclinación más de estadista, buscó atenuar la figura del presidente con la creación de una Jefatura de Gabinete; de establecer en el senado las minorías provinciales; crear un organismo judicial, por fuera de un poder político (Poder Legislativo), que manejase la elección y remoción de los magistrados.

V. Ley de Declaración de la Necesidad de Reforma

Mediante la ley 24.309, sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993, se estableció la “Declaración de la necesidad de su reforma”.

En su artículo 1, se estableció que la reforma constitucional tendrá el carácter de parcial, manteniendo por lo tanto en vigencia la constitución histórica de 1853/60, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

Luego en su artículo 2 se reguló las plenas facultades a la Convención Constituyente de modificar los siguientes artículos: 45, 46, 48, 55, 67 (inciso 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 3, 5, 10, 13, 20), 87 y 99. La reformar el capítulo IV, sección II, parte segunda de la CN.

También se dio la posibilidad de incorporar dos incisos al artículo 67 (hoy 75); un inciso al artículo 86 (hoy 99); un artículo en un capítulo de la Sección IV de la Parte Segunda de la Constitución Nacional y un artículo en el Capítulo I de la Sección III de la Parte Segunda de la Constitución Nacional.

VI. La ucronía del pacto

En modo de ucronía, Raúl Alfonsín³ sostuvo que no se puede refutar categóricamente a quienes suponen que exagero los peligros que entrañaban la falta de un acuerdo básico, así como tampoco se puede demostrar que se equivocan quienes piensan que el país estaría institucionalmente mejor si no se hubiere concretado. De todos modos, es igualmente cierto que nadie puede demostrar que se ha equivocado.

Lo cierto, sostuvo Alfonsín, es que se han acopiado argumentos importantes que demuestran algo que ningún argentino serio puede discutir, al menos, se corría el riesgo de que de todas maneras se hubiese reformado la Constitución, lo que nos ponía en el camino de discutir la legalidad de las instituciones, lo que significa una regresión tremenda.

Por otra parte, la reforma incorporó al texto constitucional un conjunto de derechos que favorecen el ejercicio de la democracia y afianzan la concepción de Estado Legítimo.

³ ALFONSÍN, Raúl, *op. cit.*, p. 410.

Decía que no se pudo demostrar qué hubiese sucedido de no mediar el Pacto de Olivos, pero sí se pueden mostrar las consecuencias que tuvo en la provincia de Buenos Aires la posición contraria. Allí la reforma constitucional se realizó con el voto del MODIN, obteniéndose la reelección del gobernador, pero desnaturalizando el sistema municipal y el educativo, posibilitando una legislación que convertiría a los intendentes prácticamente en delegados del Poder Ejecutivo y desnaturalizando totalmente la actividad de los consejeros escolares.

VII. Núcleo de Coincidencias Básicas

El artículo 2 inciso d) de la ley 24.309 plasmó el “Núcleo de Coincidencias Básicas” que fueron inicialmente consensuados en el Pacto de Olivos.

El Núcleo de Coincidencias Básicas se dividió en 12 puntos:

- 1) *Atenuación del sistema presidencialista*: Se promovía la creación de un jefe de Gabinete de Ministros, nombrado y removido por el presidente de la Nación, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, que podría también removerlo mediante un voto de censura.
- 2) *Reducción del mandato de presidente y vicepresidente de la Nación a cuatro años con reelección inmediata por un solo periodo, considerando el actual mandato presidencial como un primer periodo*: Para lograr estos objetivos se aconsejaba la reforma del actual artículo 77 de la Constitución Nacional.
- 3) *Coincidentemente con el principio de libertad de cultos se eliminará el requisito confesional para ser presidente de la Nación*; Se proponía modificar el artículo 76 de la Constitución Nacional en el párrafo pertinente; y el artículo 80 en cuanto a los términos del juramento.
- 4) *Elección directa de tres senadores, dos por la mayoría y uno por la primera minoría, por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, y la reducción de los mandatos de quienes resulten electos*: Inmediata vigencia de la reforma, a partir de 1995, mediante la incorporación del tercer senador por provincia, garantizando la representación por la primera minoría.
- 5) *Elección directa por doble vuelta del presidente y vicepresidente de la Nación*; La segunda vuelta electoral se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días. Sin embargo, cuando la fórmula que resulte ganadora en la primera vuelta hubiere obtenido más de cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación. También lo serán si hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor a diez puntos, porcentual, respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

- 6) *La elección directa del intendente y la reforma de la ciudad de Buenos Aires*: El pueblo de la ciudad de Buenos Aires elegirá directamente su jefe de gobierno.
- 7) *Regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes*: Dentro de estas facultades co-legislativas, se incluían además de los Decretos de Necesidad y Urgencia, los Decretos Delegados, y la promulgación parcial de normas.
- 8) *Consejo de la magistratura; –designación de los magistrados federales–*: Un Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente, de modo que procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, y de los abogados. Será integrado, asimismo, por otras personalidades del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Los jueces de la Corte Suprema serán designados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto. Los demás jueces serán designados por el presidente de la Nación por una propuesta vinculante (en dupla o terna) del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.
- 9) *Remoción de magistrados federales*: Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes. Los demás jueces serán removidos, por las mismas causales, por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados, abogados y personalidades independientes, designados de la forma que establezca la ley.
- 10) *Control de la administración pública*: Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes. Los demás jueces serán removidos, por las mismas causales, por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados, abogados y personalidades independientes, designados de la forma que establezca la ley.
- 11) *Establecimiento de mayorías especiales para la sanción de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos*: Los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras.
- 12) *Intervención Federal*: La intervención federal es facultad del Congreso de la Nación. En caso de receso, puede decretarla el Poder Ejecutivo Nacional y, simultáneamente, convocará al Congreso para su tratamiento.

VIII. El Pacto de Olivos entre la paz y la libertad

En Argentina siempre ha existido una idea genérica de mantener inalterable la Constitución, es por dicho motivo que no han prosperado muchas propuestas de reformas constitucionales. Recordemos que desde el año 1898 hasta el año 1955 se han presentado ante el Poder Legislativo 65 proyectos tendientes a declarar la necesidad de la reforma de la constitución que no han prosperado.

Además de tener el criterio de ser perenne la Constitución Nacional, se consideraba que ella debía crearse o modificarse en tiempo de absoluta paz. Es por ello que se consideraba que primero tendría que haber paz, para luego hablarse de cuestiones constitucionales.

Al respecto, el presidente de Congreso Constituyente de 1853, Facundo Zuviria,⁴ solicitó el aplazamiento de la Convención hasta época más oportuna: “una época de paz, no de guerra civil; de calma y no de revoluciones; de orden y no de trastornos”.⁵

Esa opinión fue rebatida por el convencional Delfín Huergo:⁶ “Las Constituciones no siempre se han dictado en medio de la paz y la quietud de los pueblos. Las Constituciones son, unas veces, el resultado, y muchas otras la causa del orden moral de las naciones. En Inglaterra, en los Estados Unidos, ello ha sido el resultado del orden y de las buenas costumbres. Entre nosotros como en muchas otras partes, ello será la causa, ello será lo que morigere nuestros hábitos y lo que eduque a nuestro pueblo. Los trastornos que han ocurrido en algunas provincias de la República, lejos de ser un obstáculo, son un motivo más para apremiar la sanción de la Constitución. Y mi opinión va más lejos aún; aunque la Constitución hubiera de nacer en medio de las convulsiones de una revolución general de la República, yo sería de opinión de dictarla; porque si ella no pudiera servir en el momento para ser el regulador de una máquina agitada por las revolucionarias, quedaría ahí para servir como única prenda de paz, como único resorte de orden, como poderoso centro de atracción, para que los argentinos pudiesen salir del caos y vivir alguna vez bajo el régimen de la libertad y la paz”.

Por otro lado, Juan María Gutiérrez⁷ señalaba que la propia Constitución se dictaba para promover el bienestar general, proveer a la defensa común, afianzar la justicia y, por lo tanto, no se podría incurrir en una petición de principios otra vez que:

⁴ Fue presidente del Congreso General Constituyente de 1853, y Convencional Constituyente por su provincia (Salta). Un momento destacado de Zuviria fue cuando leyó, en la inauguración de las sesiones el 20 de abril, un largo memorial contra la aplicación indiscriminada de principios foráneos a un país cuya forma de organización, afirmaba, no estaba habituada a ella. Proponía, en cambio, llevar a cabo un estudio sobre las instituciones locales y emplearlo como base. Junto con fray Pérez, el presbítero Centeno y Díaz Colodrero, fueron los únicos en votar en bloque en contra del anteproyecto.

⁵ ALFONSÍN, *op. cit.*, 155.

⁶ Por influencia de Urquiza fue elegido Convencional Constituyente por la provincia de San Luis; aunque nunca había estado en dicha provincia y posiblemente no conociera a ningún puntano. Se destacó defendiendo las posiciones liberales con una oratoria fácil y agradable.

⁷ Fue miembro por Entre Ríos de la Convención Constituyente de 1853, aunque no fue oriundo de dicha provincia ya que había nacido en Buenos Aires, su designación fue propuesta por Urquiza al Gobernador de Entre Ríos por pedido de su amigo José Benjamín Gorostiaga. Fue también Ministro de Relaciones Exteriores de la Confederación Argentina entre 1854 y 1856 además de haber sido uno de los fundadores de la Asociación de Mayo.

“...la Constitución no es una teoría, como se ha dicho nada más práctico que ella; es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en este código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos.”

De modo muy similar había ocurrido con la reforma de 1860,⁸ se produjo como consecuencia del Pacto de San José de Flores, y también se realizó en momentos tumultuosos de la vida argentina.

No ha sido ajeno a las mismas discusiones señaladas el Pacto de Olivos y la posterior reforma constitucional de 1994, pues dicho pacto ha sido muy criticado en su momento por dos motivos centrales, el riesgo que tornaría abrir la posibilidad de discutir y de modificar la Constitución, y por otro lado el de permitir la variación en el modo de la elección presidencial, permitiendo la reelección.

Alvaro Alsogaray,⁹ del partido UCEDE, se opuso y afirmaba que *“...la reforma constitucional es inconveniente e inoportuna. Es inconveniente, porque al abrirse la instancia de la reforma se corre el riesgo de que se intente modificar no solo ciertos aspectos instrumentales del texto constitucional, como algunos mentores del proyecto pretenden, sino la esencia misma de dicho texto, que es claramente liberal. Es inoportuno, porque el país enfrenta en este momento numerosos y graves problemas cuya solución requiere concertar los esfuerzos y energías nacionales en llegar de dispersarlas en proyectos y debates que pueden ser tratados en otra oportunidad...”*

El dirigente radical Juan Manuel Casella¹⁰ en forma contraria a dichos pensamientos opinó que: *“la experiencia histórica desde la Carta Magna hasta la Constitución Nacional del 53/60 demuestra que ningún pacto constitucional, expreso o tácito, fue alcanzado sin algún nivel de conflicto y nunca existió el perfecto estado de equilibrio social que buscan los epígonos de la oportunidad. Detrás de estos argumentos suele esconderse la oposición sistemática al cambio. El aparente respecto sacramental por el texto constitucional vigente puede ser, también, una forma de provocar su incumplimiento por obsolescencia...”*

Como vemos, las reformas constitucionales no deben ser limitadas por situaciones externas, sino todo –lo contrario– deben realizarse en momentos de crisis o conflictos, pues son los propios Pactos Nacionales preexistentes los que justamente fijan y logran finalmente la estabilidad y la ansiada paz.

En cuanto al Pacto de Olivos, ha ocurrido algo muy significativo, las bondades del mismo han aparecido con el tiempo, pues en la actualidad no se interpreta sobre la base del pensamiento u objetivos de sus actores principales, sino con las nuevas realidades imperantes con posterioridad a su firma.

Durante años, tan solo se podía realizar la exégesis de una norma sobre la base del pensamiento de sus creadores y sus inspiradores. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Avico c/De la Pesa” del año 1934, estableció la idea contraria: hay que adaptar el texto a las nuevas realidades sin atenerse exclusivamente al pensamiento de los autores.

⁸ Cabe recordar al respecto, que resulta más adecuado considerarlo como el final del periodo de transición constitucional 1853-60, pues el propio texto de la constitución no permitía que se realice la reforma en año 1860.

⁹ Diario La Nación del 4 de marzo de 1988.

¹⁰ Diario La Nación del 8 de marzo de 1988.

Es por ello, que el Pacto no solo se debe interpretar sobre la base de sus creadores e inspiradores, sino de las consecuencias que ha logrado con las reformas adecuadas y precisas a nuestra Constitución en el año 1994.

Lo cierto, es que la Constitución Argentina por entonces vigente de 1853/60 era una de las más antigua del mundo, y que gran parte de las naciones democráticas habían dictado nuevas Constituciones, inclusive en Latinoamérica fueron mayoría los países que modernizaron las suyas contemplando la posibilidad de armonizar diversos tratados internacionales con el sistema jurídico interno, jerarquizando los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en un pie de igualdad con la Constitución.

Con el nuevo artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional nuestra nación formó parte de ese grupo de países que han igualado los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con la Constitución. A ello se agrega la incorporación de los Tratados de Integración, preparando nuestra región a los nuevos desafíos del mundo cada vez más globalizado.

Por otro lado, en la reforma constitucional de 1994 se vio reflejado el Estado Legítimo que se pretendió en el Pacto de Olivos, es decir, la incorporación de normas que sin menoscabo para la libertad promovieran y aseguraran una mayor igualdad. Del mismo modo, se quería incorporar a la política y consecuentemente, a la sociedad, un orden moral fundamental que cada vez acercara más la ética al derecho y a la política, y a ésta a la sociedad, a través de la teoría del consenso.

Todo ello fue guiado por las ideas, según lo ha establecido Raúl Alfonsín,¹¹ de John Rawls, en su constante búsqueda de armonizar la libertad y la igualdad y superar de esta forma la vieja discusión de la filosofía, la teoría y las prácticas políticas.¹²

Rawls explica que: “...en una sociedad está bien ordenada no solo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está efectivamente regulada por una concepción de justicia. Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1) cada cual acepta, y sabe que los otros aceptan, los mismos principios de justicia; y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen, Y una sociedad viable necesita, además, cumplimentar los requisitos de coordinación, eficacia y estabilidad, compatibles con la justicia. ...”.

Finalmente, podemos decir que, sin duda a la distancia, el balance del Pacto de Olivos nos da positivo, por todo lo que ha logrado con la reforma constitucional de 1994, posicionando a la Argentina dentro de los Estados que ha modernizado su Constitución, construyendo las bases de un país con paz interna y externa, donde las libertades crezcan y se valoren de un modo muy especial.

IX. A modo de reflexión final

A través de los Pactos, sean estos Nacionales o Internacionales, lo primero que debe buscarse es la Paz. Y ello, cualquiera fuere su contenido, es decir, comercial, laboral, ambiental, etc..., pues lo más importante es que sea amplio y otorgue la

¹¹ ALFONSÍN, Raúl, *op. cit.*, 327.

¹² RAWLS, John: “Teoría de la justicia”, FCE, 1993, Versión inglesa de 1971.

mayor cantidad posible de beneficios para todos los ciudadanos, con mayor énfasis a los más vulnerables.

De modo contrario, si los Pactos, en tiempos cercanos o lejanos, no cumplen con este vital objetivo que es la paz, caerán por su propio peso, y los conflictos continuarán o se agravarán limitando en forma muy lamentable las libertades, que son las primeras que se encontrarán amenazadas.

Nunca pueden resultar un límite a ello las críticas que se hagan, pues siempre lo nuevo es centro de críticas, y más aún cuando el Pacto es suscripto con la idea de realizar una futura reforma constitucional, pues ello se debe a que en nuestro país la Constitución Nacional debe ser inalterable y perpetua para tranquilidad y estabilidad de nuestro pueblo.

Recordemos los dichos de Ricardo Balbín el 5 de diciembre de 1973, cuando en “La Opinión”, estimaba inoportuno el momento para encarar la reforma porque ella exigía un clima de tranquilidad política.

Y sabemos que justamente nuestro país, ha desarrollado la Constitución histórica de 1853 en momentos de gran fragmentación política y social, de hecho, luego de ello la provincia de Buenos Aires se separó de la Confederación. Y la reforma de 1994 venía de una lucha muy marcada con los remanentes del gobierno militar, con una democracia muy frágil.

Es por ello, que la forma más sólida de llegar a una paz duradera es a través de Pactos, si la Paz es interna los Pactos deben ser Nacionales y si la Paz involucra dos o más Estados estaremos frente a una Paz Internacional o Regional, si este último es realizado por países vecinos.

Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, que si bien nuestro país ha suscripto varios Pactos, el más significativo en estos últimos años, quizás, sea el Pacto de Olivos, pues allí se forjaron las bases para una reforma constitucional, logrando un nuevo constitucionalismo para Argentina, y además de humanizar los derechos a través de la jerarquización de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Si bien, dicho pacto ha sido muy criticado en su momento por haber reformado la elección presidencial permitiendo una reelección y más precisamente la reelección del entonces presidente Carlos Menen, con el tiempo ha demostrado que su objetivo transformador y hacedor ha logrado una nueva y más fortalecida democracia.

En último término, debemos decir que el Pacto de Olivos no debe ser interpretado sobre la base del pensamiento de sus actores principales, sino también con las consecuencias que fueron madurando con el tiempo. En este aspecto el ex presidente de la Nación Raúl Alfonsín, nos señaló que el gran propósito del Pacto era “...construir una nueva nación reencontrada con los valores que le dio origen y con este gigantesco e ineludible propósito reclamábamos un consenso básico sobre soluciones esenciales que permitieran impulsar las reformas estructurales reclamadas por la urgencia de los problemas a resolver...”¹³

¹³ ALFONSÍN, Raúl, *op. cit.*, p. 112.

CAPÍTULO I

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LA JUSTICIA TRANSNACIONAL

A 25 años del Pacto de Olivos: influencias de los comités en el constitucionalismo moderno y el diálogo interjudicial en aras de su expansión interamericana

*Federico Daniel Dangelo¹
Alejandro Hernán Spesso²*

I. Comités ¿sus expresiones gozan de operatividad?

En primer término, entendemos que corresponde abordar la temática referida a los Comités previstos en Instrumentos Internacionales en lo atinente a si sus expresiones gozan o no de operatividad en los países que han ratificado los mismos. En segundo lugar, haremos lo propio con el tópico del valor que adquieren las observaciones generales de los Comités, a la luz del diálogo interjudicial

Resulta que muchos de ellos contienen y asignan vastas funciones a dichos comités que al fin y al cabo terminan delineando las políticas socio-económicas, e incluso jurídicas, de la aplicación de dichas cartas.

Ello vinculado al control de constitucionalidad y de convencionalidad que cada Estado Miembro lleva a cabo, conlleva a analizar y evaluar críticamente su validez.

A mayor abundamiento, y a modo de cierre de estas líneas introductorias, muchos de estos comités terminan, incluso, cumpliendo funciones de contralor de los

¹ Abogado Federico Daniel D'Angelo. Especializando en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires), Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Profesor Ayudante por Concurso Público en la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Profesor Adjunto de las Cátedras de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Congreso, Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Congreso

² Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Rosario. Master en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la UBA. Posgrado de Contratos Administrativos ECAE, Procuración del Tesoro de la Nación y de Formación Docente en la UNR. Docente de Instituciones de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y de Derecho Político en la Universidad de San Isidro.

Se ha desempeñado como Asesor jurídico de la Procuración General de la Nación, de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación y la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires y del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. Ex Prosecretario de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (2011/2012) Ex Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Cultura de la Nación. Autor de varias publicaciones en revistas nacionales y trabajos expuestos en numerosos Congresos.

respectivos instrumentos a fin de determinar si dichos Estados se adecuan o no la normativa internacional ratificada.

Efectuado este breve introito, es adecuado conceptualizar qué es un Comité y para ello es de excelente utilidad lo expresado por Naciones Unidas, a saber: “Órganos encargados de vigilar la aplicación de las disposiciones de los Tratados, examinar los informes de los Estados Parte, así como peticiones individuales o comunicados. También pueden publicar comentarios generales sobre temas de derechos humanos relacionados con los Tratados que supervisan y transmitir comentarios generales sobre cuestiones temáticas. Estos comentarios se publican en los “instrumentos internacionales de Derechos Humanos: Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de derechos humanos (HRI/GEN/1/Rev. 9 Vol I y II)”³

Los Comités están previstos en nueve Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, y son conformados por expertos en el área respectiva a los mismos, resultando ser:

- Comité de Derechos Humanos: es el encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos (Artículo 28). Existen tres principales tipos de documentos considerados por el Comité de Derechos Humanos: Los informes de los Estados Parte, comentarios generales sobre cuestiones temáticas relacionadas con el Pacto y peticiones individuales. También pueden considerarse como peticiones interestatales.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (fue establecido por el Consejo Económico y Social en la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, con el fin de vigilar la aplicación del Pacto y fungir como órgano basado en los Tratados). Existen dos principales tipos de cuestiones examinadas por el Comité: Los informes de los Estados Parte y los comentarios generales sobre cuestiones temáticas relacionadas con el Pacto. Asimismo, el Comité dedica un día durante cada período de sesiones para tratar las discusiones generales.
- Comité para la Eliminación Racial: El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Artículo 8). Existen varios procedimientos en torno a los cuales los documentos son presentados por el CERD: informes de los Estados Parte, alerta temprana, denuncias interestatales, denuncias individuales, comentarios generales y/o debates temáticos.

³ research.un.org/es/docs/humanrights/treaties

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo (Artículo 17). Existen varios asuntos considerados por el Comité tales como: los informes de los Estados Parte, las denuncias individuales, investigaciones de casos y las recomendaciones generales.
- Comité contra la Tortura: El Comité contra la Tortura es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El Subcomité para la Prevención de la Tortura se encarga de supervisar al Protocolo Facultativo (Artículo 17). Existen diversas cuestiones examinadas por el Comité contra la Tortura tales como: los informes de los Estados Parte, las denuncias individuales, las investigaciones de casos y los comentarios generales. En algunos casos, también pueden considerarse las denuncias interestatales.
- Subcomité para la Prevención de la Tortura
- Comité de los Derechos del Niño: El Comité de los Derechos del Niño es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos (Artículo 43). El Comité examina los informes de los Estados Parte, elabora comentarios generales y lleva a cabo debates generales. En 2012 se abre a firma un Protocolo Facultativo que permite al Comité atender las denuncias individuales.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares: El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Artículo 72). El Comité examina los informes de los Estados Parte, elabora comentarios generales y lleva a cabo debates generales. Una vez que 10 Estados Parte formulan una declaración pertinente en virtud del artículo 77, el Comité puede examinar las denuncias individuales.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Artículo 34). El Comité examina los informes de los Estados Parte y lleva a cabo debates generales. El Comité puede examinar denuncias individuales de conformidad con el Protocolo Facultativo. A partir de enero de 2013, el Comité no ha formulado observaciones generales o considerado denuncias individuales.

I. Pactos Nacionales e Internacionales y la Justicia Transnacional

- Comité contra la Desaparición Forzada: El Comité contra la Desaparición Forzada es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Artículo 26). El CED considera los informes de los Estados Parte y las denuncias individuales.

Estos nueve comités, y un subcomité, han sido creados en virtud de Tratados y poseen las siguientes características:

- Se derivan de las disposiciones contenidas en un instrumento jurídico específico;
- Mantienen mandatos más estrechos: el conjunto de temas está codificado en el instrumento jurídico;
- Están dirigidos a un limitado número de audiencia: solo a aquellos Estados que han ratificado el instrumento jurídico; y
- Basan sus decisiones bajo consenso.

Todos los órganos de tratados reciben apoyo administrativo de la División de Tratados de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).⁴

Los miembros de los órganos de tratados son expertos independientes que deben contar con una reconocida competencia en el campo de los derechos humanos, tener “gran integridad moral” o ser una “persona de reconocida imparcialidad”, como se estipula en los tratados pertinentes. Es importante señalar que, a pesar de que los miembros de esos órganos son elegidos por los Estados, se supone que actúan a título personal y deben llevar a cabo sus funciones con absoluta imparcialidad y objetividad.

El propósito de los órganos de tratados es el de actuar como organismos autónomos de expertos y no como órganos políticos o intergubernamentales, como el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad de la ONU.

Las Directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (“Directrices de Addis Abeba”) establecen una serie de principios y pasos prácticos para asegurar la neutralidad de los miembros del comité.

El número de miembros de cada comité de órgano de tratado varía entre 10 y 25 personas, siendo los Estados parte del tratado correspondiente los encargados de nominar y seleccionar a los miembros de los comités de entre sus propios nacionales, por períodos fijos y prorrogables de cuatro años cada uno. La elección de la mitad de los miembros del comité tiene lugar cada dos años.

En la selección de los miembros de todos los órganos de tratados debe considerarse la distribución geográfica equitativa, así como la adecuada representación de los diferentes sistemas legales y culturales.

⁴ https://www.ishr.ch/sites/default/files/documents/ishr_esp_web.pdf

Los miembros de los órganos de tratados no reciben remuneración; pero sí un pequeño subsidio económico de la ONU para asistir a las reuniones de los comités.

Efectuada esta descripción de cada uno de los Comités, con sus respectivas funciones, corresponde evaluar entonces si las facultades de las cuales han sido embestidos deben interpretarse como de aplicación operativa en los respectivos Estados Parte, o si sólo son meras recomendaciones que para ser obligatorias sea necesario que el órgano judicial así lo disponga.

En general, y así se encuentra expresado en Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. El artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto. La existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales es importante, pero en última instancia tales procedimientos sólo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos.⁵

Del análisis de las prácticas de los Estados con respecto al Pacto, se deduce que han utilizado diversos planteamientos. Diferentes medidas han tomado frente a ello. Algunos han transformado el Pacto en legislación interna, complementando o enmendado la legislación ya vigente, sin invocar los términos específicos del Pacto. Otros lo han adoptado o incorporado a su legislación interna, de forma que mantienen intactos sus términos y se les da validez formal en el ordenamiento jurídico nacional. Esto se ha hecho frecuentemente mediante disposiciones constitucionales en las que se concede prioridad a las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos con respecto a cualquier ley interna contradictoria. El planteamiento del Pacto por los Estados depende considerablemente del planteamiento que se haga de los tratados en general en el ordenamiento jurídico interno.

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales)

⁵ https://confdts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html

y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones).

En consecuencia, si nos atenemos a lo expresado por el Comité para la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éste entiende que, si bien el goce pleno de estos derechos puede alcanzarse paulatinamente, las medidas que deben adoptarse a esos fines deben implementarse dentro de un plazo relativamente breve después de la entrada en vigor de la Convención para los diferentes Estados. Los Estados son los que deben decidir cuáles son las medidas apropiadas que debe adoptar para cumplimentar la obligación de “adoptar medidas” prevista en el PIDESC. Éstas pueden ser de carácter legislativo, administrativo, financiero, educativo, social e incluso se destaca la de ofrecer recursos judiciales respecto de derechos, que conforme con el ordenamiento jurídico nacional, pueden ser considerados justiciables. Sin embargo, cabe destacar que será el propio Comité quién decidirá si esas medidas son apropiadas o no.⁶

Por otro lado, refleja la razón de ser del PIDESC cual es establecer obligaciones claras para los Estados Parte con relación al logro del goce pleno de los derechos económicos, sociales y culturales. Consecuentemente el PIDESC impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, supone que cualquier medida regresiva que desee adoptarse requerirá la consideración más cuidadosa y necesitará encontrarse justificada en relación con la totalidad de los derechos previstos en la Convención y en contexto del uso acabado de los máximos recursos disponibles.⁷

A modo de conclusión

Atento lo expuesto en esta primera parte del presente trabajo, la Constitución Argentina en su artículo 75 inciso 22 contiene una serie de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos a los cuales concedió el constituyente de 1994 jerarquía constitucional conformando un bloque junto con el artículo 31 del mismo cuerpo legal.

⁶ CESCR: General Comment N. 3 (1990), cit. BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 58-59 en Llorens, María Pilar y Pagliari, Arturo Santiago; “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos económicos, sociales y culturales a veinte años de la reforma constitucional”; <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/11669/12080>

⁷ El Comité, asimismo, considera que todos los Estados tienen una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos contemplados en el PIDESC hasta el máximo de sus recursos disponible. Ya que lo contrario sería desconocer la razón de ser del PIDESC. En este sentido, la obligación de garantizar los derechos subsiste aun cuando los recursos disponibles sean insuficientes, en cuyo caso el Estado deberá realizar sus mejores esfuerzos para satisfacer los derechos pertinentes dadas las circunstancias del caso, en Llorens, María Pilar y Pagliari, Arturo Santiago; “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos económicos, sociales y culturales a veinte años de la reforma constitucional”; <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/11669/12080>

En atención a ello, y de las resultas de las obligaciones asumidas por nuestro país al ratificar dichos instrumentos, queda configurada la obligación de acatar y cumplir con la normativa contenida en ellos.

Sin perjuicio de lo manifestado, los Comités poseen la facultad de sugerir a los Estados Miembros el cumplimiento de las normativas respectivas so pena de serle aplicadas sanciones en caso contrario.

Ello conduce a la conclusión que, si bien ningún reglamento constitutivo de los Comités expresa de modo manifiesto que sus recomendaciones sean de aplicación operativa en los Estados Parte, resulta que indirectamente o por vía oblicua, lo terminan siendo so pena de ser susceptibles dichos miembros de las sanciones correspondientes.

II. El valor de las observaciones generales a la luz del diálogo interjudicial

A continuación, abordaremos el segundo punto propuesto en el presente trabajo. Sabemos que la jurisprudencia la conforman las decisiones judiciales. Las observaciones, recomendaciones —o como se las quiera llamar— de los llamados comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos, que carecen de funciones judiciales, no son jurisprudencia. Además, ni la jurisprudencia (nacional o internacional) ni las observaciones o recomendaciones de los comités de monitoreo son Tratados, han sido aprobados por el Congreso de la Nación, ergo, no pueden asimilarse a Tratados a fin de officiar de pauta en la interpretación de los derechos fundamentales consagrados.⁸ Es decir, ningún instrumento, por respetable e importante que sea, que no sea Tratado, puede alcanzar la categoría necesaria para interpretar los derechos y deberes humanos consagrados en la Constitución Nacional.

Ya desde una perspectiva genérica, los perfiles salientes de la trayectoria jurisprudencial reciente de la CSJN en materia de derechos humanos revelan (salvo algunos fallos discutibles) una propensión a acatar los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace a las

cláusulas de los instrumentos internacionales, como respecto de la interpretación de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de los distintos sistemas tutelares en la materia.

La anterior aserción se verifica tanto respecto del esquema interamericano, con la Corte IDH en la cúspide, cuanto de las instancias universales, encarnadas en el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ello supone que semejante temperamento jurisdiccional se ha centrado no solo en facetas atinentes a los derechos civiles y políticos, sino que ha abarcado a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos económicos, sociales y culturales. Ha generado, así, un significativo aporte para eliminar los obstáculos que suelen

⁸ *Op. cit.*, “El valor Jurídico de las Recomendaciones ...”.

impedir el goce real de estos últimos, que no tienen menor entidad que los civiles y políticos y que, por tanto, no pueden mantenerse mediatizados al influjo de un malentendido concepto de progresividad concebido como letargo o pasividad estatales *sine die*, sino que, por el contrario, debe pensarse en términos de dinamismo y evolución sustentables; parámetro que, a su vez, exige ser conjugado con la prohibición de regresividad injustificada.

Indudablemente, en tiempos como los actuales, en los que el contraste de las múltiples necesidades y escasos recursos es notorio y ofrece los más variados matices, los Estados Parte deben arbitrar todos los medios necesarios a fin de dotar de efectividad práctica lo aconsejado por los órganos técnicos de la justicia interamericana.

Garantizar significa mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas, según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que hace a las “condiciones de su vigencia” del Tratado homónimo. Veamos la aplicación en un ejemplo.

La Asamblea General⁹ y la Comisión de Derechos Humanos¹⁰ han recabado explícitamente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el grupo de trabajo que lo precedió, que fiscalicen el cumplimiento, por los Estados Parte en el Pacto, de su obligación de lograr que las personas con discapacidad pueden disfrutar plenamente de los derechos correspondientes. Ahora bien, la experiencia obtenida hasta ahora por el Comité indica que los Estados Parte han prestado muy poca atención a esta cuestión en sus informes. Esto parece explicar la conclusión a que ha llegado el Secretario General de que “la mayoría de los gobiernos no ha adoptado aún medidas concertadas decisivas que mejorarían en la práctica esa situación” de las personas con discapacidad. Por consiguiente, es natural que se examinen y subrayen algunas de las formas en que las cuestiones relativas a las personas con discapacidad se plantean en relación con las obligaciones que impone el Pacto. En el plano estrictamente normativo, no podemos dejar de considerar lo postulado por nuestro Alto Tribunal en cuanto a que la operatividad, tiene carácter derivado, en la medida que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, requiriéndose de una ley del Congreso para su implementación. (“Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, con el voto conjunto del presidente)

Tal decisorio y en el afán de ilustrar el ejemplo que comentamos, es dable señalar que, en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DsESC, el Comité de DsESC 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 se disponga...” con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, tal como lo dispone el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité afirmó en primer término que la disponibilidad de recursos, aunque con-

⁹ Véase el el párrafo 165 del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, aprobado por la Asamblea General en su resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982 (párr. 1).

¹⁰ Véanse las resoluciones 1992/48, párr. 4, y 1993/29, párr. 7, de la Comisión de Derechos Humanos.

diciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, así como el hecho de que los recursos sean escasos no justifica que no se adopten medidas, advirtiendo que la garantía de los derechos no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos. En el caso de que un Estado aduzca limitación de recursos, el Comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento, entre los que vale mencionar tres de ellos: a) el nivel de desarrollo del país, b) la situación económica del país en ese momento y c) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo.

Si existe un fenómeno que debe estar comprendido en estas breves reflexiones e impregnado del contenido de la materia económico social y cultural en nuestro continente, es el que encarna la idea del diálogo interjudicial que surge con ocasión de los estudios de derecho comparado; con ella se pretende describir el creciente uso de la jurisprudencia extranjera e internacional por parte de los jueces como referente para justificar o reforzar sus decisiones.

Esto significa que, sin perjuicio de lo precedentemente indicado, las valiosas recomendaciones formuladas por los Comités de los Tratados, hoy deben erigirse como auténticas pautas de guía y seguimiento para alcanzar justas soluciones judiciales en los Estados miembros, como en el caso de nuestro país.

En derecho internacional, los estudios más completos sobre este asunto parten, entre otros, de las bases sentadas por A.M Slaughter quien afirma que uno de los más importantes fenómenos experimentado recientemente en el escenario internacional es la globalización judicial. De acuerdo con esta idea, existe una creciente interacción –formal e informal– entre los funcionarios judiciales de todos los niveles y escenarios, gracias a la cual se está configurando una comunidad global de jueces que busca respuestas comunes ante los problemas comunes. La herramienta principal de este fenómeno es el diálogo entre los jueces. Lo que la profesora estadounidense y otros autores han caracterizado en términos genéricos como diálogo judicial es mejor comprendido en la idea más amplia de comunicación interjudicial. “Esta ‘dinámica de intercambio’, que permite la emisión y recepción de conocimientos –‘el viaje del derecho de un lugar a otro’–, encuentra su origen, más no su plena explicación en las obligaciones jurídicas, postula Alejandra Azuero Quijano en su obra “Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional”, publicado en la Revista de Derecho Público Universidad de los Andes, N° 22, febrero, 2009.

Entendemos que es preciso señalar que entre las distintas variantes de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la vertical, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la horizontal, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental. Si bien esta segunda modalidad es muy importante, pues permite una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno de temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí; reiteramos que es el tiempo oportuno en la región de

plantear tangencialmente que esta modalidad de diálogo también debería involucrar a otros órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, los Comités de los tratados internacionales.

Es central y necesario que profundicemos en aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un ‘rapport’ jurisprudencial crítico tangible y efectivo. Ello, con la finalidad de que no sólo los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

Compartimos con Bazán –quien en sus artículos cita a Jimena Quesada– que el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar...” los matices y diversas apreciaciones que se presenten.¹¹

Está claro que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) señala el autor, sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”.¹² En este orden de cosas, el diálogo jurisdiccional se vislumbra como ruta de interacción entre las diversas instancias de protección de los derechos humanos, para que permeen influencias y condicionamientos mutuos.

En dicha construcción, es básica comprender el alcance de la doctrina del “margen de apreciación nacional” con el objeto de utilizarla en la región con la utilidad que sustenta dicha actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas al estar posicionadas en un mejor asiento a la hora de juzgar ciertos conflictos de intereses y responder de modo democrático ante la sociedad civil,¹³ aunque –postula García Roca– no puede ocultarse su debilidad y las inseguridades que ocasiona.

¹¹ Bazán, Víctor “Control de Convencionalidad. Aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”. El presente trabajo fue publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 18, 2° Semestre 2011, originariamente Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2012, pp. 63/104.

¹² Gongora Mera, Manuel “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia; una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de la víctimas”, pp. 403-430.

¹³ Sagüés, Néstor Pedro “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, Anticipo de Anales, Año XLII Segunda época N° 36, Buenos Aires 1998, BARBOSA DELGADO, Francisco “El Margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática”.

Es dable indicar que esta doctrina compleja¹⁴ debe erigirse como el reconocimiento de una protección suficiente, por la que el tribunal de un Estado supervisa la protección otorgada a un derecho, señalando algunos mínimos y dejando un amplio margen de libertad para la actuación del otro ordenamiento¹⁵ diseñando un espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión, con mesura y razonabilidad y no se reduzca a un reducto de arbitrariedad.

Finalmente, de lo que se trata, es del sistema de derechos humanos que se caracteriza por su objeto y fin que confluyen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados partes. Esto significa que no son Tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un Tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.

Se estima que sería en vano aludir a un modelo multinivel de protección de los derechos humanos de doble fuente –derecho interno e internacional– como es el nuestro, si no se contara con eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de acceso a la jurisdicción que allane el camino en el que estriben criterios hermenéuticos cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*, interpretación evolutiva, principio de la fuerza expansiva, de la progresividad, de finalidad, entre otros que puedan ser trasvasados, interpretación conforme y/o control de convencionalidad mediante al ámbito interno.

A modo de conclusión

En suma, es la interacción dialéctica y moral la que se impone como política prioritaria en la región. El diálogo interjurisdiccional tantas veces ponderado, basado en múltiples versiones, irreversiblemente debe fusionar compromisos profundos entre

¹⁴ Bazán, Víctor “Control de Convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, LL, Buenos Aires, 2014 p. 19. “Un eventual empleo más intenso, de semejante “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano habría de ser prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos”. “...dejar librado al “margen de apreciación nacional” conceptos tan complejamente difusos como los de “orden público, “bien común” y “seguridad nacional” (sólo para citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de defensa de los derechos humanos y consolidación para la democracia y el Estado Constitucional, podría resultar altamente riesgoso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestran claudicantes y permeables a las presiones del poder político”.

¹⁵ Bustos Gilbert, Rafael “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales internacionales. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Cote Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, México, DF 2013, p. 207.

los órganos nacionales e internacionales del sistema de protección de los derechos fundamentales, unificando una sólida doctrina que descansa sobre pautas irreductibles con un sólo objeto: la centralidad de la persona humana.

Finalmente, sólo el empeño y la voluntad política en consolidar una mutua deferencia entre autoridades, en el marco de una convivencia institucional sustentable, hará posible un vigoroso sistema de protección de los derechos humanos en nuestro naciente derecho constitucional interamericano.

Bibliografía

Sitio web de la Biblioteca de Naciones Unidas: research.un.org/es/docs/humanrights/treaties

Sitio Web del Servicio Internacional para Derechos Humanos: www.ishr.ch/sites/default/files/documents/isshr_esp_web.pdf

Sitio web: *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en https://confdts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html

Llorens, María Pilar y Pagliari, Arturo Santiago; “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos económicos, sociales y culturales a veinte años de la reforma constitucional”; <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/11669/12080>

Nieto - Navia, Rafael; “El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad”, 18 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 155-190 (2011).

Rama, Marcela Silvia; “Supremacía y control constitucional”, en Negri, Carlos M.; “Manual de Instituciones de Derecho Público”, ERREIUS, Buenos Aires, 2016.

Alonso Pérez, Gabriela Marta; “La protección internacional de los derechos y libertades”, “Manual de Instituciones de Derecho Público”, ERREIUS, Buenos Aires, 2016.

Gelli, María Angélica; “Constitución de la Nación Argentina”, Comentada y Concordada; 4^o edición, Tomo II, LA LEY, Buenos Aires, 2011.

Dalla Vía, Alberto Ricardo; “Régimen Constitucional de los Tratados Internacional”, Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Derecho Constitucional - Colección de Análisis Jurisprudencial”, Thomson Reuters - La Ley; 2^o Edición Actualizada, Buenos Aires, 2015.

Constitución Política de Colombia; Códigos de Bolsillo “Jorge Ortega Torres”, Editorial TEMIS S.A., Decimoséptima edición, 2016.

Constitución española; López Guerra, Luis; Biblioteca de Textos Legales, Decimonovena edición, Editorial Tecnos, 201.

La constitucionalización de los Derechos Humanos: Pactos Internacionales como verdaderos instrumentos jurídicos para proteger la privacidad en la era digital

Yuliana Herrera Miranda de Souto¹

Ricardo Aparecido de Souto²

Introducción

La globalización a través de la información instantánea por intermedio de internet facilitó la comunicación y permitió la interacción de millares de personas en tiempo real, visto así, como una de las innovaciones más sobresalientes y marcadas del siglo XXI. Esa interacción permanente e instantánea de todos con todos, a pesar de haber traído grandes ventajas y beneficios, trajo consigo algunas desventajas, pues en la actualidad es utilizada como herramienta por personas jurídicas y naturales inseridas en ese espacio virtual, para prácticas benéficas financieras que vulneran derechos fundamentales como el derecho a la privacidad de los usuarios de internet, valiéndose de herramientas tecnológicas como aplicativos que se muestran como útiles y no perjudiciales, las cuales esconden una real intención como es la recolecta de información personal con fines comerciales.

Internet es una red abierta y como tal no hay garantía alguna de privacidad cuando no hay un efectivo control, pues cada vez que una persona accede a internet está abriendo una puerta hacia su privacidad, hacia su intimidad, una puerta que después

¹ Abogada colombiana, egresada por la universidad Cooperativa de Colombia, Magister en Ciencia jurídica por la Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho Brasil, participación en diferentes eventos académicos con temas relacionados a los derechos de la personalidad, autonomía y privacidad. E-mail: yherreramir89@hotmail.com, Dirección Rua Domingos Carmelino 110, Londrina Paraná-Brasil.

² Advogado. Mestrando em Direito (UNIVEM). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Concluiu com êxito, conceito (A) o crédito em Retórica e Direito Internacional no Mestrado em Direito Internacional (USP-SP). Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB-Londrina. Ordem dos Advogados do Brasil e estatutário da Universidade Estadual de Londrina. Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC). Membro da Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC). Membro do grupo de pesquisa INTERVEPES (UENP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucional, internacional, asilo político, acessibilidade, autonomia e defesa do deficiente, participou como palestrante e conferencista em eventos jurídicos no Brasil e América Latina, com publicações nacionais e internacionais. ricardo.soutoadvocacia@gmail.com; rua domingos carmelino, nº110. Residência Elizabeth, CEP:86077-342. Londrina/PR-Brasil.

no va poder cerrar, porque no tiene la llave o herramienta para hacerlo y quedando por tanto expuestos permanentemente. Todos los días los usuarios de internet están produciendo información sobre sí mismo y brindando información sobre su familia, amigos, su estatus social, económico, político, cultural, sus preferencias, gustos, pensamientos, posturas, lugares que frecuentan, georeferencia etc., exponiéndose así inconscientemente y esa información personal como datos básicos, es recolectada por personas o empresas a través de las aplicaciones –APP, redes sociales, motores de búsqueda etc., que solicitan como requisito para su utilización la autorización para acceder a la información personal guardada en dispositivos electrónicos, dándole una apariencia de aplicativos gratuitos cuando realmente no lo son, debido a que el usuario realmente está pagando por el uso de aquel aplicativo con su información personal, con su privacidad, pues esa información tiene un valor comercial.

Es así como esa práctica de recolección de datos con fines comerciales está abriendo debates actualmente en el escenario político y jurídico, puesto que la privacidad se convirtió en una relación de marketing a nivel mundial. Muchas veces no se tiene la capacidad de comprender la dimensión de vulneración que esa práctica causa en la privacidad de los usuarios, los cuales se encuentra desprotegidos jurídicamente ante esta injerencia que se ha venido desarrollándose a escalas gigantescas, siendo las leyes domésticas inexistentes o quedando insuficientes para proteger la información personal de sus ciudadanos recolectada en masa a través de aplicativos y redes sociales en internet.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, estipulo que nadie podría ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; en ese sentido observase como esa nueva práctica es violatoria de los tratados internacionales, inclusive de los ordenamientos constitucionales internos; imponiendo así para el derecho la búsqueda de soluciones, frente a cuestionamientos que pretenden concientizar sobre la importancia de empezar a trabajar en el desenvolvimiento de verdaderas herramientas jurídicas.

Cuestionamientos tales como ¿Que debemos hacer en materia jurídica?, ¿Cómo podemos prepararnos ante estas prácticas que vulneran el derecho de la privacidad de millones ciudadanos? ¿Es posible crear normas y pactos internacionales como instrumento jurídico para proteger la privacidad frente a la venta abusiva de datos personales recolectados en internet? son muchos los interrogantes que sobre el tema se presentan.

I. El derecho a la privacidad conforme tratados y convenios internacionales y los nuevos retos en la era digital

Cuando se habla de privacidad inmediatamente debe abrirse paso a los derechos de la personalidad inseridos en los ordenamientos constitucionales internos como derechos inviolables. Los derechos de la personalidad fueron uno de los grandes avances traídos a la carta superior interna de los países Latino Americanos, impreg-

nados por un derecho humanizado, donde el hombre y su dignidad se tornan el centro de ordenamiento jurídico, gracias a los aportes y avances propuestos y acogidos por medio de pactos, tratados y convenios internacionales suscritos, que vienen a resguardar de forma taxativa la privacidad, imponiendo el deber de respetarla.

La globalización desde sus inicios trajo consigo la necesidad de la cooperación internacional con la finalidad de proteger los derechos humanos y fundamentales de problemas que transbordaban los contextos internos de los países, es así como manifiesta Guerra,³ que esa cooperación internacional para buscar soluciones a problemas tiene como grande preocupación además de la tutela de los derechos humanos (sea en el plano doméstico o en el plano internacional) preocuparse por las lesiones que puedan ser producidas a los derechos humanos como resultado del momento de globalización que vive la humanidad.

Fue entonces por la necesidad de cooperación internacional que se ratificaron declaraciones, pactos y convenios internacionales que protegen el derecho a la privacidad e insertados como normas y principios que rigen el ordenamiento jurídico interno de los países firmantes. Al ser la globalización conforme Guerra, no más atribuida a términos meramente económicos, su estudio se tornó asunto obligatorio en las instituciones tanto públicas como privadas, en las agendas políticas, en el medio académico y sobre todo para el derecho, lo que debe implicar una nueva percepción para los juristas.

Es como de esa cooperación internacional surge toda una normatividad supranacional entorno al derecho a la privacidad, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁴ que en su artículo 12 consagra que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, teniendo por tanto la persona derecho a ser protegida por la ley contra esas intromisiones. El Pacto de San José de Costa Rica, de 1969,⁵ por su parte estipuló el derecho a la privacidad como un derecho conexo de la honra y la dignidad en su artículo 11 inciso 2, en ese sentido, estipuló que toda persona al tener derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad no puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas a su vida privada o al de su familia.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976⁶ en su artículo 17, decidió proteger el derecho a la intimidad, prohibiendo las

³ GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*/ Sidney Guerra.— 2.ed. editora Atlas, São Paulo., 2014, pp. 161-162.

⁴ NACIONES UNIDAS. *La Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948* disponible en: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> Acceso en: 10-may-2018.

⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.* disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acceso en: 10-may-2018.

⁶ NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1976.* disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> Acceso en 10-may-2018.

injerencias arbitrarias o ilegales a la vida privada de las personas y concediéndoles el derecho de invocar la ley para fines de protección del derecho a la privacidad.

También la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990,⁷ en su artículo 14, decide proteger el derecho a la privacidad estipulando que ningún trabajador migratorio o familiar suyo sería sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones

Desde el 1948 vemos como el derecho a la privacidad ha sido ratificado por el derecho supranacional, protegiendo y adaptando el bien jurídico tutelado, privacidad, honra y la dignidad humana a los nuevos contextos sociales, políticos, y culturales que los medios de comunicación virtuales como el internet ha generado.

Es así como en esa necesidad de cooperación para proteger el bien jurídico derivado de la Declaración de los Derechos Humanos, las Naciones Unidas ha venido expidiendo una serie de resoluciones que buscan proteger el derecho a la privacidad el actual desarrollo tecnológico, con base en una serie de debates relacionados sobre la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet y el derecho a la privacidad en internet, dentro de las cuales cabe destacar:

I.1. Resolución A/HRC/28/L.27 del 24 de marzo de 2015, titulada “El derecho a la privacidad en la era digital”⁸

El derecho a la privacidad en la era digital conforme el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tiene como finalidad reafirmar el derecho a la privacidad, buscando así determinar y aclarar los principios, normas y mejores prácticas relativos a la promoción y protección del derecho a la privacidad, buscando por tanto crear un procedimiento especial con ese fin. Es así que conforme las Naciones Unidas existe la necesidad de seguir debatiendo y analizando, sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos, las cuestiones relativas a la promoción y protección del derecho a la privacidad en la era digital, buscando establecer garantías procesales, supervisión, destinación recursos nacionales y hacer efectiva la vigilancia en el derecho a la privacidad, lo que implica que deben ser analizados siempre el principio de no arbitrariedad, el principio de legalidad y el principio de la pertinencia de las prácticas de vigilancia, evaluando la necesidad y proporcionalidad.

En la misma resolución el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas manifiesta su preocupación indicando, que si bien por un lado el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar la nueva tecnología de la información y las comunicaciones, por otro lado también incrementa la

⁷ NACIONES UNIDAS. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. 1990. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>> Acceso en 10-may-2018.

⁸ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. A/HRC/28/L.27. Consejo de Derechos Humanos. El derecho a la privacidad en la era digital. 24 de marzo de 2015. Disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_28_L27.pdf> Acceso: 14-may-2018.

capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podría constituir una violación o una transgresión al derecho a la privacidad.

Preocupa también a las Naciones Unidas la recolección de datos, puesto que algunos tipos de metadatos, tomados en conjunto, pueden revelar información personal y pueden dar indicación del comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona. Recordando así que es deber del Estado y empresas privadas de la responsabilidad de respetar los derechos humanos donde se encuentra inserida la privacidad.

Es así como mediante esta resolución las Naciones Unidas manifiesta su preocupación y decide establecer algunas medidas que en síntesis son: 1. Reafirmar el derecho a la privacidad. 2. Reconocer la Naturaleza abierta y global del internet. 3. Afirmar que el derecho a la privacidad de las personas debe estar protegidos en internet. 4. Nombra un relator sobre el derecho a la privacidad

Dicho relator tendría básicamente como funciones: reunir información sobre los marcos internacionales y nacionales, prácticas, experiencias, tendencias, novedades y retos relacionados con el derecho a la privacidad en la era digital, formular recomendaciones para garantizar el derecho a la privacidad frente a las nuevas tecnologías de comunicación, determinar cuáles serían aquellos posibles obstáculos para la protección y promoción del derecho a la privacidad y presentar propuestas o recomendaciones para superarlos, ayudar crear conciencia de la importancia de la protección de la privacidad y sobre todo concientizar a los Estados sobre la importancia de proporcionar herramientas o recursos efectivos a las personas cuyo derecho a la privacidad haya sido vulnerado.

I.2. Resolución A//HRC/32/L.20 del 27 de junio de 2016, titulada “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”⁹

Dándole continuidad a lo estipulado en resoluciones anteriores, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2016 emite esta nueva resolución donde expresa la importancia que se tiene de generar confianza en Internet respecto del derecho de la privacidad, al igual que otros derechos humanos, con el propósito de que internet pueda alcanzar su verdadera finalidad, el cual es facilitar el desarrollo e innovación, en ese sentido, para que internet mantenga su naturaleza global y de forma abierta, los Estados deben abordar las preocupaciones relativas a la seguridad de los derechos humanos en los medios digitales, incluyendo así la privacidad.

Y para garantizar la privacidad y otros derechos humanos en Internet, conforme expresa la resolución A//HRC/32/L.20 los Estados deben actuar mediante instituciones nacionales democráticas y transparentes basadas en el estado de derecho,

⁹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. A//HRC/32/L.20 del 27 de junio de 2016, titulada “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet” de 24 de marzo de 2015. Disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf> Acceso: 16-may-2018.

de forma tal que se asegure la libertad y la seguridad en la red para que pueda seguir siendo un motor energético del desarrollo económico, social y cultural.

Recalcando en todo caso dicha resolución el deber de los Estados de proteger el derecho a la privacidad cuando hacen uso de los medios tecnológicos.

I.3. Resolución /HRC/34/L.7/Rev.1 de 22 de marzo de 2017, titulada “El derecho a la privacidad en la era digital”¹⁰

En la resolución del año 2017 el Comité de Derechos Humanos recomienda a los Estados tomar las medidas eficaces para impedir la retención, el tratamiento y el uso ilegales de datos personales almacenados por las autoridades públicas y las empresas y reconoce que aún existe la necesidad de seguir debatiendo y analizando, sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos, las cuestiones relativas a la promoción y protección del derecho a la privacidad en la era digital, puesto que el examen del derecho a la privacidad debe basarse en las obligaciones jurídicas internacionales y nacionales existentes, incluido el derecho internacional de los derechos humanos.

El Consejo observa con preocupación la práctica actual de tratamiento automático de los datos personales para el establecimiento de perfiles individuales, lo cual puede dar lugar a discriminación o decisiones que de otro modo puedan afectar al disfrute de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales.

También manifiesta su preocupación por la frecuencia con la que las personas no dan su consentimiento libre, explícito e informado para que sus datos personales sean reutilizados, es decir, vendidos o revendidos, mientras que ha aumentado considerablemente la recopilación, el procesamiento y el intercambio de datos personales, incluidos datos confidenciales, en la era digital.

Es así como el Consejo reafirma que los derechos de las personas, incluido el derecho a la privacidad, también deben estar protegidos en Internet; razón por la cual los Estados deben adoptar medidas para poner fin a las violaciones del derecho a la privacidad y crear las condiciones necesarias para impedir las, examinar sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, para lo cual deberán mantener mecanismos nacionales de supervisión, de índole judicial, administrativa o parlamentaria, entre otras medidas explicitadas en dicha resolución.

En ese sentido como lo expresa el mismo Consejo la preocupación existente frente a la vulneración del derecho a la privacidad como un nuevo contorno que enciende las alarmas respecto a la forma como se está vulnerando actualmente el derecho a la privacidad, con la venta y reventa de datos personales de los usuarios de internet, sin su expreso y libre consentimiento, lo que propone retos enormes para

¹⁰ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. /HRC/34/L.7/Rev.1. titulada “34/... El derecho a la privacidad en la era digital” de 22 de marzo de 2017. Disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_34_L7_rev1.pdf> Acceso: 16-may-2018.

los Estados dar cumplimiento a los pactos, convenciones y tratados internacionales con respecto a la protección del derecho a la privacidad en la era digital, retos de ¿cómo evitar y prevenir?, ¿cómo restablecer? y ¿Cómo sancionar? y será que esas medidas, prácticas y legislaciones internas de los Estados serán suficientes para controlar vulneraciones del derecho de la privacidad en un mundo virtual tan abierto y amplio como el internet?

II. Marco jurídico para la protección de datos en internet de Brasil y Colombia

Con la finalidad de acercarnos a responder algunos de los cuestionamientos planteados en tópico antecedido, es necesario dar una breve observación a las actuales legislaciones internas de países como Colombia y Brasil, con la finalidad de establecer si las legislaciones domesticas permiten una real protección del derecho a la privacidad, como es la regulación de la venta y reventa de datos personales, como proceder cuando no existe consentimiento expreso y libre de los usuarios de internet, y cuáles son los parámetros y directrices establecidas para la recolecta de datos personales por intermedio de aplicativos y redes sociales.

II.1. Marco Jurídico en Brasil Sobre Protección de Datos en Internet

El congreso Nacional de Brasil, por medio de la ley N° 12.965, de 23 de abril de 2014,¹¹ estableció los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de internet, teniendo dentro de sus fundamentos los derechos humanos, el desarrollo de la personalidad, y dentro de sus principios la protección a la privacidad, la protección de datos personales, la seguridad y funcionalidad de la red de internet, entre otros; garantizando así el Estado brasilero los derechos de los usuarios a su intimidad, vida privada, siendo por tanto indemnizable por daño material o moral cuando se presente vulneración a estos derechos.

Respecto a la protección de datos personales recolectados en internet esa ley dispone dentro de las garantías, obligaciones a las empresas prestadoras del servicio de internet como, el no fornecimiento a terceros de datos personales, registro de conexiones y navegación sin el consentimiento expreso, libre e informado del usuario, salvo determinación legal.

En cuanto a la recolecta, almacenamiento y tratamiento de datos personales, solo podrán ser utilizados para la finalidad que justifica su recolecta, uso legal y que se encuentren plenamente previstas en los contratos de prestación de servicios, o conforme termino de usos de aplicativos de internet, siendo así necesario el consentimiento expreso sobre la recolecta, uso, almacenamiento y destinación de esos datos personales en cumplimiento de cláusulas contractuales, garantizando de igual forma

¹¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI N° 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acceso en: 20 de mayo de 2018.

el derecho a excluir de forma definitiva datos personales fornecidos a determinadas aplicaciones en internet, al igual que la garantía de requerirle, terminar la relación contractual entre las partes o declarar nula las cláusulas contractuales que impliquen violación al sigilo de las comunicaciones privadas, o en contratos de adhesión que no ofrezca como alternativa para el contratante la adopción del fuero brasileiro para resolver controversias contractuales de corrientes del servicio prestado en Brasil.

La ley N° 12.965/2014, desarrolló una sección específica dirigida a la protección de los registros, de los datos personales y a las comunicaciones privadas; partiendo del criterio de que los datos personales y contenido de comunicaciones privadas deben preservar la intimidad y vida privada; lo que implica que cualquier operación de recolecta de datos, almacenamiento, y tratamiento de datos personales tanto de proveedores del servicio de internet, como de aplicaciones de internet, en que por lo menos uno de esos actos ocurra en territorio nacional, deberán ser obligatoriamente respetada la legislación federal y los derechos a la privacidad, es decir, datos recolectados en territorio brasileiro, o que las actividades sean realizadas por personas jurídicas en el extranjero que oferten servicios al público brasileiro, o posea una sucursal en Brasil.

En ese sentido tanto proveedores como aplicaciones de internet deberán prestar el servicio conforme la legislación brasileira para recolectar, guardar, almacenar, y tratamiento de datos, so pena sanciones civiles, penales, y administrativas entre otras medidas.

El Decreto N° 8.771, de 11 de mayo de 2016¹² viene a indicar procedimientos para la guarda y protección de datos por proveedores de conexión e de aplicaciones y establece parámetros para la fiscalización y apuración de infracciones contenidas en la Ley no 12.965, de 23 de abril de 2014, disponiendo así, que tanto los proveedores de conexión, como los de aplicaciones, deben en la recolección, guarda, almacenamiento y destinación de datos personales, seguir unas directrices sobre patrones de seguridad, algunas de ellas son: i. el establecimiento de control estricto sobre el acceso a los datos mediante la definición de responsabilidades de las personas que tendrán posibilidad de acceso privilegiado y/o exclusivos para determinados usuarios. ii. contar con mecanismos de autenticación de acceso a registros. iii. usar soluciones de gestión de registros por medios de técnicas que garanticen la inviolabilidad de datos, tales como encriptación.

El Decreto establece también que los proveedores de conexión y aplicaciones de internet, deben retener la menor cantidad posible de datos personales, comunicaciones privadas, registros de conexión y acceso a aplicaciones, debiendo por tanto ser excluidas esas informaciones personales, cuando es cumplida la finalidad de su uso, cuando termina el plazo determinado de la obligación legal.

Obsérvese que conforme el ordenamiento jurídico brasileiro sobre protección de datos personales en la era digital, aunque muestra ser completo, está limitado al terri-

¹² PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO N° 8.771, de 11 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm> Acceso en: 20 de mayo de 2018.

torio nacional tanto para garantizar el derecho a la privacidad, como para sancionar sus vulneraciones; quedando corto para proteger a los brasileros usuarios de internet en aquellos casos cuando la recolecta de datos, almacenamiento, y tratamiento de datos personales es efectuado por parte de aplicaciones de internet fuera de Brasil, cuando dichas actividades son realizadas por personas jurídicas en el extranjero que no ofertan servicios al público brasiler, o no poseen sede o sucursal en Brasil.

II.2. Marco Jurídico en Colombia Sobre Protección de Datos en Internet

Colombia inicio su proceso más visible de protección para el manejo adecuado de datos personales en medios digitales, con base en el derecho fundamental a la privacidad en el año 2012, por medio de la ley estatutaria 1581.¹³

Esta ley tenía principalmente como objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ellas se hayan recolectado en bases de datos o archivos; lo que llevo a que dentro de esta normatividad se desarrollaran una serie de principios y disposiciones que serían aplicadas a todos los datos personales registrados en cualquier base de datos susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza tanto pública como privada; como también se estipulo la delimitación de esa norma la cual aplicaría solamente aquellos tratamientos de datos personales efectuados en territorio colombiano o cuando el encargado de tratamiento de los datos ajeno al territorio colombiano pudiera responder legalmente con base en las normas y tratados internacionales.

La disposición con la finalidad de protección de derecho a la privacidad estipulo que cuando esas bases de datos o archivos tengan como intención ser suministrados a terceros, se debe de manera previa, informar al Titular de los datos y solicitar su autorización, debiendo todos los datos personales recolectados cumplir integralmente con los principios de legalidad, finalidad, libertad, veracidad y calidad de los datos, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad y confidencialidad.

Cabe resaltar dentro de los principios inseridos en la ley 1581 de 2012, el principio de la libertad exige que el tratamiento de datos sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del titular, razón por la cual los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento, lo que exige la concurrencia del principio de seguridad para que esa información sujeta a tratamiento no se usada, accedida de forma fraudulenta y sin autorización.

Imponiendo así esos principios el deber de informar al titular al momento de solicitar la autorización, de forma clara y expresa cual será el tratamiento que se le darán a sus datos personales y cuál será la finalidad de los mismos, cuáles son los derechos que tiene como titular de esos datos personales. La ley también estableció mecanismos de vigilancia y sanción, y prohibió expresamente la transferencia de

¹³ Congreso de la República. Ley Estatutaria 1581 de 2012 de 14 de octubre “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html> Acceso en: 21-may-2018.

datos personales a terceros países que no proporcionen niveles adecuados de protección de datos.

Con la finalidad de facilitar el cumplimiento de la ley estatutaria 1581/2012, fue expedido el Decreto ley 1377 de 2013 que vino a reglamentar aspectos relacionados con la I- autorización del titular de información para el Tratamiento de sus datos personales, II- las políticas de Tratamiento de los Responsables y encargados, III- el ejercicio de los derechos de los titulares de información, IV- las transferencias de datos personales, V- la responsabilidad demostrada frente al Tratamiento de datos personales.

Con el decreto se definieron parámetros frente a la autorización para la recolección de datos personales y se establecieron limitaciones al tratamiento de datos recolectados, indicándose por tanto cuales serían las políticas para el tratamiento de datos. Respecto a la autorización el decreto fue claro en estipular que conforme a los principios de finalidad y libertad, la recolección de datos debe limitarse a datos personales que son pertinentes y adecuados conforme consentimiento expreso y claro del titular, para la finalidad que son recolectados o requeridos y esos datos personales solo podrán ser utilizados durante el tiempo que sea razonable y necesario para el cumplimiento de las finalidades que justificaron su recolección; y ese control debe ser llevado por la Superintendencia de Industria y Comercio; no pudiendo en todo caso utilizar ningún medio engañoso o fraudulento para recolectar y realizar tratamiento de datos personales.

Al revisar la normatividad colombiana sobre protección de datos en internet, se observa que desde el año 2013, no existe un examen de los procedimientos, prácticas y normatividad respecto de la recopilación de datos personales; pues existe en la actualidad grandes preocupaciones manifestadas por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones con respecto a la práctica actual de tratamiento automático de los datos personales para el establecimiento de perfiles individuales, y la frecuencia con la que las personas no dan su consentimiento libre, explícito e informado para que sus datos personales sean reutilizados, es decir, vendidos o revendidos.

Lo que deja sin un piso jurídico eficaz para proteger la privacidad de los colombianos, cuando personas o empresas extranjeras, sin sede o vínculo funcional en Colombia, hacen recolección y tratamiento en masa de datos personales de los usuarios de aplicativos de internet, información que es obtenida utilizando engaños, fraude y sin especificar al titular de la información el uso que le darán a sus datos personales, engaños que llevan al usuario o titular de la información a manifestar su consentimiento para que sus datos sean recolectados y utilizados indiscriminadamente para intereses económicos y políticos.

III. La venta de datos en internet

Para Hablar de venta de datos en internet es necesario definir de forma general lo que son datos personales, que conforme el entendimiento de la del artículo 14, inciso I, del Decreto N° 8.771, de 11 de mayo de 2016 expedido en Brasil, puede definirse

datos personales como la información relacionado a la persona natural identificada o identificable, incluyendo números identificativos, datos de lugares o identificadores electrónicos, cuando estén o estuvieron relacionados a una persona.

Y entiéndase como tratamiento de datos personales, conforme el inciso II, del decreto en mención, como toda operación realizada con los datos personales, como es recolecta, producción, recepción, clasificación, utilización, acceso, reproducción, trasmisión, distribución, procesamiento, archivo, almacenamiento, eliminación, evaluación o control de información, modificación, comunicación, transferencia, difusión, o extracción.

Existe una especie de clasificación de datos personales las cuales ocupan la atención del presente escrito, como son los datos denominados de “sensibles” definidos por el Estado colombiano en el artículo 3, inciso 3, del decreto 1377 de 2013 como: “aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como los que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual, y los datos biométricos”.

Esos datos sensibles están siendo en la actualidad recolectados a través de aplicativos conocidos como APP y redes sociales por empresas extranjeras que ofrecen servicios globalmente de forma “gratuita” en plataformas virtuales y sin sedes físicas en los países de los usuarios, situación que conlleva a que esa información recolectada no pueda ser controlada eficazmente por los ordenamientos jurídicos internos de los países y sus respectivas entidades de control, lo que hace aprovechable tal situación por parte de esas empresas o personas para hacer tratamientos automáticos indebidos a esos datos personales, y estableciendo perfiles individuales, que permiten identificar a la personas en relacionamientos de marketing como potenciales clientes y en el caso de política como potenciales votantes, convirtiéndose la información personal del usuario en una especie de producto en el mercado el cual tiene un valor que es negociado con el mejor oferente, independientemente del fin último que este dé a esos datos personales.

En ese sentido cabe preguntarse ¿las personas son realmente informadas de la destinación que tienen sus datos personales como producto de mercado? ¿Realmente existe una autorización, clara expresa, surgida de un consentimiento no viciado por parte del usuario para que sus datos personales sean vendidos y revendidos? ¿Puede los datos personales privados ser utilizados como moneda cambio para acceder a servicios que son promocionados como gratuitos? ¿Es esa práctica violatoria del derecho a la privacidad?

Cuando observamos las directrices y principios que rigen la recolección y tratamientos de datos personales es posible responder con preocupación esos cuestionamientos, comenzando por resaltar la preocupación manifiesta por las Naciones Unidas respecto a la frecuencia con la que las personas no dan su consentimiento libre, ex-

plícito e informado para que sus datos personales sean reutilizados, es decir, vendidos o revendidos, lo que deja trasparecer las formas fraudulentas utilizadas, valiéndose de artificios como “servicio gratuito” que realmente no vienen a ser gratuitos.

Si bien esa práctica ha venido desenvolviéndose desde tiempo atrás, es en la actualidad que viene a llamar la atención de la comunidad internacional y del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la forma como viene siendo vulnerado el derecho a la privacidad de miles y miles de personas en todo el mundo a través de internet, gracias a labor de un grupo periodístico investigativo de “*The Guardian e The New York Time*”¹⁴ que puso al descubierto la forma en que están siendo comercializados los datos personales sensibles de usuarios de aplicaciones de internet como redes sociales.

Los hechos que concentran la atención de muchos países respecto de cómo proteger efectivamente el derecho a la privacidad de las personas cuando hacen uso de servicios ofrecidos en plataformas virtuales en internet, llámese aplicaciones o redes sociales son sustentadas conforme los hechos acontecidos con la empresa “*Cambridge Analytica*”,¹⁵ que prestaba servicios análisis de datos personales de consumidores y electores utilizando métodos de biométricos a través de test. Esta empresa no tenía una sede física específica de operación, prestando sus servicios en diversas partes del mundo.

La empresa *Cambridge Analytica*, es conocida en la actualidad por su ligación al escándalo en que se encuentra implicado la red social Facebook, por la infiltración de datos personales de millones de usuarios de esta red social, datos que fueron utilizados para influenciar votos y persuadir los potenciales votantes a favor de la campaña del entonces candidato presidencial Donald Trump, que fue electo como presidente de los Estados Unidos en el año 2017.

Esa infiltración de datos se dio por medio de aplicaciones de encuestas o test de personalidades contenidas en la plataforma de Facebook que podían determinar, informaciones privadas e íntimas de las personas, informaciones que fueron recolectadas y transferidas de forma ilegal y sin autorización de usuarios a las bases de datos de La empresa *Cambridge Analytica*.

Comenta Jhon Freddy Vega,¹⁶ en un video,¹⁷ que los usuarios afectados con la infiltración de sus datos personales fueron alrededor de 50 millones de usuarios de Facebook, con base en esos test donde se podía determinar las emociones e insegu-

¹⁴ The New York Times. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. By Nicholas Confessore. April 4, 2018. Disponible en: <<https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>> Acceso: 22-may-2018.

¹⁵ Empresa de publicidad de análisis de datos de electores y consumidores para ejecutar planos de comunicación estratégica. Sitio web: <https://cambridgeanalytica.org/>

¹⁶ Cofundador y presidente ejecutivo de Platzi, una startup que ofrece clases en vivo de programación, diseño, marketing y negocios vía streaming.

¹⁷ VEGA, Freddy. El Escándalo De Facebook Y Cambridge Analytica. Publicado em 22 de mar de 2018. Disponible em:<<https://www.youtube.com/watch?v=Vru1iXZRHes&feature=share&app=desktop>> Acceso em: 23-may-2018.

ridad de las personas y así clasificar los potenciales votantes que no tenían un candidato determinado, para después llenarlos de información falsa y así manipularlos psicológicamente para optar por el candidato para el cual la empresa se encontraba prestando sus servicios de “asesoría”.

Cuando se analiza el caso en mención, no puede hablarse de existencia de un expreso y libre consentimiento para tratamiento de datos otorgado a *Cambridge Analytica*, para acceder a información personal contenida en la plataforma de Facebook, con la aplicación de los test, si bien algunas personas aceptaban, lo hacían de forma inconsciente y sin pleno conocimiento de la finalidad que le darían a sus datos personales, desconociendo por tanto las reales políticas de usos para realización de los test, exponiendo no solo sus datos personales y privacidad, sino también los de sus contactos, lo que conlleva a que fueran muchas las personas que aun no accediendo ni expresando consentimiento le fueron filtrados sus datos.

Algunos países al sur de América como Brasil, se vieron también afectados con la infiltración de datos personales desde la plataforma virtual de Facebook razón por la cual el gobierno de Brasil envió notificación a Facebook exigiendo explicaciones sobre la infiltración de datos por la empresa marketing digital *Cambridge Analytica*, a través de la Secretaria Nacional de Defensa del Consumidor– SENACON, donde hace una serie de cuestionario como cuantos brasileros fueron afectado, como fueron utilizados los datos y a quien fueron repasadas esas informaciones, debiendo responder Facebook en un tiempo estipulado sobre pena de sanción, conforme informa la Agencia de Noticias Brasil.¹⁸ Fueron aproximadamente conforme Facebook medio millón de brasileros, exactamente 443 mil los afectados con las infiltraciones de la empresa de consultoría y marketing Cambridge Analytica.¹⁹

Lo que deja evidenciado una práctica de tratamiento de datos en todo el mundo totalmente ilegal y opuesta a los principios estipulados en ordenamientos internos y violatorio del derecho de la privacidad; principios que como manifiesta Navarro,²⁰ sean creado a partir de la constante evolución del derecho a la privacidad e intimidad, principios básicos para una legislación que busque la protección personal de los usuarios de los medios de comunicación que recolectan datos personales, permitiendo destacar, *el principio de la especificación, propósito o la finalidad*, el cual obliga a quien recolecta la información además del deber de informar al interesado cual es el fin de la recolección,

¹⁸ Agência Brasil. Governo do Brasil pede explicação ao Facebook sobre vazamento de dados. Publicado em 18/04/2018 - 20:15 Por Jonas Valente - Repórter Agência Brasil. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/governo-do-brasil-pede-explicacao-ao-facebook-sobre-vazamento-de-dados>> 24-may-2018.

¹⁹ Agência Brasil. Facebook notifica usuários que tiveram dados vazados; 443 mil são no Brasil. Publicado em 09/04/2018 - 19:43 Por Jonas Valente - Repórter da Agência Brasil. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/facebook-notifica-usuarios-que-tiveram-dados-vazados-443-mil-sao-no-brasil>> Acceso 24-may-2018.

²⁰ NAVARRO. Jiménez Gilberto R. el derecho a la protección de información personal en México. Disponible en: <<http://ordenjuridico.gob.mx/Congreso/2doCongresoNac/pdf/Navarro.pdf>> Acceso 19-may-2018.

destinar los datos para el fin informado, debiendo ser sancionados cuando utiliza los datos para otro destino, y el *principio de la confidencialidad*, que viene a ser el principio que protege realmente al individuo de posibles violaciones a su vida privada.

Estas nuevas formas de vulneración de derechos humanos y fundamentales exigen la pronta y eficaz solución para prevenir y frenar los atentados que se vienen cometiendo contra la privacidad con el tratamiento en masa de datos sensibles recolectados en internet de forma abusiva e ilegal, lo que impone como desafíos a los ordenamientos jurídicos de cada país a trascender más allá de su territorio nacional, con la finalidad de proteger los derechos de sus ciudadanos y exigir reparaciones cuando estos sean vulnerados, lo que impone desafíos de cooperación internacional en la era digital.

IV. En búsqueda de pactos en Latino América que busquen proteger la privacidad en internet

En los países de América del Sur, se hace necesario buscar soluciones conjuntas y mancomunadas que les permitan reaccionar a los países ante situaciones que amenazan los derechos humanos y fundamentales en masa de personas que hacen uso de plataformas virtuales, ¿Como los países del sur de América pueden superar juntos las transgresiones a través de medios digitales que infringen la privacidad de sus ciudadanos? ¿Cómo crear herramientas jurídicas globales?

Las anteriores preguntas buscan llevar a la reflexión, más que pretender responderlas concretamente, para lo cual llama la atención con la finalidad de abrir horizontes que permitan reaccionar eficientemente a los países suramericanos, el ejemplo de los países que componen el bloque o Reglamento General de Protección de Datos–GDPR, de la Unión Europea– UE. Reglamento (UE) 2016/679.²¹

Dicho reglamento empezó a regir a partir del 25 de mayo del año en curso, considerado por la UE como una preparación de Europa para la era digital, el cual tiene como objetivos conforme la Comisión Europea²² proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos como sus datos personales independientemente de donde los datos sean tratados o procesados. La ley tiene básicamente dos finalidades, la primera fortalecer los derechos fundamentales de los ciudadanos en la era digital y segundo, beneficiar a las empresas con la simplificación de normas del mercado único digital, es decir, crear una norma única para todos los países que hacen parte de la Unión Europea.

De igual forma fue creado en la Unión Europea un Consejo Europeo de Protección de Datos –CEPD– como organismo de la Unión con personalidad jurídica,

²¹ EUR-LEX. Access to European Union law. REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL. of 27 April 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:119:TOC> Acceso en: 26-may-2018.

²² Comisión Europea. La protección de datos en la UE. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es> Acceso en: 26-may-2018.

atribuyéndole competencias tales como decidir sobre litigios entre las autoridades nacionales de supervisión, también cumplirá funciones de asesoría y orientación sobre conceptos que necesite el Reglamento General de Protección de Datos RGPD.

La Unión Europea es vivo ejemplo de que la protección del derecho a la intimidad en la era digital ultrapasa las dimensiones del derecho doméstico, y que los países del sur de América deben enfrentar de forma conjunta los nuevos desafíos de la era digital, pues como expresa Souza,²³ en un escenario tan globalizado como el actual donde las interacciones están cada vez más instantáneas y la comunicación facilita las relaciones humanas, sea de orden social, institucional, o comercial, son incrementados elementos de internacionalización, lo que repercute fatalmente en las relaciones jurídicas surgidas en ese contexto y tal incremento acontece en una intensidad hasta entonces desconocida, desafiando los mecanismos jurisdiccionales tradicionales a dar cuenta de los litigios resultantes de esas nuevas formas de relacionamiento.

Los países del Sur de América no pueden de forma aislada enfrentar los nuevos desafíos que fragilizan derechos humanos como la intimidad y privacidad en medios digitales, debiendo ser reanalizadas y reformulas sus políticas internas de privacidad de datos personales conforme a las resoluciones expedidas por las Naciones Unidas, de forma tal que se permita el convivio armónico entre el desenvolvimiento tecnológico y los derechos humanos y fundamentales.

Siendo así importante acrecentar los pasos, puesto que conforme expresa Valadão²⁴ al paso que la prestación jurisdiccional no acompaña el ritmo de la internacionalización que inunda las relaciones sociales, se acumulan fragilidades en la tutela de las relaciones jurídicas con elementos extranjeros, puesto que el Estado de forma insolada es incapaz de dar soluciones a los litigios oriundos de ellas, siendo necesario ampliar los horizontes jurídicos para crear tanto mecanismos de prevención, como de regulación y represión que permiten proteger los bienes jurídicos tutelados en los medios virtuales o digitales.

Conclusiones

De asunto expuesto puede concluirse que, en los países de América del Sur, es necesario desenvolver verdaderas y eficaces herramientas jurídicas para proteger el derecho fundamental a la privacidad de las personas usuarias de internet frente a la infiltración o venta de datos, al mismo paso y agilidad en que ese derecho a la privacidad viene siendo vulnerado.

²³ SOUZA, Nevitton Vieira Souza. *Justiça Transnacional: A Atenção Necessária Do Estado Aos Instrumentos De Cooperação Jurídica Internacional*. Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Processual, Vitória, 2015.

²⁴ VALADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, vol. III, parte especial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

Es necesario modificar el pensamiento que se limita a los ordenamientos domésticos, para resolver problemáticas que van más allá de las líneas territoriales en una era tan global y digitalizada como la actual.

La protección de datos personales en la era digital, aunque legislaciones como la de Brasil y Colombia muestran ser completas, se encuentran delimitadas a un espacio específico en un mundo completamente globalizado, lo que genera que se quede corto cuando debe funcionar como normas de prevención, cuando la recolecta, almacenamiento y tratamiento de datos personales es efectuado por parte de aplicaciones de internet extraterritorialmente.

Por tanto la recomendación en el tema aquí abordado, es la cooperación jurídica internacional entre países de América del Sur como verdadero mecanismo para efectivizar los derechos humanos, y poder superar las crisis que presentan las prácticas que vulneran el derecho de la privacidad de las personas, como la venta abusiva de datos personales sensibles recolectados de forma ilegal en internet por tanto sin cumplimiento de directrices o principios trazadas por normas internas, haciéndose necesario la creación de normas y pactos internacionales como verdaderos instrumentos jurídicos para proteger la privacidad en la era digital.

Bibliografía

AGÊNCIA BRASIL. Governo do Brasil pede explicação ao Facebook sobre vazamento de dados. Publicado em 18/04/2018 - 20:15 Por Jonas Valente - Repórter Agência Brasil. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/governo-do-brasil-pede-explicacao-ao-facebook-sobre-vazamento-de-dados>> 24-may-2018.

AGÊNCIA BRASIL. Facebook notifica usuários que tiveram dados vazados; 443 mil são no Brasil. Publicado em 09/04/2018 - 19:43 Por Jonas Valente - Repórter da Agência Brasil. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/facebook-notifica-usuarios-que-tiveram-dados-vazados-443-mil-sao-no-brasil>> Acceso 24-may-2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acceso en: 10-may-2018.

COMISSION EUROPEA. La protección de datos en la UE. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es> Acceso en: 26-may-2018.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley Estatutaria 1581 de 2012 de 14 de octubre “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html> Acceso en: 21-may-2018.

- EUR-LEX. Access to European Union law. REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL. of 27 April 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:119:TOC> Acceso en: 26-may-2018.
- GUERRA, Sidney. Direitos Humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira/ Sidney Guerra.— 2.ed. editora Atlas, São Paulo., 2014, pp. 161-162.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. A/HRC/28/L.27. Consejo de Derechos Humanos. El derecho a la privacidad en la era digital. 24 de marzo de 2015. Disponible en:<http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_28_L27.pdf> Acceso: 14-may-2018.
- _____, La Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948 disponible en: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> Acceso en 10-may-2018.
- _____, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1976. disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> Acceso en 10-may-2018.
- _____, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. 1990. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>> Acceso en 10-may-2018.
- _____, Asamblea General. /HRC/34/L.7/Rev.1. titulada “34/...El derecho a la privacidad en la era digital’ de 22 de marzo de 2017. Disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_34_L7_rev1.pdf> Acceso: 16-may-2018.
- _____, Asamblea General. A//HRC/32/L.20 del 27 de junio de 2016, titulada “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet’. de 24 de marzo de 2015. Disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf> Acceso: 16-may-2018.
- _____, Asamblea General. A/HRC/28/L.27. Consejo de Derechos Humanos. El derecho a la privacidad en la era digital. 24 de marzo de 2015. Disponible en:<http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_28_L27.pdf> Acceso: 14-may-2018.
- NAVARRO. Jiménez Gilberto R. El Derecho A La Protección De Información Personal En México. Disponible en: <<http://ordenjuridico.gob.mx/Congreso/2doCongresoNac/pdf/Navarro.pdf>> Acceso 19-may-2018.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponible en:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acceso en: 20 de mayo de 2018.

I. Pactos Nacionales e Internacionales
y la Justicia Transnacional

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO N° 8.771, de 11 de mayo de 2016. Disponible en:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm> Acceso en: 20 de mayo de 2018.

SOUZA. Nevitton Vieira Souza. Justiça Transnacional: A Atenção Necessária Do Estado Aos Instrumentos De Cooperação Jurídica Internacional. Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Processual, Vitória, 2015.

THE NEW YORK TIMES. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. By Nicholas Confessore. April 4, 2018. Disponible en: <<https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>> Acceso: 22-may-2018.

VALADÃO, Haroldo. Direito internacional privado, vol. III, parte especial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VEGA. Freddy. El escándalo de Facebook y Cambridge Analytica. Publicado en: 22 de mar de 2018. Disponible en:<<https://www.youtube.com/watch?v=Vru1iXZRHes&feature=share&app=desktop>> Acceso en: 23-may-2018.

CAPÍTULO II

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES, FAMILIA, GÉNERO, MINORIDAD Y PUEBLOS ORIGINARIOS

Femicidio vinculado y tratados internacionales

Gabriela Vanesa Stefani¹

Introducción

En el presente trabajo realizaré un análisis sobre la forma de aplicación que requiere la figura típica del femicidio vinculado. En primer lugar, abordaré el concepto de femicidio y su clasificación, para luego analizar el correcto juzgamiento que deben poseer las sentencias ante casos de femicidio, y la necesidad de incorporar la figura del femicidio vinculado al catálogo de delitos que contiene el Código Penal Argentino, para así poder cumplir con lo establecido por las convenciones internacionales sobre derechos humanos de las mujeres.

Concepto

Fue Diana Russel quien utilizó el término femicide por primera vez en el año 1976 en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres celebrado en Bruselas. En una primera definición de femicidio sostiene que es el asesinato de mujeres realizado por hombres motivados por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres. Y posteriormente lo define junto a Jill Radford como el asesinato misógino de mujeres cometidos por hombres.

Diana Russell clasifica al femicidio, distinguiendo entre femicidio íntimo, no íntimo y por conexión. El primero hace referencia a los asesinatos cometidos por hombres con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afines a éstas; mientras el segundo, alude a aquellos cometidos por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas pero que involucran un ataque sexual previo, por lo que también es denominado femicidio sexual. Finalmente, el femicidio por conexión “hace referencia a las mujeres que fueron asesinadas ‘en la línea de fuego’ de un hombre tratando de matar a una mujer. Este es el caso de mujeres parientes, niñas u otras mujeres que trataron de in-

¹ Abogada (Universidad Nacional del Nordeste). Especialista en derecho (Universidad Salamanca España). Diplomada en Derechos Humanos (Universidad Nacional del Chaco Austral). Especializando en derecho penal (Universidad Cuenca del Plata). Profesora Libre de la Cátedra “C” de Derecho Penal Parte General (Universidad Nacional del Nordeste). Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones. Correo electrónico: juridico.stefani@gmail.com.

tervenir o que simplemente fueron atrapadas en la acción del femicida”.² (Red Chilena, 2004:76).

Del concepto mencionado, podemos decir que, dar muerte en forma violenta a una mujer no es suficiente para la configuración de tipo penal de femicidio, con lo cual se requiere, no solo que estén presentes los elementos de conocer y querer matar a una mujer (elementos constitutivos del dolo), sino que además se le debe agregar el elemento de motivación como pueden ser el odio, el desprecio, placer, etc., por el solo hecho de ser mujer.

Ello necesariamente conlleva al juzgador a realizar un análisis del contexto para poder determinar si en el caso concreto la conducta realizada se puede subsumir en algunas de las formas de los tipos penales de femicidio. Lo que demuestra la complejidad del análisis de la problemática de género, a la hora de juzgar con perspectiva de género.

Femicidio vinculado

Ahora bien, respecto al término femicidio vinculado, el Código Penal Argentino no lo recepta; es un término cuyo concepto fue elaborado por la ONG “La casa del Encuentro” que posee dos modalidades: “por un lado, son todas aquellas personas que fueron asesinadas por el femicida, al intentar impedir el femicidio o que quedaron atrapadas “en la línea de fuego”.

Por otro, son personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad. Este segundo concepto sería aplicable a este caso, con la salvedad de que se trató de su forma tentada y no consumada”.³

A este segundo supuesto es al que me referiré en estas líneas, por considerar que la inclusión típica de esta forma delictiva al código penal argentino es imprescindible para abordar la problemática de género en todas sus modalidades.

Se ha acuñado el término Femicidio “Vinculado”, “...partiendo del análisis de las acciones del femicida, para consumar su fin: matar, castigar o destruir psíquicamente a la mujer sobre la cual ejerce la dominación”.⁴ (La casa del Encuentro, 2013:25).

Y esta relación de dominación, configurada en su forma de coacción psicológica, provoca en la víctima una situación de parálisis que la imposibilita a actuar de cualquier modo para defenderse de las agresiones y del peligro latente que puede existir respecto de un familiar con el que la víctima tiene algún vínculo familiar o afectivo.

² Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación (2004) “La Morada”, Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación.

³ Pagina oficial de la Asociación Civil La casa del encuentro. Disponible en <http://www.lacasadelen-cuentro.org/femicidios.html>. (Fecha de consulta: 15/05/2018).

⁴ Asociación Civil La casa del encuentro “Por ellas ” (2013). Disponible en https://docs.wixstatic.com/ugd/71689c_b0a552a3b8db456cb4b5a8e1178cda14.pdf (Fecha de consulta: 15/05/2018).

“De esta manera, el objetivo del femicida sería en todos los casos la destrucción de la mujer, no necesariamente física, sino psicológica y emocional, sirviendo como vehículo la muerte de personas del entorno de la mujer”.

El artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará” 4 establece: “Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta convención”.⁵

Por su parte el artículo 2 de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) establece: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en se-

⁵ Ley 24.632 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará” (1996). Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>. (Fecha de consulta: 20/05/2018).

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

guir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer y
- g) derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.⁶

Se puede apreciar, que en ambos instrumentos internacionales se fijan obligaciones que recaen sobre los Estados que han adherido a las mismas; de cuyos instrumentos tan solo la CEDAW posee rango constitucional consagrado por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Más aun cuando se trata de la discusión respecto a la importancia que representa una figura legal orientada a satisfacer compromisos internacionales.

Con lo cual, el efecto que importan tales soluciones repercute en la sociedad como un mensaje sobre el camino que se ha tomado como Estado, en contra de todo tipo de discriminación. Un paso adelante en este camino será lograr prevenir comportamientos que atenten contra la igualdad de género a partir de la aplicación de reglas claras sustentadas en la idea de una sociedad libre y democrática de modo tal que todos sus integrantes logren proyectar su plan de vida y ejecutarlo.

Los tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres, tienen como rasgo de identidad central el de configurar una manifestación de la discriminación

⁶ Ley 23.179 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “CEDAW” (1985). Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm> (Fecha de consulta: 20/05/2018).

por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer por el solo hecho de ser mujer o que la afecta en forma desproporcionada, o basada en su género, según lo establecido la definición del artículo 1 de la Convención de Belem do Para´ “Para los efectos de esta convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

De la definición del art. 1 de la Convención de Belem do Para se infiere la necesidad de regular la violencia de género en todas sus formas, y el femicidio vinculado responde a la modalidad de violencia psicológica en la que se provoca la muerte de un ser querido para infligir a la víctima sufrimiento.

De ello se deriva que para que se configure la violencia contra la mujer, el hombre se debe posicionar respecto de la mujer en un binomio superior/inferior, existiendo violencia física, psicológica o sexual, entre otras, por su género. Es decir, en una relación de desigualdad, y por eso, negándole el reconocimiento fáctico de que cuenta con un ámbito de determinación para su personal proyecto de vida, ejerciendo demostraciones de poder, dominación o control por la violencia.⁷ Ello, solo se puede apreciar, en los casos de femicidio vinculado, analizando el contexto de violencia de género por los que atraviesa la víctima en un lapso de tiempo, que termina desencadenando en el femicidio o femicidio vinculado, cuando se produce la muerte de un ser querido, lo que es consecuencia de un proceso de violencia que se agrava constantemente y desencadena en el hecho fatal de femicidio vinculado.

La consideración de la mujer en esta relación de desigualdad que la coloca en un plano de inferioridad, es cultural porque su trasfondo son “las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer” por ello “la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.”

Actualmente, nuestro Código Penal Argentino no tipifica el femicidio vinculado en la forma de “dar la muerte a un familiar o persona con un vínculo afectivo con la víctima, para castigarla o provocarle sufrimientos psicológicamente”, con lo cual estas formas delictivas son impunes, por no ser reguladas acorde a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino. “La Corte IDH, con miras a los deberes de los Estados de similar tenor contenidos en la CADH, ha sostenido que la impunidad ante las violaciones de los derechos humanos existe cuando hay “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” siendo que “(...) el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición

⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), fecha 20 de diciembre de 1993.

crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”.⁸

Por su parte, el Legislador hizo mención en sus argumentos de la existencia del femicidio vinculado: el Diputado Abreu señaló las distintas clases de femicidio al decir que los estudios han distinguido claramente tres clases de femicidio: el femicidio íntimo, es decir, aquel asesinato cometido por varones con quien la víctima tiene una relación íntima o familiar cercana; el femicidio no íntimo o público, que es aquel asesinato cometido por un varón con quien la víctima no tenía relaciones íntimas o familiares, y el femicidio por conexión o vinculado, que es cuando el femicida mata a persona con vínculo familiar o afectivo con la mujer con el objeto de castigarla o destruirla psíquicamente, por considerarla su propiedad.

Ahora bien, en lo que respecta a la violencia de género en el ámbito delictivo “se trata de una noción que permite aunar fenómenos que, aparentemente, pueden ser distintos –como los homicidios sexuales de mujeres por parte de desconocidos y aquellos homicidios cometidos por maridos o novios–, pero que encuentran una raíz común en cuanto se trata de crímenes contra mujeres motivados o basados en el lugar subordinado que ellas ocupan en la jerarquía de género”.⁹ (Toledo, 2009:15)

Por su parte el Comité de la ONU ha señalado que la definición contenida en el art. 1 de la CEDAW incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.

Es por ello que ante casos dudosos de existencia de violencia de género es necesario que se revise el contexto en que ocurrió el hecho. El contexto requiere de una investigación sobre la relación preexistente entre autor y víctima, sin caer en estereotipos, que pueden llevarse a cabo a través de informes o pruebas técnicas que incluyan las personalidades de ambos, y el análisis de las características que posee la violencia, a fin de determinar si existió el rasgo que hace a la identidad central de la violencia de género.

Por su parte se reconoce que “En la medida que la violencia contra las mujeres se entiende como parte de un fenómeno que va más allá de las solas normas penales, y no simplemente como una clase de lesiones, o una clase de delitos de violencia intrafamiliar, podrán también darse respuestas más adecuadas frente a la complejidad que reviste este tipo de delitos. Cuando no se entiende la violencia contra las mujeres de

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Loayza Tamayo”. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, v. Comisión IDH, Relatoría de los Derechos de la Mujer, Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 01/2007.

⁹ Toledo Vázquez, Patsili, (2009) Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres, en “Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto”, Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual.

este modo, entonces se plantean todo el tiempo cuestiones tales como “las mujeres también ejercen violencia” o “los hombres también son víctimas”, como si se tratara simplemente de quién da o no un golpe o insulto. Sólo en la medida que la violencia contra las mujeres se reconoce como parte de todo un sistema social y simbólicamente las mujeres se encuentran –al menos– en desventaja, es posible apreciar la necesidad de abordar esta violencia de forma distinta y, en consecuencia, la necesidad de ajustar la noción de debida diligencia a aplicarse en la investigación de estos casos, así como la forma en que se interpretan las normas –tanto generales como específicas– en relación a la violencia contra las mujeres”.¹⁰ (Toledo, 2009:50).

Conclusión

Siguiendo la exposición desarrollada hasta aquí, considero que el problema de la violencia de género radica en la desigualdad existente entre el hombre y la mujer, lo que responde a una concepción histórica de construcción social patriarcal. Con lo cual se hace necesario abordar la problemática desde un cambio radical cultural para así lograr erradicar la misma.

Ahora bien, el femicidio vinculado es una forma de violencia de género que requiere no necesariamente un daño o violencia física, sino que tiene por objetivo la destrucción de la mujer, a través de infringirle sufrimientos de tipo psicológico y emocional, utilizando como vehículo la muerte de personas del entorno de la mujer, motivo por el cual las mujeres se encuentran coaccionadas por esta violencia psicológica, y nada pueden hacer para impedir que el desenlace trágico acontezca, toda vez que se encuentran imposibilitadas psicológicamente de actuar como lo haría cualquier persona.

Los tratados internacionales que regulan los derechos humanos de las mujeres deben ser aplicados de forma efectiva por los Estados Partes que lo han adoptado, es por ello que están obligados a legislar y tipificar la figura del femicidio en todas sus formas y modalidades; y el femicidio vinculado es una de ellas, por ende, se hace necesario su regulación para dar efectivo cumplimiento de los instrumentos internacionales, para que el Estado Argentino no incurra en responsabilidad internacional.

Bibliografía

Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación (2004) “*La Morada*”, Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación.

Página oficial de la Asociación Civil La casa del encuentro. Disponible en <http://www.lacasadelencontro.org/femicidios.html>. (Fecha de consulta: 15/05/2018).

¹⁰ Toledo Vázquez, Patsili, (2009) Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres, en “Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto”, Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

Asociación Civil La casa del encuentro “*Por ellas*” (2013). Disponible en https://docs.wixstatic.com/ugd/71689c_b0a552a3b8db456cb4b5a8e1178cda14.pdf (Fecha de consulta: 15/05/2018).

Ley 24.632 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “*Convención de Belem do Pará*” (1996). Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>. (Fecha de consulta: 20/05/2018).

Ley 23.179 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “*CEDAW*” (1985). Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm> (Fecha de consulta: 20/05/2018).

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), fecha 20 de diciembre de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Loayza Tamayo”. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, v. Comisión IDH, Relatoría de los Derechos de la Mujer, Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 01/2007.

Toledo Vásquez, Patsilí, (2009) Introducción, en “*Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*”, Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, p. 15.

Toledo Vázquez, Patsili, (2009) Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres, en “*Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*”, Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, p. 50.

Femicidio, evolución y tratamiento actual en la normativa argentina. Incidencia de los tratados internacionales en su tipificación¹

Ximena Morales²

I. Lineamientos generales. Etapa previa a la sanción de la ley 26.791 que incorporó el femicidio/feminicidio en el art. 80 inc. 11 en el Código Penal de la Nación Argentina

En los últimos años se advierte una tendencia legislativa en la región en un claro avance de ampliar los derechos de las mujeres que tiene su norte en la igualdad de género. En este sentido, la figura del femicidio o feminicidio, se convirtió en la bandera de lucha de los movimientos activistas de mujeres de Latinoamérica, obteniéndose su tratamiento legislativo.

Con ello se asumió la obligación internacional de muchos Estados de prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra aquellas, que se base en su condición de tales.

En abril de 2009 con la sanción de la ley 26.485, la República Argentina se acercaba a cumplir con los estándares internacionales en materia de protección y acceso a la justicia de las mujeres que sufrieran algún tipo de violencia definida como:

“... toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. (art. 4).

¹ A través del presente trabajo será abordado el femicidio, entendido como el homicidio cometido por un hombre siendo su víctima una mujer. Este tipo legal contenido en el artículo 80, inc. 11° del Código Penal de la República Argentina, agrava la pena para situaciones como la descripta. Nuestro país receptó en su catálogo penal la figura legal en el año 2012, tomando como base para ello los instrumentos internacionales, plasmando de este modo los compromisos asumidos al momento de su ratificación. Esta circunstancia ha sido un gran avance para el tratamiento de problemáticas tan complejas como son los crímenes provocados en un contexto de desigualdad física, en algunos casos de sometimiento psicológico, violencia doméstica, económica, laboral, etc., que colocan a la mujer en un contexto de desprotección que merece una tutela especial por parte de la legislación.

² Abogada UBA; posgrado en Especialización de Administración de Justicia - UBA. Miembro de la AAJC; funcionaria judicial de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal.
mail: ximenam@speedy.com.ar.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

Del resto de su articulado surgen las acciones de protección judicial y administrativa. De este modo se dispone;

“ARTICULO 3º - Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

- a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;*
- b) La salud, la educación y la seguridad personal;*
- c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;*
- d) Que se respete su dignidad;*
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;*
- f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;*
- g) Recibir información y asesoramiento adecuado;*
- h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;*
- i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;*
- j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;*
- k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización”.*

A la par, se indica como obligación del Estado la de garantizar a las mujeres en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) a la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado;
- b) a obtener una respuesta oportuna y efectiva;
- c) a ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente;
- d) a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;
- e) a recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley;

- f) a la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones;
- g) a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa;
- h) a recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;
- i) a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos;
- j) a oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género y
- k) a contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades (art. 16).

Entre los instrumentos internacionales que sirvieron de base para el tratamiento normativo en nuestro país de una legislación que sancionara hechos de violencia hacia las mujeres, tal como se viene desarrollando, toma gran protagonismo la Convención de Belém do Pará (09/06/1994, de la que Argentina es país signatario).

En ella se establece que “...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...” (art. 1); y “...Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: **a.** que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual. **b.** que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y **c.** que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra...” (art. 2).

II. Debate parlamentario Ley 26.791

La citada ley fue sancionada el 14 de noviembre de 2012 y promulgada el 11 de diciembre de ese año. Resulta de interés el debate parlamentario que enmarcó y precedió su sanción. El contexto social fue punto de encuentro en el discurso de la totalidad de los legisladores que expresaron:

“...su convicción de que con la reforma venían a reconocer una realidad social que merecía un reproche especialmente significativo por el especial valor vulnerante de los derechos humanos y su

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

evidente direccionamiento a sostener una cultura de opresión. Todos sostuvieron en mayor o menor medida que se trataba de un paso hacia los objetivos de alcanzar una plena igualdad en el ejercicio de los derechos de varones y mujeres y en el esfuerzo por erradicar el brutal obstáculo al progreso que representa la violencia contra la mujer...”.

Sostuvo la senadora Escudero que “...*para la conducta del femicida, la vida de la mujer está condicionada al cumplimiento de las expectativas del varón. El varón la considera parte de su patrimonio. Entonces, cuando la mujer incumple sus expectativas, la castiga...*”.

El diputado Milman agregó que “...*‘femicidio’ es la palabra que mejor describe los asesinatos de mujeres por parte de los hombres, motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentido de propiedad sobre ellas...*”.

A lo expuesto agregaron que hay en el femicidio un plus que no está presente en el resto de las agravantes y que consiste en el brutal desprecio de la dignidad de las personas “...*ese profundo desprecio hacia la condición humana de la mujer que, si no admite someterse a sus decisiones, no merece continuar su existencia...*”.

La diputada Mirkin indicó que “...*la muerte de la mujer en manos de un varón es el último paso de muchos años de violencia, que tal como lo establece la ley integral de violencia contra las mujeres, se trata de violencia psicológica, sexual, económica, simbólica y la exhibida en los medios...*”³

En otro momento de su exposición la senadora Escudero indicó que “...*En cuanto a la tipificación del femicidio decimos: el hombre que matare a una mujer o a una persona que se autoperciba con identidad de género femenino y mediante violencia de género... ¿Qué significa violencia de género? En nuestra legislación, en nuestro derecho, está perfectamente definido qué se entiende por violencia de género, tanto en la ley 26.485, de protección integral justamente para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, como en la que aprueba la Convención de Belém do Pará. O sea que el tipo está absolutamente claro y específico. Este femicidio que estamos tipificando como tal, incluye al femicidio íntimo, es decir, en el ámbito de una relación íntima, y al femicidio sexual, cuando se tienen una relación sexual o se la quiere tener; pero no está limitado a esos dos tipos, sino que se da siempre que mediante violencia de género, sea femicidio íntimo, sexual u otro tipo...*”⁴

También se pronunció la diputada Rodríguez al sostener que “...*Es cierto que se pidió la incorporación de la palabra “femicidio”, aunque en realidad es un reduccionismo legal, porque aquí se trata de una categoría mucho más amplia que lo que puede contener un tipo penal: comprende el homicidio sexual de mujeres; el homicidio vinculado a una situación de violencia de género no sólo íntima, que es a lo que se refiere el inciso 1° —que ha sido ampliado— sino también cuando es por medio de conocidos o extraños...*”⁵

³ Confr. Diario de Sesiones de la Excma. Cámara de Diputados de la Nación - República Argentina-, período 130, 5a reunión, 4° sesión ordinaria, 18 de abril de 2012.

⁴ Confr. Diario de Sesiones de la Excma. Cámara de Senadores de la Nación - República Argentina-, período 130, 16a reunión, 11° sesión ordinaria, 3 de octubre de 2012, p. 101.

⁵ *Ibid.*

III. Tipificación del delito de femicidio como homicidio agravado (art. 80, inc. 11° CP)

La redacción actual del artículo 80, inciso 11 del Código Penal de la República Argentina, es la siguiente:

“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:... A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” (inciso incorporado por ley 26.791, art. 2 B.O. 14/12/12).⁶

Como se observa se agrava la pena cuando el sujeto pasivo sea una mujer que hubiese sido víctima de violencia de género por parte de un hombre. En este caso, el sujeto activo sólo puede ser un varón, mientras que el sujeto pasivo debe tratarse necesariamente de una mujer. La razón de esta causal de agravación de la pena debe hallarse en el contexto de violencia física o coactiva que caracteriza a la violencia de género. El homicidio de la mujer bajo estas condiciones aparece como el epílogo fatal de una relación atravesada por el sometimiento y la humillación expresada hacia el género femenino.⁷

También se ha sostenido que “...*femicide*...alcanzaba toda muerte de una mujer basada en su género o, en otras palabras, que se explique por la pertenencia al género femenino de la víctima (...) Por ejemplo, para seguir una de las posibles sistematizaciones, el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), identifica al femicidio íntimo...el no íntimo (la muerte de una mujer cometida por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación, por ejemplo de una agresión sexual)...el ‘sexual sistémico’ (alude a la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas)...Todos estos hechos tienen en común que se trata de expresiones extremas de violencia, pero de un tipo de violencia específico, que está directamente vinculado al género de la víctima...De ahí que se llame a este tipo de violencia, ‘violencia de género contra las mujeres’, o ‘violencia contra las mujeres basada en el género’ o ‘violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres...’.”⁸

⁶ Artículo 52 CP: “Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penal privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26”.

⁷ ABOSO, Gustavo Eduardo “Código Penal de la República Argentina-comentado y concordado con jurisprudencia- 4ta. edición” Ed. IB de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 505.

⁸ PZELLINSKY, Romina/PIQUÉ, María Luisa “La incidencia de las recientes reformas del derecho civil en la interpretación del artículo 80 del Código Penal”; ZAFFARONI, Eugenio en “El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal”, dirección Marisa Herrera, Ed. Hammurabi, 1ra edición 2016, pp. 353/54; PATSILÍ TOLEDO VÁZQUEZ “Femicidio/Feminicidio”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2014, p. 139 y ss.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

En este sentido “...si el objetivo principal es proteger a la mujer maltratada, la respuesta a la violencia sexista debe evitar soluciones unitarias y uniformes lejanas a las particularidades del caso...”⁹

En atención a ello, se ha dicho que para que se configure un caso de violencia de género puede bastar un episodio aislado; así como no todo acto contra una mujer será violencia de género, tampoco es necesario su repetición para que se configure. Resulta necesario entonces, evaluar las condiciones de cada caso en particular para de este modo determinar la subsunción típica de la acción en la figura legal que se viene analizando, teniendo en cuenta las premisas antes indicadas.

Subyace entonces la siguiente pregunta, ¿cuándo un homicidio se tipifica como femicidio?, ¿cuáles son los elementos de la agravación de la conducta y con ella de la imputación?

Hay casos de femicidio que pueden subsumirse en otras figuras agravadas, como por ejemplo homicidio por ensañamiento u homicidio por odio¹⁰ y odio de género.¹¹ Pero para que se califique un homicidio como femicidio, debe enlazarse el hecho con la violencia de género y ello es precisamente lo que le otorga el carácter de agravado, es decir, la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión del autor es sometiendo a su voluntad. La contracara es que son muertas por no haberse sometido.¹² En este sometimiento y cosificación de la víctima reside una de las claves para interpretar la violencia de género y femicidio.

IV. Análisis de las sentencias de femicidios desde 2012

Resulta muy útil sobre el particular el trabajo investigativo efectuado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM),¹³ realizado con motivo de haberse cumplido cinco años desde la sanción de la agravante en trato.

En su informe “Análisis de las primeras 50 sentencias por femicidio del país. Artículo 80 inciso 11 del Código Penal. A 5 años de la ley 26.791”, condensa datos duros que permiten visibilizar de forma categórica la problemática en crisis.

⁹ DI CORLETO, Julieta “La concesión del juicio a prueba en casos de violencia de género, límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo “Góngora”, en Leonardo G. Pitlevnik, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T 15, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 197.

¹⁰ Artículo 80 del Código Penal de la República Argentina (CP) “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua... al que matare... 2) con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso...”.

¹¹ Artículo 80, inc. 4º CP, al que matare “...Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” (el resaltado me pertenece). Sobre el odio de género al que se refiere este inciso, este agravante captura aquellos femicidios que están guiados exclusivamente por odio contra las mujeres. Estos hechos, llamados ‘femicidios por misoginia’ integran el conjunto de los crímenes de odio (Conf. PZELLINSKY/PIQUÉ, *op. cit.*, p. 368).

¹² PERALTA, José Milton “Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio). InDret, Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com, Barcelona, octubre 2013, p. 4.

¹³ La UFEM depende del Ministerio Público Fiscal - Procuración General de la Nación.

Fueron tomados para la elaboración del informe casos donde la sentencia dictada haya sido condenatoria por homicidios consumados agravados por el artículo 80, inc. 11° del Código Penal de la República Argentina (exceptuándose de este modo los que han quedado en grado de conato).

El universo de datos colectados ha sido de 54 sentencias, la primera dictada el 29 de octubre de 2014 y la más reciente el 12 de junio de 2017. Se registraron 55 víctimas, todas mujeres, y 58 autores condenados por femicidio.

Desagregando ese número, se obtiene que, en 2014, se dictó una sola condena por el delito en desarrollo; en 2015, fueron 20 los fallos en ese sentido; para 2016 se aumentaron las condenas a 27 y en 2017 –al momento del relevo– fueron 6.

En lo que respecta a las jurisdicciones del país que más sentencias por femicidio han dictado, Salta cuenta con 12; Córdoba con 10; Buenos Aires, sigue con 9, la ciudad autónoma de Buenos Aires con 8; y luego el número decrece en el resto de las provincias argentinas.

De las 54 sentencias analizadas, surge que han sido 57 hombres y una mujer los condenados. La mujer fue condenada como coautora junto a su pareja masculina, por el asesinato de una mujer con la que él mantenía otra relación afectiva. Va de suyo que la agravante sólo fue aplicada al hombre.

La edad promedio de los autores de este delito es de 37 años, encontrándose el 40% de los condenados entre los 30 y 49 años. En cuanto a la nacionalidad, el 87% –que responde a 51 casos– son mayormente de nacionalidad argentina; sólo hay dos casos de autores de femicidio provenientes de otros países de la región: un paraguayo y un uruguayo.

En el 94% de los casos existía entre víctima y victimario un conocimiento previo –generalmente de pareja– y en menor medida, se trató de conocidos. Sólo hubo 3 casos (6%) en los que no existía ningún vínculo previo.

Los femicidios íntimos¹⁴ cuentan con 46 víctimas, de las cuales el 70% encontró la muerte de mano de quienes eran sus parejas al momento del hecho, y el 30% restante, murió a causa de la intervención fatal de sus ex parejas.

En este tipo de femicidio prevalece el apuñalamiento (36%) seguidos por casos de mujeres baleadas (24%).

Fue señalado que 18 sentencias registran denuncias previas de la víctima contra el victimario (39% de los casos se condenó por femicidio íntimo). Este mayor porcentaje de las sentencias podría deberse a que éste es un elemento que los tribunales consideran para aplicar el agravante.

Un dato que conmueve es que, en 9 de las sentencias dictadas por femicidio íntimo (19%) el hecho se cometió frente a o los hijos de la víctima.

Desde otro ángulo, podemos señalar que también existe el denominado femicidio sexual, que es aquél donde se acreditó que en el hecho hubo violencia sexual

¹⁴ Femicidio íntimo: los cometidos en el ámbito de las relaciones de pareja y ex pareja, haya o no convivencia.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

en el ataque, con o sin acceso carnal y sin restringir la violencia sexual a la violencia genital. Puede darse en cualquier relación vincular.

En cuanto al modo de tratamiento del cuerpo ya sin vida, se observó que en el 22% de los casos, el victimario se deshizo de aquél con desprecio, asimilación a la basura o intención de descarte. Hubo casos donde el cuerpo fue envuelto en bolsas y arrojado en zanjas o alcantarillas, descuartizado e integrado al sistema de recolección de residuos para su desaparición, o directamente, no pudo ser encontrado. En 4 casos se evidenció mutilación del cuerpo, incluyendo en 2 de ellos la quema del cadáver.

V. Instrumentos internacionales de Derechos Humanos mencionados en las sentencias

Resulta frecuente la invocación en las sentencias dictadas utilizando el agravante del artículo 80, inc. 11° del Código Penal, de un gran número de instrumentos internacionales. Así, vemos la mención a la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Convención de Belém do Pará), en casi la totalidad de los casos (43).

En 44 fallos (equivalente al 81%) se hace mención a tratados internacionales adoptados por el Estado vinculados a los derechos de las mujeres y de las niñas y niños.

También se invocan: la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) –mencionada en 28 ocasiones–, acompañada de la cita a la Recomendación del Comité CEDAW N° 19 sobre violencia contra mujeres; y la remisión a la “Convención sobre Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” –3 casos–.

También se mencionan instrumentos *soft law* como la “Conferencia Mundial de Beijing” –8 casos–; la “Declaración Universal de Eliminación de la Violencia contra la Mujer”; el “Modelo de protocolo Latinoamericano de Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género” y las “Reglas de Brasilia” –entre otras–.

VI. Caso “González y otras vs. México (Campo Algodonero)” –Corte IDH–

Cobra importancia también, la cita efectuada a jurisprudencia internacional, que marcó una senda en lo que refiere a la investigación de los casos en los cuales medie violencia de género.

Veamos.

Los hechos del presente caso sucedieron en ciudad Juárez– México, donde desaparecieron y luego fueron halladas sin vida, tres jóvenes mujeres. Ellas eran:

- Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001.
- Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquilladora, 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001.

- Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad, desapareció el lunes 29 de octubre de 2001.

Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la policía judicial.

El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos, que presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

El caso fue abordado por la Corte IDH, que resolvió con fecha 16 de noviembre de 2009.

En el petitorio de la CIDH se solicitó a la Corte IDH que declare a México responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 8, 19 y 25 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y el incumplimiento del artículo 7 de la “Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”.

El petitorio de los representantes de las víctimas, solicitaba a la Corte IDH, que además de los artículos invocados por la Comisión, declare que el Estado es responsable por la violación de los artículos 7 y 11 de la “Convención Americana”, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, así como el artículo 7 de la “Convención Belém do Pará”, en conexión con los artículos 8 y 9 del mismo instrumento. Además, solicitaron la violación del artículo 5 de la “Convención Americana” en perjuicio de las tres mujeres.

La Corte se avocó entonces a determinar si México cumplió con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida, la integridad personal y a la libertad personal de las jóvenes González, Ramos y Herrera.

Con respecto al **deber de prevención**, se sostuvo que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la “Convención Americana”, una obligación reforzada a partir de la “Convención Belém do Pará”, párr. 258.

Se efectuó una división de dos momentos claves en los que el deber de prevención debía ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas, y el segundo, antes de la localización de sus cuerpos sin vida.

En este sentido, indicaron que México no demostró haber adoptado las medidas razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida (...) - párr. 284.

Además, consideró la Corte, que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la “Convención Americana” y al artículo 7.c de la “Convención Belém do Pará”, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato - párr. 285.

En razón de ello, la Corte IDH consideró que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la “Convención Americana”, en relación con la **obligación general de garantía** contemplada en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contemplada en el artículo 2 de la misma, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la “Convención Belém do Pará”, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal - párr. 286.

De acuerdo a lo expuesto, se concluyó que en el caso existió impunidad y que **las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. El Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la “Convención Americana” y al artículo 7.c de la “Convención Belém do Pará”, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir** - párr. 388.

Del modo indicado, (...) La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. (...) - párr. 400.

Se efectuó una interesante definición del **estereotipo de género**. Así, se indicó que aquél se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.

Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (..), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer - párr. 401.

Sentado lo precedente, la **Corte IDH determinó respecto de la responsabilidad internacional del Estado** que:

- El Estado no es responsable por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal en relación con su obligación de respeto contenida en el artículo 1.1 de la “Convención Americana”.
- El Estado es responsable por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y a la libertad personal, en relación con la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 de la “Convención Americana” y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de dicho tratado. Asimismo, el Estado incumplió con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la “Convención de Belém do Pará”, en perjuicio de las víctimas.
- El Estado incumplió con su deber de investigar –y con ello su deber de garantizar– los derechos a la vida, integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y libertad personal, en relación con las obligaciones generales de garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la “Convención Americana” y con el artículo 7.b y 7.c de la “Convención Belém do Pará”, en perjuicio de las víctimas. En igual sentido –continúa indicando la Corte– el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, en relación con las obligaciones generales de garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la “Convención Americana” y con el artículo 7.b y 7.c de la “Convención Belém do Pará”, en perjuicio de las y los familiares de las víctimas.
- El Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la “Convención Americana”, en relación con el deber de garantía de los derechos a la vida, integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y libertad personal, en perjuicio de las víctimas; así como en relación con el acceso a la justicia y protección judicial, en perjuicio de los y las familiares de las víctimas.
- El Estado violó los derechos de la niñez, en relación con las obligaciones contenidas en los 1.1 y 2 de la “Convención Americana”, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

- El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la “Convención Americana”, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los sufrimientos causados a las y los familiares de las víctimas.
- El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la “Convención Americana”, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los actos de hostigamiento que sufrieron varios/as de las y los familiares de las víctimas (párrs. 425 a 440).
- El Estado no violó el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, el cual había sido alegado por las y los representantes de las víctimas.

Como se observa, este fallo dictado en 2009 por la Corte IDH ha sido un gran aporte para interpretar las acciones a seguir en materia de prevención y deber de garantía que los Estados deben respetar, a la luz de los instrumentos internacionales que rigen en la materia.

Lo contrario, implicaría una potencial responsabilidad internacional frente al apartamiento de los compromisos asumidos.

Conclusión

Estamos atravesando momentos de cambio en la sociedad y no es casual que sea ahora, hace apenas unos años, cuando comienzan a visibilizarse las temáticas que atraviesan a las mujeres desde las más variadas aristas. Una de ellas es la del sometimiento de lo femenino por parte de lo masculino, como una regla no escrita pero consensuada por costumbre. Aquí cobra especial relevancia el plano de la sexualidad y las erróneas interpretaciones de género.

Se ha dado un gran paso de cara a prevenir problemáticas como las analizadas en el presente; en ese marco, se adoptaron políticas públicas de prevención y sanción de este tipo de delitos, pero aún falta transitar un gran trecho.

Se palpan aires de cambio y renovación que se vislumbran en el modo en que se resuelven temas inherentes a las contingencias familiares, sociales y de estereotipos fuertemente arraigados en la sociedad.

El tratamiento que se otorga a este tema, sumado al debate fomentado desde ámbitos académicos, como así también aquellos nacidos en lo cotidiano, en los más diversos ámbitos, son la base de discusiones que luego trasuntarán a otros planos, generando terreno fértil para que se logre el cambio actitudinal que permita luego su exteriorización al mundo, y con ello, podamos todos, ser más libres.

Debemos tomar conciencia que instaurar una buena práctica de convivencia, dejando de lado prácticas ancestrales, podrá servir de freno al avance de conductas que luego deban ser juzgadas en el fuero penal.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, y utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en casos de violencia de género en la Justicia de la C.A.B.A.

Marta Paz¹
Sebastián Brian Lowry²

I. Introducción

Según la Organización Mundial de la Salud, la violencia contra la mujer constituye un grave problema de salud pública y una violación de los derechos humanos de las mujeres. Las estimaciones mundiales publicadas por esa organización indican que alrededor de una de cada tres (35%) mujeres en el mundo han sufrido violencia física y/o sexual de pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida.³

Una encuesta realizada por el Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“CABA”)⁴ reveló que:

- sólo el diez por ciento (10%) de las mujeres que viven en la ciudad y que habrían sido víctimas de violencia psicológica, física y sexual hizo una denuncia;
- 20% de las mujeres fueron víctimas de “violencia física” (golpeadas, arrastradas, empujadas, arrinconadas, quemadas);
- 30% de las mujeres acusan a su pareja o esposo por hechos de “violencia sexual”;
- 60% de las mujeres fueron víctimas de “violencia psicológica”;
- 70% de las mujeres dijeron que las situaciones de violencia se dieron cuando estaban a solas.

¹ Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y responsable de la Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Secretario de Cámara de la Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³ Publicado en <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>, 29 de noviembre de 2017.

⁴ “Primera encuesta sobre violencia psicológica, física y sexual en la Ciudad”, disponible en <http://www.buenosaires.gob.ar/noticias/encuesta-portena-revela-datos-alarmanes-sobre-violencia-de-genero>.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

Por otro lado, según se desprende del informe realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2016 se cometió un (1) femicidio cada treinta y cinco horas (35 hs.).⁵

Puntualmente a partir de la suscripción de la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”,⁶ nuestro país se comprometió a adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, además de, entre cuestiones, investigar y realizar estadísticas sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer adoptadas y formular y aplicar los cambios que sean necesarios en la legislación vigente.

Como consecuencia directa de la asunción de dichas obligaciones se sancionó la ley de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.⁷

Con posterioridad a la sanción de dicha norma la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó la “Oficina de la Mujer” que fue puesta en funcionamiento en julio de 2010.⁸ A través de dicha oficina la Corte Suprema convocó a los poderes judiciales provinciales para que nombrara representantes ante la misma y así establecer la colaboración e intercambio de información y experiencias para avanzar hacia el efectivo cumplimiento de las previsiones contenidas en la ley de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

En ese contexto, el Consejo de la Magistratura de la C.A.B.A. creó en 2012 la “Representación Institucional de la justicia de la ciudad ante la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”⁹ y en septiembre de 2017 la “Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.¹⁰ Esta última tiene entre sus funciones las de monitorear la actividad jurisdiccional e impulsar la incorporación de la perspectiva de género en los organismos judiciales, a fin de adecuar su actividad al adecuado cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en la materia.

Entre las metas que se fijó la Representación Institucional en un primer momento se destaca la preparación de informes estadísticos sobre la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos, específicamente la mediación y la suspensión del proceso a prueba (más conocida como *probation*), en las causas penales y

⁵ Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina - Datos Estadísticos del Poder Judicial sobre Femicidios 2016, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/om/femicidios.html>.

⁶ Más conocida como “CONVENCION DE BELEM DO PARÁ”, firmada en Belem do Pará, República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994 y aprobada por el Congreso Nacional por Ley N° 24.632.

⁷ Ley N° 26.485”; sancionada el 11 de marzo 2009 y a la cual adhirió la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por ley N° 4.203, sancionada el 28 de junio de 2012.

⁸ Cfr. Acordada CSJN N° 13/2009.

⁹ Resolución del Consejo de la Magistratura de la ciudad N° 373/2012.

¹⁰ Resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura de la ciudad N° 1074/2017.

contravencionales tramitadas en el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A. que fueron iniciadas por la comisión de hechos de violencia de género.

El primero de los informes se presentó en 2014 y a partir de allí han sido realizados anualmente. Los tres primeros informes fueron publicados y se encuentran disponibles en la web de la Editorial Jusbaire.¹¹

En esta ponencia presentamos las conclusiones extraídas del análisis de las causas penales y contravencionales iniciadas en el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2016 en que se denunciaron hechos cometidos en un contexto de violencia de género y se utilizaron la mediación y la suspensión del proceso a prueba como métodos alternativos de resolución de conflictos. Las conclusiones corresponden al Cuarto Informe Estadístico elaborado por la Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II. Objeto de la investigación

El objeto del análisis radica en generar un sistema de indicadores estadísticos cuya elaboración periódica permita monitorear con qué parámetros se utilizan los medios alternativos de resolución de conflictos en aquellos casos en que se denuncian hechos cometidos en un contexto de violencia de género, en causas iniciadas por la supuesta comisión de delitos y contravenciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La necesidad de contar con estadísticas sobre la utilización de dichos medios alternativos en esos casos es de suma importancia, habida cuenta que ello podría acarrear la responsabilidad internacional de nuestro país por incumplir las obligaciones asumidas al suscribir la “Convención de Belem do Pará”.

Ahora bien, con la reforma de la Constitución Nacional que se aprobó en 1994 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pasó a tener un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción.

Como consecuencia de ello, el Congreso Nacional sancionó en 1995 la ley N° 24.588¹² que, en lo que aquí interesa, dispuso que el Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires debían celebrar convenios para transferir en forma progresiva competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹³

El primer Convenio fue celebrado el 7 de diciembre de 2000, fue aprobado por la Legislatura de la ciudad el 31 de mayo de 2001 a través de la ley N° 597 y por el Congreso Nacional el 2 de julio de 2003 por ley N° 25.752.

¹¹ <http://editorial.jusbaire.gov.ar/>

¹² Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras sea Capital de la República.

¹³ Artículo 6° - El Estado Nacional y la ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

El segundo fue celebrado el 1° de junio de 2004, fue aprobado por la Legislatura de la ciudad el 14 de diciembre de 2006 por la ley N° 2.257 y por el Congreso Nacional el 28 de febrero de 2008 por la ley N° 26.357.

La tercera y última transferencia de competencias no fue convenida entre el Estado Nacional y el Gobierno de la ciudad, sino que fue dispuesta por el Congreso Nacional el 7 de septiembre de 2011 por ley N° 26.702 y fue aceptada por la Legislatura de la ciudad el 7 de diciembre de 2017 mediante Ley N° 5.935.

Sentado lo anterior resulta que de los delitos cuya investigación se transfirió al poder judicial de la ciudad a la fecha en que se realizó la investigación en el que claramente podía darse un supuesto de *violencia de género*, era en el caso de denuncias por la comisión del delito de “amenazas simples”.

El delito de “amenazas simples” está previsto en el primer párrafo del artículo 149 bis del Código Penal de la Nación y castiga con prisión de seis meses a dos años a quien hiciere uso de amenazas “para alarmar o amedrentar a una o más personas”. La “amenaza” es la exteriorización hecha por una persona a otra de que se le va a causar un *mal injusto* (de naturaleza física, económica o moral, por ejemplo), con el objeto de condicionar su ánimo y libertad de determinación. Para ello se puede valer de cualquier medio comisivo, mientras tenga entidad suficiente para infundir temor. El tipo penal no requiere la reiteración de la conducta, sino que la exteriorización de una única amenaza bastaría para tener por configurada la comisión de este delito.

Por otro lado, a partir de la sanción de la ley N° 24.588 se le atribuyó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la potestad de sancionar el Código Contravencional que castiga conductas de menor entidad que las tuteladas por el Código Penal.

Si bien dicho ordenamiento prevé al igual que el Código Penal la aplicación de sanciones de multa y arresto, incluye entre ellas la de trabajo de utilidad pública que no está prevista en este último. Además, contiene un catálogo de sanciones accesorias que pueden imponerse juntamente con aquéllas tales como la clausura, la prohibición de concurrencia, la reparación del daño y la interdicción de cercanía, entre otras. También contempla la posibilidad de aplicar sanciones sustitutivas en caso de que el contraventor quebrante o incumpla injustificadamente las sanciones impuestas.¹⁴

Entre las distintas conductas tipificadas por el Código Contravencional se encuentra el *hostigamiento*, que por sus características es una conducta que podría ser cometida en un contexto de violencia de género.

El *hostigamiento* está tipificado en el artículo 52 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y castiga con pena de uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública; multa de doscientos (\$200) a mil (\$1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto a quien “intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito”.

¹⁴ Libro I, Título II, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *intimidar* implica causar o infundir miedo; mientras que *hostiga* quien molesta, burla, acosa en forma insistente y prolongada en el tiempo.

La referencia al *modo amenazante* genera el interrogante respecto a cuál es el límite para tener por configurada la intimidación u hostigamiento y cuándo la amenaza. Claro que en la medida en que se diera algún supuesto que pudiera ser subsumido en la figura de *amenazas* la investigación por la comisión del delito desplaza la investigación por la comisión de la contravención, por lo que podría sostenerse que intimidar y hostigar son figuras residuales de la amenaza. Por otro lado, al no haber concurso entre delito y contravención el ejercicio de la acción penal también desplaza el ejercicio de la acción contravencional.¹⁵

De ahí que la investigación que llevamos adelante se haya centrado exclusivamente en el análisis de aquellos casos en que se denunciaron hechos que fueron tipificados como “amenazas simples” u “hostigamiento”.

III. Violencia contra la mujer

En 1967, los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas aprobaron la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,¹⁶ que establece que la discriminación contra la mujer constituye una ofensa a la dignidad humana y pide a los Estados que adopten medidas para “abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer” (arts. 1 y 2).

En 1979 se aprobó la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”,¹⁷ que establece en su preámbulo que, a pesar de la existencia de otros instrumentos, las mujeres siguen sin disfrutar de los mismos derechos que los hombres. La Convención describe la naturaleza y el significado de la discriminación por motivos de sexo y establece la obligación de los Estados de eliminar la discriminación y conseguir una igualdad sustantiva.

Este instrumento centra sus regulaciones sobre la diversas formas de discriminación contra las mujeres entendiendo que la expresión *discriminación contra la mujer* “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por

¹⁵ Artículo 15, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

¹⁶ Aprobada por Resolución N° 2263 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967. Disponible en http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=4.

¹⁷ Más conocida como “CEDAW”, por sus siglas en inglés; fue aprobada por resolución N° 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979; fue suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980 y aprobada por el Congreso Nacional por Ley N° 23.179. Tiene jerarquía superior a las leyes por encontrarse entre los instrumentos internacionales incorporados al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>.

objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” (art. 1).

Al suscribir dicha Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, nuestro país se comprometió a tomar todas las medidas apropiadas a fin de eliminar los prejuicios y las prácticas basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres con el objetivo de lograr la plena igualdad entre ellos.

En 1993 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas efectuó la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, que en su artículo 1º define como *violencia contra la mujer* “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”¹⁸

Para la “Convención de Belem do Pará”, la *violencia contra la mujer* es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; dentro de la comunidad o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.¹⁹

En consonancia con la definición contenida en la “Convención de Belem do Pará”, la ley N° 26.485 define la *violencia contra las mujeres* como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal” (art. 4º).

La ley establece que los tipos de violencia contra la mujer especialmente comprendidos por la definición incluida en el artículo 4º, son: la física; la psicológica; la sexual; la económica y patrimonial y la simbólica (art. 5º).

Según el artículo 4º del Decreto N° 1.011/2010, reglamentario de la ley N° 26.485, se entiende por *relación desigual de poder* “la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.”

Un *estereotipo* es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que

¹⁸ “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer” efectuada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 1993.

¹⁹ Artículos 1 y 2.

tales miembros deben cumplir. Según esta definición, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v.g.: los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (v.g.: las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros verdaderamente cumplen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se cree que una persona, por el solo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo.²⁰

Los *estereotipos de género* se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Un estereotipo personal refleja las creencias propias de un individuo sobre un grupo objeto o sobre el sujeto del estereotipo, mientras que un estereotipo cultural o colectivo refleja una creencia ampliamente compartida sobre un grupo objeto o sobre el sujeto de un estereotipo. Los componentes de los estereotipos de género evolucionan y varían de acuerdo con los diferentes contextos.²¹

Entre las modalidades en que la violencia contra la mujer puede manifestarse, el artículo 6° de la ley contempla expresamente la violencia doméstica; la violencia institucional; la violencia laboral; la violencia contra la libertad reproductiva; la violencia obstétrica; la violencia mediática y define cada uno de dichos supuestos. Cabe aclarar que dichas definiciones en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas.²²

La ley define como *violencia doméstica contra las mujeres* “aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.

Cabe aclarar que en función de lo previsto por los instrumentos internacionales específicos y la ley N° 26.485, sólo encuadra en un supuesto de *violencia doméstica contra la mujer* aquella ejercida por un hombre respecto de ésta última. Ello, a diferencia de lo previsto por la ley N° 24.417²³ que define como *violencia doméstica* todo hecho

²⁰ Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone; Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales; University of Pennsylvania Press, 2009, traducción al español por Andrea Parra, Profamilia, 2010, p. 11.

²¹ Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *op. cit.*, p. 23.

²² Art. 6°, Decreto N° 1011/2010.

²³ “Ley de Protección contra la Violencia Familiar”, sancionada el 7 diciembre de 1994 y reglamentado por Decreto N° 235/1996.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

de violencia cometido dentro de un grupo familiar, entendido por tal el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, independientemente del sexo de la víctima y el victimario.²⁴

La *violencia institucional contra las mujeres* es “aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.”

Por *violencia laboral contra las mujeres* se entiende “aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

Violencia contra la libertad reproductiva es “aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”.

La *violencia obstétrica* es definida como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929”.

Por último, la *violencia mediática contra las mujeres* es “aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.”

²⁴ El artículo 1° de la ley N° 24.417 establece que “Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

IV. *Probation* y mediación

La *suspensión del proceso a prueba* es un instituto previsto en los Códigos Penal de la Nación²⁵ y Contravencional de la Ciudad,²⁶ a partir del cual el Estado renuncia a la realización de un juicio a cambio de que el imputado cumpla ciertas pautas de conducta durante un determinado período.

Básicamente, la suspensión puede ser concedida por el juez a quien no registre antecedentes y en casos en que se investiguen delitos de acción pública cuya pena máxima no exceda los tres años de reclusión o prisión, o por la presunta comisión de cualquier contravención. Para que se conceda la suspensión no es necesario contar con la confesión o el reconocimiento de responsabilidad por la comisión del hecho, ni tampoco con la conformidad de la víctima.

Si la persona beneficiada con la suspensión (el *probado*) cumple el compromiso asumido en el término dispuesto y no comete un nuevo hecho penal o contravencional, se extingue la acción;²⁷ en caso contrario, se dispondrá la prórroga del plazo oportunamente fijado para que cumpla con las pautas impuestas al otorgarse la suspensión o la revocación de la suspensión con la consiguiente reanudación del proceso.

La *mediación*, en cambio, es un procedimiento no adversarial, confidencial, voluntario e informal, en el cual un tercero neutral e imparcial (el *mediador*) ayuda a las partes para que intenten lograr la solución dialogada del conflicto que los involucra.

A diferencia de lo que sucede con la suspensión del proceso a prueba, la mediación no se encuentra prevista en el Código Penal de la Nación, sino que ha sido regulada en numerosas legislaciones procesales locales, entre ellas el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.²⁸ También se encuentra regulada en el Código Contravencional de la Ciudad.²⁹

Otra distinción que existe entre ambos métodos radica en que, si bien la suspensión del proceso a prueba puede ser concedida a pesar de la oposición de la víctima, en la mediación son las partes quienes acuerdan voluntariamente el cumplimiento de ciertas pautas con el objetivo de componer el conflicto sin que participen de la negociación el Fiscal o el Juez.

Si en una causa penal la víctima y el imputado llegan a un acuerdo y éste último cumple las pautas que allí se fijaron, o aún en el caso en que no se hubieran podido cumplir por causas ajenas a la voluntad del imputado, pero hubiera existido composición del conflicto, la investigación se archiva.³⁰ En las causas contraven-

²⁵ Artículos 76 a 76 quater.

²⁶ Artículo 45, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

²⁷ Artículos 59, inc. 7°, del Código Penal de la Nación y 40, inc. 4°, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

²⁸ Artículo 204, ley N° 2303 C.A.B.A.

²⁹ Artículo 41, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

³⁰ Artículos 204, último párrafo, y 199, inciso “h” de la ley N° 2303 C.A.B.A.

cionales, en cambio, para que la acción se extinga el acuerdo debe ser homologado por el juez.³¹

Cabe aclarar que el artículo 204 del Código Procesal Penal de la ciudad establece que la mediación no procede cuando se trate de causas dolosas relativas a delitos contra la vida; delitos contra la integridad sexual o lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (cfr. artículo 8° ley N° 24.417, “Ley de Protección contra la Violencia Familiar”).

V. Mediación y *probatión* en casos de violencia contra la mujer

Sin perjuicio de que no existe consenso sobre la posibilidad de valerse de medios alternativos de resolución de conflictos en casos que involucren hechos de *violencia de género*, se observa en el último tiempo una tendencia a excluir su utilización en esos casos.

El rechazo a que se utilice la mediación se funda en que la violencia de género refleja la existencia de una relación desigual de poder entre el hombre y la mujer, lo que podría llevar a que el acuerdo celebrado en el marco de una audiencia de mediación no surja de la libre voluntad de ambas partes.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) expresó su preocupación ante el hecho de que órganos judiciales promuevan el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, pues las partes involucradas en estos casos generalmente no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar y, además, los acuerdos generalmente no son cumplidos por el agresor y éstos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí.³²

En consonancia con lo expuesto, el “Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer” elaborado por la División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas recomienda expresamente que las legislaciones prohíban explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales.³³

En otro orden de ideas, cabe destacar que si bien el Código Procesal Penal de la ciudad³⁴ y el Código Contravencional de la ciudad³⁵ no restringen la posibilidad

³¹ Artículo 40, inc. 1°, y 41, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

³² Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas elaborado por la Relatoría sobre los derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), OEA/Ser.L/V/II, 20 enero de 2007, párr. 161, disponible en <https://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/cap2.htm>.

³³ O.N.U., ST/ESA/329, 2010, punto 3.9.1., p. 40, disponible en [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20(Spanish).pdf).

³⁴ Artículo 204, inciso 2°, ley N° 2.303.

³⁵ Artículo 41, ley N° 1.472 - texto consolidado por Ley N° 5.666 C.A.B.A.

de que la víctima y el agresor compongan el conflicto en todos aquellos casos que involucren hechos de violencia contra la mujer, la “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” prohíbe expresamente la realización de audiencias de mediación o conciliación en esos casos.³⁶

Con respecto a la posibilidad de suspender el proceso a prueba en casos que involucren hechos de violencia de género, los magistrados y doctrinarios tampoco se ponen de acuerdo.

Sin perjuicio de ello cabe destacar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Góngora”,³⁷ caso en el que sostuvo que no era viable suspender el proceso a prueba en los casos en que se investiga la supuesta comisión de un delito de los denominados *de género*. Ello, fundado en que la aplicación de dicho instituto iría en contra de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al suscribir la “Convención de Belem do Pará”; en particular, de las previstas en el artículo 7º, incisos “b” (“actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”); “f” (“establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”) y “g” (“establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”), lo que podría acarrear la responsabilidad internacional de nuestro país.

Cabe aclarar que, si bien los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultan obligatorios para los tribunales de las instancias inferiores fuera de los juicios en los que se dictan, por lo general sus sentencias son luego aplicadas por aquéllos habida cuenta que resulta ser el máximo intérprete de la aplicación del derecho en el ámbito nacional y ello hace aconsejable seguir sus lineamientos para mantener la unidad de la interpretación de la ley.

En ese sentido, si bien la Corte Suprema ha sostenido que la interpretación de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” debe guiarse por la jurisprudencia de la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”,³⁸ principio que *mutatis mutandi* corresponde aplicar respecto de la “Convención de Belém do Pará”, éste organismo internacional no se ha expedido específicamente sobre la imposibilidad de valerse de medios alternativos de resolución de conflictos en casos que involucren hechos de *violencia de género* sobre la base de los deberes asumidos por los Estados al suscribir dicha Convención.

³⁶ Artículo 28, último párrafo, ley N° 26.485.

³⁷ Fallo G. 61. XLVIII. RECURSO DE HECHO - “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092” - CSJN - 23/04/2013.

³⁸ C.S.J.N., fallos 315:1492, causa “EKMEKDJIAN, MIGUEL A. c/SOFOVICH, GERARDO Y OTROS”, 7/7/1992, párrafo 21 del voto de la mayoría.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

Sin embargo, cabe destacar las recomendaciones efectuadas por el Comité de Expertas del “Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará” (“MESECVI”), creado en 2004 con el fin de lograr la implementación efectiva de la Convención, basadas en el análisis de los avances en la implementación de la Convención por sus Estados Parte y en los desafíos persistentes en las respuestas estatales ante la violencia contra las mujeres.

Al respecto, dicho Comité recomendó en 2008 “Derogar las disposiciones que permitan el uso de los métodos de mediación o conciliación judicial o extrajudicial en los casos de violencia contra las mujeres, considerando las desiguales condiciones de poder entre las partes que puede llevar a la denunciante a aceptar acuerdos que no desea o que no tienden a terminar con dicha violencia” y “Revertir el proceso de desjudicialización de la violencia contra las mujeres y asegurar a las víctimas el acceso a un juez ordinario en aquellos países donde las denuncias se resuelven en instancias diferentes a la judicial o donde se privilegian los métodos de conciliación o mediación para evitar que el caso llegue a la justicia.” (Recomendaciones N° 14 y 15 del “Primer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará”).³⁹

En esa línea, el Comité recomendó en 2012 “Prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres, como el uso del criterio o principio de oportunidad, y armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones. Si existieran estos impedimentos solo para casos de violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, ampliar dichas prohibiciones a otros casos de violencia contra las mujeres.” (Recomendación N° 5 del “Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará”).⁴⁰

En 2017, dicho Comité recomendó en relación a la Legislación, específicamente respecto del “acceso a la justicia” (artículos 7 d), f), y 8 c) y d) y f) de la Convención de Belém do Pará), “Asegurar el efectivo acceso a la justicia de las mujeres que sufren violencia, impidiendo la aplicación del recurso de suspensión del juicio a prueba o *probation* y otros como justicia restaurativa, ya que en la práctica encubren formas de mediación penal.” (Recomendación N° 33 del “Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará”).⁴¹

Por último, no podemos pasar por alto que en la “Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)” se consideran indicadores del progreso para la medición de la implementación de la Convención la “Sanción de legislación que prohíba en forma explícita el uso de métodos de conciliación, mediación, *proba-*

³⁹ Disponible en <http://www.oas.org/es/MESECVI/informeshemisfericos.asp>.

⁴⁰ Disponible en <http://www.oas.org/es/MESECVI/informeshemisfericos.asp>.

⁴¹ Disponible en <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico.pdf>.

tion, suspensión de juicio a prueba, aplicación del criterio de oportunidad, conmutación de penas u otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia” y la “Prohibición explícita en la legislación del uso de métodos de conciliación, mediación, suspensión del juicio a prueba (probation) aplicación del criterio de oportunidad, conmutación de la pena u otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres”.⁴²

VI. Conclusiones extraídas del cuarto informe estadístico

Las estadísticas se elaboraron sobre la base del análisis llevado a cabo sobre el veinte por ciento (20%) del total de las causas penales y contravencionales iniciadas en el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A. en el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2016 en las que se denunciaron hechos de violencia de género tipificados como delito de amenazas simples y la figura contravencional de hostigamiento, en las cuales se recurrió a la mediación y la suspensión del proceso a prueba como métodos alternativos de resolución de conflictos.

A. Cantidad total de causas iniciadas

De acuerdo a los datos obtenidos del sistema “JusCABA” al 16 de mayo de 2017, el total de causas penales y contravencionales iniciadas en el período que va desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2016 asciende a diecisiete mil setecientos treinta y dos (17.732). De ese total, siete mil novecientos noventa y cuatro (7.994) corresponden a causas penales y nueve mil setecientos treinta y ocho (9.738) a causas contravencionales.

En tres mil doscientos doce (3.212) se denunciaron hechos tipificados en el artículo 149 bis del Código Penal (“amenazas”), lo que representa el cuarenta por ciento (40%) del total de las causas penales iniciadas en dicho período.

Del total de tres mil doscientos doce (3.212) casos, en mil doscientos doce (1.212) se denunciaron hechos de violencia doméstica; ello representa el treinta y ocho por ciento (38%) de las causas en que se denunciaron hechos por la comisión de conductas tipificadas en el artículo 149 bis del Código Penal.

El número de causas en que se denunciaron hechos de violencia doméstica que fueron encuadradas en la figura prevista y reprimida por el artículo 52 del Código Contravencional de la ciudad (“hostigamiento”) asciende a mil doscientas sesenta y dos (1.262), lo que representa el trece por ciento (13%) del total de las causas contravencionales iniciadas en el mismo lapso.

De ese total de mil doscientos sesenta y dos (1.262) casos, en quinientos veintidós (522) se denunciaron hechos de violencia doméstica; ello representa el cuarenta

⁴² Elaborada por el MESECVI en 2014 y disponible en <http://www.oas.org/es/mese cvi/docs/BdP-GuiaAplicacion-Web-ES.pdf>.

y uno por ciento (41%) de los casos en que se denunciaron hechos por la comisión de conductas tipificadas en el artículo 52 del Código Contravencional.

De lo anterior surge que en un total de mil setecientos treinta y cuatro (1.734) causas penales por hechos tipificados en el artículo 149 bis del Código Penal y contravencionales por conductas reprimidas por el artículo 52 del Código Contravencional de la ciudad se denunciaron hechos de violencia doméstica.

B. Causas penales y contravencionales en las cuales se denunciaron hechos de violencia doméstica y se recurrió al instituto de mediación

De las mil setecientos treinta y cuatro (1.734) causas penales y contravencionales en que se denunciaron hechos de violencia doméstica se recurrió al instituto de la mediación en ciento cincuenta y dos (152), lo que equivale al nueve por ciento (9%) del total.

De esas ciento cincuenta y dos (152) causas, en ciento once (111) se investigaban hechos tipificados en el artículo 149 bis del Código Penal y en cuarenta y uno (41) hechos comprendidos en la figura típica prevista y reprimida por el artículo 52 del Código Contravencional.

C. Mediaciones llevadas a cabo en causas penales y contravencionales en las cuales se denunciaron hechos de violencia doméstica que concluyeron con acuerdo de partes

De las ciento cincuenta y dos (152) causas en que se denunciaron hechos de violencia doméstica que fueron llevadas a mediación, en sesenta y cuatro (64) las partes celebraron un acuerdo; es decir en el cuarenta y dos por ciento (42%).

De los sesenta y cuatro (64) acuerdos celebrados en audiencias de mediación, cuarenta y dos (42) corresponden a causas penales y veintidós (22) a causas contravencionales; ello representa el sesenta y seis por ciento (66%) y el treinta y cuatro por ciento (34%) del total, respectivamente.

Con respecto a la proporción de acuerdos suscriptos, cabe destacar que de las ciento once (111) causas penales llevadas a mediación las partes transigieron en un treinta y ocho por ciento (38%) de los casos; mientras que de las cuarenta y un (41) causas contravencionales, ello sucedió en el cincuenta y dos por ciento (52%) de los casos.

D. Causas penales y contravencionales en las cuales se denunciaron hechos de violencia doméstica y se solicitó la suspensión del proceso a prueba

De las mil setecientos treinta y cuatro (1.734) causas penales y contravencionales en que se denunciaron hechos de violencia doméstica se solicitó la suspensión del proceso a prueba en ciento cincuenta (150) de ellas, lo que equivale al nueve por ciento (9%) del total.

De las ciento cincuenta (150) causas en que se denunciaron hechos de violencia doméstica y se solicitó la suspensión del proceso a prueba, en setenta y una (71) se

investigaban hechos tipificados en el artículo 149 bis del Código Penal y en setenta y nueve (79) hechos comprendidos en la figura típica prevista y reprimida por el artículo 52 del Código Contravencional.

E. Causas penales y contravencionales en las cuales se denunciaron hechos de violencia doméstica y se concedió la suspensión del proceso a prueba

De las ciento cincuenta (150) causas en que se denunciaron hechos de violencia doméstica en que se solicitó la suspensión del proceso a prueba, se concedió dicho beneficio en el cien por ciento (100%) de los casos penales y contravencionales.

F. Causas penales y contravencionales en que se denunciaron hechos de violencia doméstica que se resolvieron a través de mediación y *probation*

De acuerdo a los datos hasta aquí analizados, se desprende que de las mil setecientas treinta y cuatro (1.734) causas penales y contravencionales en que se denunciaron hechos de violencia doméstica, en sesenta y cuatro (64) se celebraron acuerdos en audiencia de mediación y en ciento cincuenta (150) se suspendió el proceso a prueba, lo que totaliza doscientas catorce (214) causas.

Ello implica que sobre las mil setecientas treinta y cuatro (1.734) causas penales y contravencionales referidas, el doce por ciento (12%) se resolvió través de alguno de los medios alternativos de resolución de conflicto bajo estudio.

G. Análisis efectuado sobre causas penales en las cuales se denunciaron hechos de violencia contra la mujer que concluyeron con acuerdo de mediación

Al igual que en el informe estadístico publicado en 2016, nos propusimos realizar un muestreo correspondiente al veinte por ciento (20%) de las causas penales en que se denunciaron hechos de violencia contra la mujer en que se celebraron acuerdos de mediación. Sin embargo, debido a que el sistema informático permite filtrar la cantidad de causas iniciadas por hechos de violencia doméstica pero no de violencia contra la mujer, se relevaron todas aquellas para establecer la cantidad de causas en que se denunciaron hechos que podían ser encuadrados en este último supuesto. Así, una vez efectuado dicho análisis se comprobó que sólo en tres (3) se denunciaron hechos de violencia contra la mujer, lo que equivale al siete por ciento (7%) del total. De su análisis se extrajeron las siguientes conclusiones:

Relación víctima - imputado.⁴³

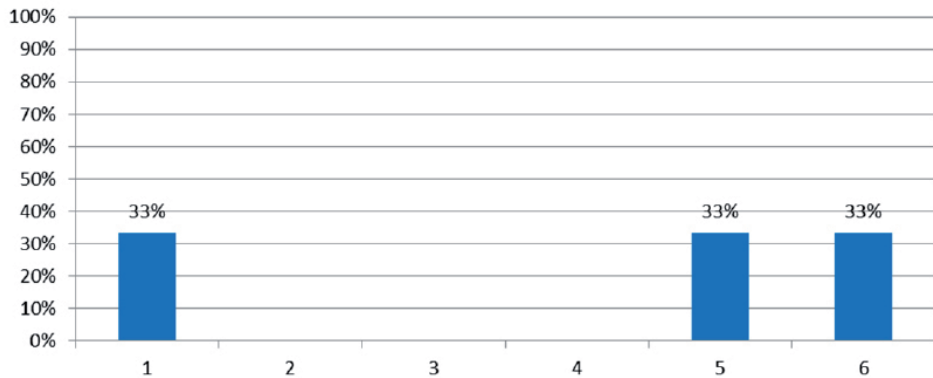
1. Pareja sin hijos en común = 1
2. Pareja con hijos en común = 0
3. Ex pareja sin hijos en común = 0

⁴³ En los casos en que no surge si víctima e imputado tienen hijos en común, se consideró que no los tienen.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

4. Ex pareja con hijos en común = 0
5. Otros = 1⁴⁴
6. No se puede determinar o no surge = 1

Relación Víctima - Imputado



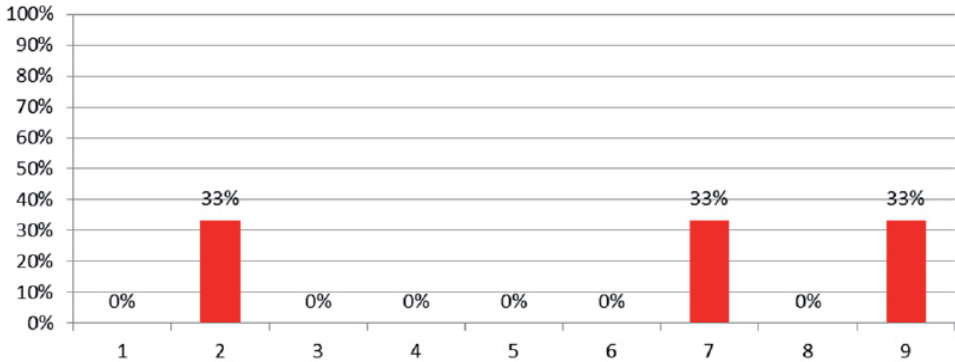
El hecho se habría cometido:

1. En el domicilio compartido por la víctima y el imputado = 0
2. En el domicilio de la víctima⁴⁵ = 1
3. En el domicilio del imputado = 0
4. En el domicilio de un tercero = 0
5. En el domicilio laboral = 0
6. En la vía pública = 0
7. Mediante llamados telefónicos, mensajes de texto, correos electrónicos o a través de redes sociales = 1
8. Otros = 0
9. No se puede determinar o no surge = 1

⁴⁴ La víctima es madre del imputado.

⁴⁵ A los fines del presente análisis se considera que el hecho se cometió “en el domicilio de la víctima” cuando el imputado se encontraba en el interior de la casa o departamento de la víctima, dentro del edificio que habitaba la víctima o en la puerta de acceso al mismo.

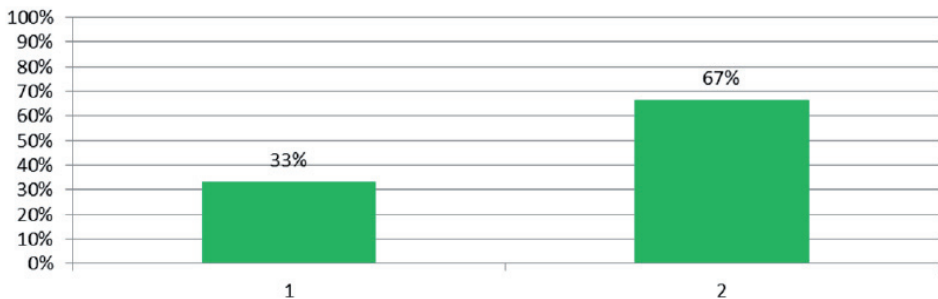
El hecho se habría cometido



Informe previo a la fijación de la audiencia de mediación para establecer si la víctima estaba en condiciones de negociar con su agresor:

1. Se realizó = 1
2. No se realizó o no surge que se haya realizado = 2

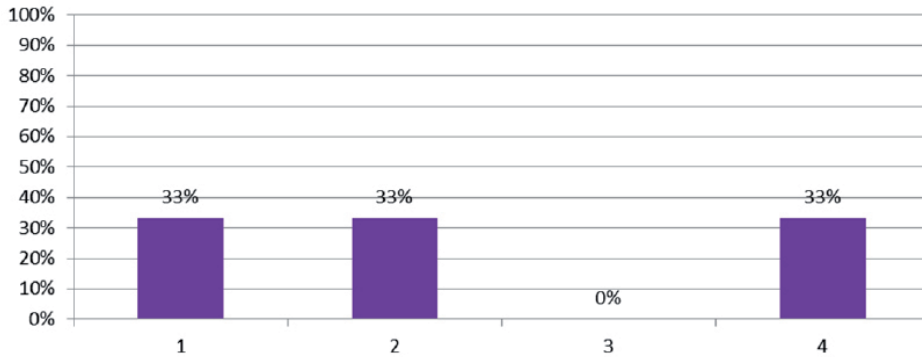
Informe previo a la fijación de la audiencia de mediación para establecer si la víctima estaba en condiciones de negociar con su agresor



Durante la audiencia de mediación la víctima fue asistida por:

1. Abogado particular = 1
2. Personal de la Oficina de Asistencia a la Víctima y Testigo del Ministerio Público Fiscal de la CABA (“OFAVyT”) = 1
3. Personal del Ministerio Público Tutelar = 0
4. No fue asistida o no surge si fue asistida = 1

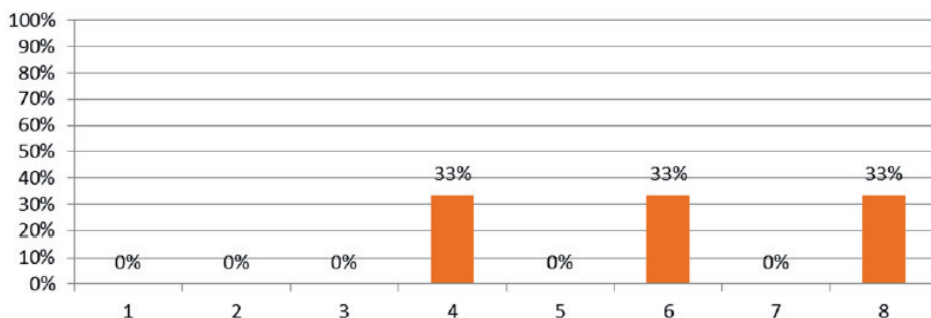
Durante la audiencia de mediación la víctima fue asistida por



Término transcurrido entre la fecha de la denuncia⁴⁶ y la fecha en que se firmó el acuerdo de mediación:

1. Hasta 1 mes = 0
2. Entre 1 y 2 meses = 0
3. Entre 2 y 3 meses = 0
4. Entre 3 y 4 meses = 1
5. Entre 4 y meses = 0
6. Entre 5 y 6 meses = 1
7. Entre 6 y 12 meses = 0
8. Más de 12 meses = 1

Término transcurrido entre la fecha de la denuncia y la fecha en que se firmó el acuerdo de mediación

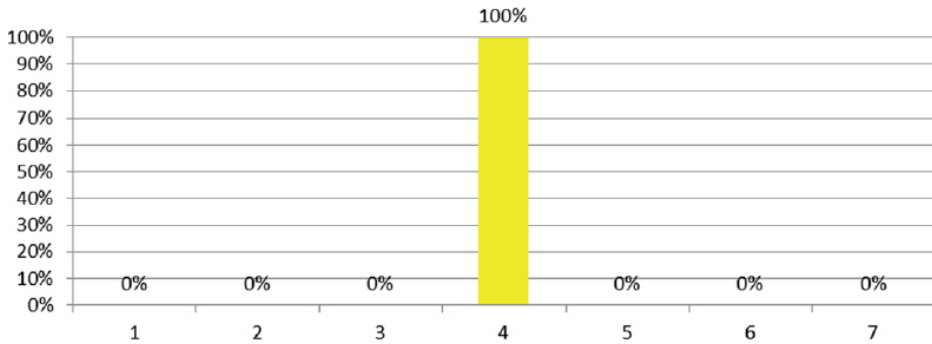


⁴⁶ En los casos en que no se pudo establecer la fecha de denuncia, se tomó la que figura como “fecha de ingreso” en el sistema de gestión judicial “JusCABA”.

Pautas acordadas por las partes en la audiencia de mediación:

1. Exclusión del agresor del hogar = 0
2. Evitar todo tipo de contacto = 0
3. Limitar el contacto a tratar cuestiones vinculadas con los hijos menores en común = 0
4. Mantener trato respetuoso y/o cordial = 3
5. Cumplir las pautas que disponga la justicia civil = 0
6. Otras = 0
7. No se pueden determinar o no surgen = 0

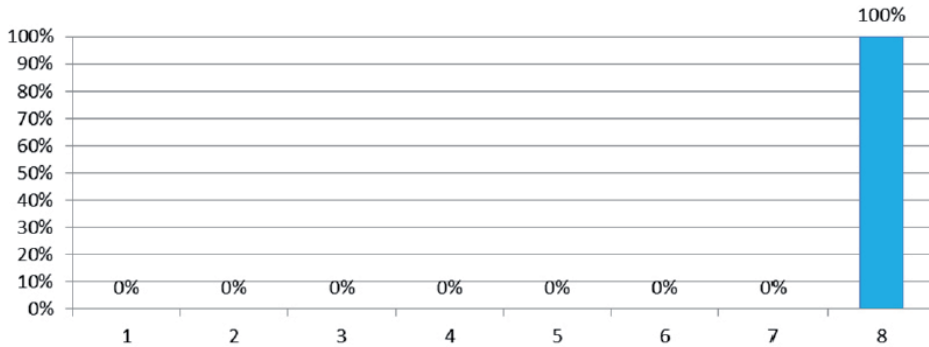
Pautas acordadas por las partes en la audiencia de mediación



Plazo durante el cual se debían cumplir las pautas acordadas:

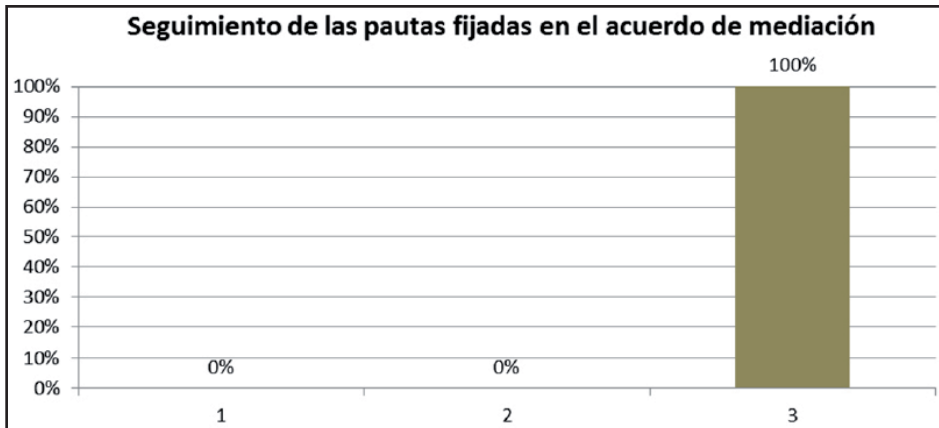
1. Hasta 1 mes = 0
2. Entre 1 y 2 meses = 0
3. Entre 2 y 3 meses = 0
4. Entre 3 y 4 meses = 0
5. Entre 4 y meses = 0
6. Entre 5 y 6 meses = 0
7. Entre 6 y 12 meses = 0
8. No se fijó plazo o no surge que se haya fijado = 3

Plazo durante el cual se debían cumplir las pautas acordadas



Seguimiento del cumplimiento de las pautas fijadas en el acuerdo de mediación:

1. Se dispuso la intervención del Equipo Interdisciplinario del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires = 0
2. Se dispuso seguimiento por otro ente/persona = 0
3. No se dispuso o no surge que se haya dispuesto = 3

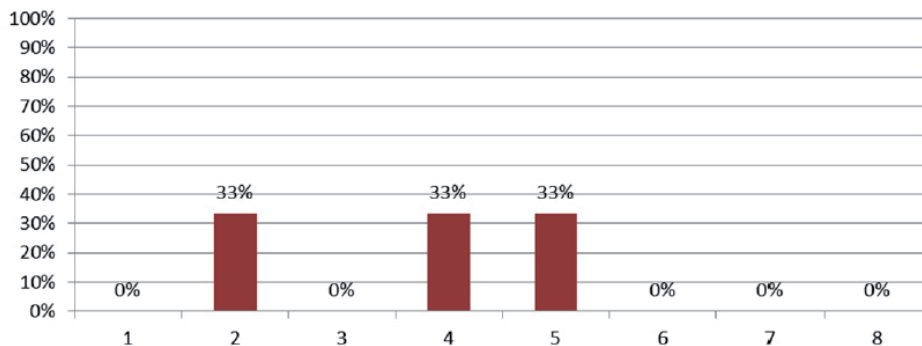


Plazo transcurrido entre la celebración del acuerdo de mediación y el archivo de las actuaciones:

1. El mismo día en que se celebró el acuerdo de mediación = 0
2. Al día siguiente de celebrado el acuerdo de mediación = 1

3. Entre 2 y 7 días = 0
4. Entre 8 días y 1 mes = 1
5. Entre 1 y 2 meses = 1
6. Entre 2 y 3 meses = 0
7. Más de 3 meses = 0
8. No se archivaron o no consta que se hayan archivado = 0

Plazo transcurrido entre la celebración del acuerdo de mediación y el archivo de las actuaciones



H. Análisis efectuado sobre causas contravencionales en las cuales se denunciaron hechos de violencia contra la mujer que concluyeron con acuerdo de mediación

De conformidad con el relevamiento que efectuamos en 2016, en este informe nos propusimos realizar un muestreo correspondiente al veinte por ciento (20%) de las causas de las causas contravencionales en que se denunciaron hechos de violencia contra la mujer en que se celebraron acuerdos de mediación. Sin embargo, al igual que sucedió en el punto anterior, del relevamiento efectuado sobre dichas causas se comprobó que sólo en una (1) se denunciaron hechos de violencia contra la mujer, lo que equivale al cinco por ciento (5%) del total. De su análisis se extrajeron las siguientes conclusiones:

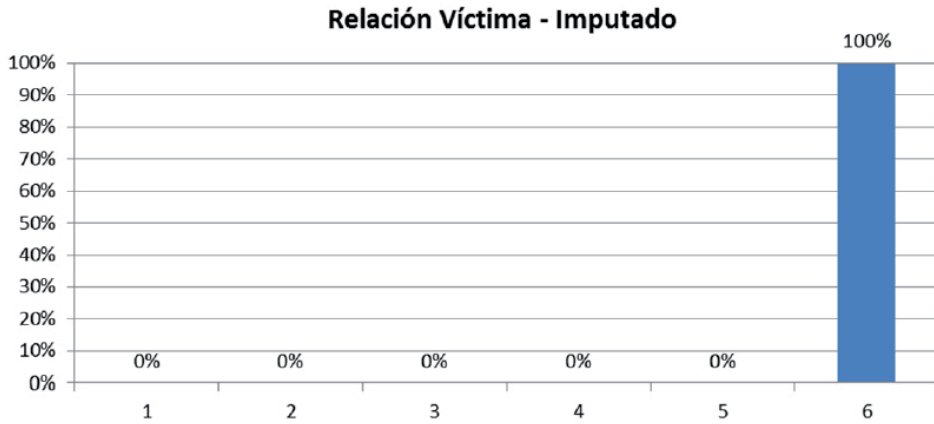
Relación víctima - imputado:⁴⁷

1. Pareja sin hijos en común = 0
2. Pareja con hijos en común = 0
3. Ex pareja sin hijos en común = 0
4. Ex pareja con hijos en común = 0

⁴⁷ En los casos en que no surge si víctima e imputado tienen hijos en común, se consideró que no los tienen.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

5. Otros = 0
6. No se puede determinar o no surge = 2⁴⁸



*El hecho se habría cometido.*⁴⁹

1. En el domicilio compartido por la víctima y el imputado = 0
2. En el domicilio de la víctima⁵⁰ = 0
3. En el domicilio del imputado = 0
4. En el domicilio de un tercero = 0
5. En el domicilio laboral = 0
6. En la vía pública = 3
7. Mediante llamados telefónicos, mensajes de texto, correos electrónicos o a través de redes sociales = 0
8. Otros = 0
9. No se puede determinar o no surge = 0

⁴⁸ En la causa analizada se imputaron 3 hechos que habrían sido cometidos por 2 hombres contra la misma víctima.

⁴⁹ En algunos casos se denunciaron varios hechos de violencia contra la mujer que se investigan en un único expediente, razón por la cual la suma de los hechos puede superar la cantidad de causas analizadas.

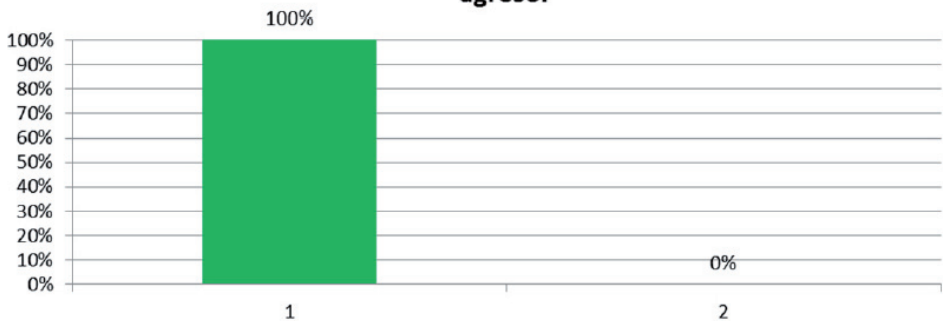
⁵⁰ A los fines del presente análisis se considera que el hecho se cometió “en el domicilio de la víctima” cuando el imputado se encontraba en el interior de la casa o departamento de la víctima, dentro del edificio que habitaba la víctima o en la puerta de acceso al mismo.



Informe previo a la fijación de la audiencia de mediación para establecer si la víctima estaba en condiciones de negociar con su agresor:

1. Se realizó = 1
2. No se realizó o no surge que se haya realizado = 0

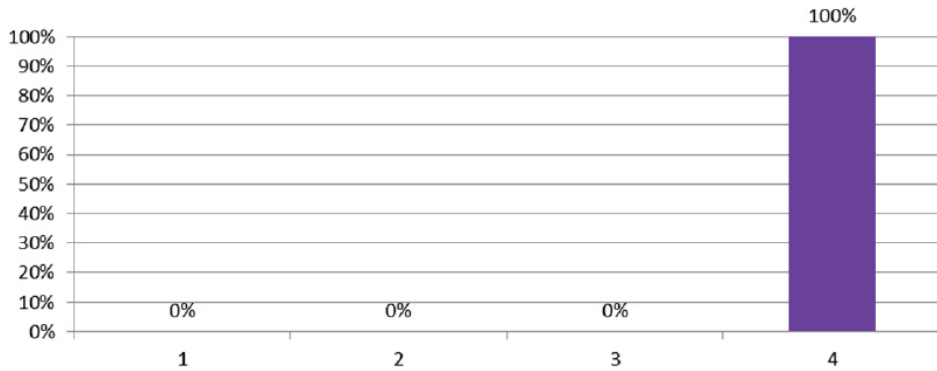
Informe previo a la fijación de la audiencia de mediación para establecer si la víctima estaba en condiciones de negociar con su agresor



Durante la audiencia de mediación la víctima fue asistida por:

1. Abogado particular = 0
2. Personal de la Oficina de Asistencia a la Víctima y Testigo del Ministerio Público Fiscal de la CABA (“OFAVyT”) = 0
3. Personal del Ministerio Público Tutelar = 0
4. No fue asistida o no surge si fue asistida = 1

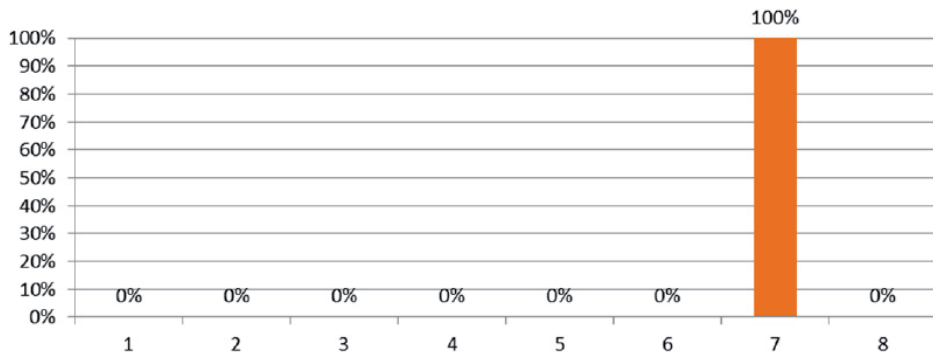
Durante la audiencia de mediación la víctima fue asistida por



Término transcurrido entre la fecha de la denuncia⁵¹ y la fecha en que se firmó el acuerdo de mediación:

1. Hasta 1 mes = 0
2. Entre 1 y 2 meses = 0
3. Entre 2 y 3 meses = 0
4. Entre 3 y 4 meses = 0
5. Entre 4 y meses = 0
6. Entre 5 y 6 meses =
7. Entre 6 y 12 meses = 1
8. Más de 12 meses = 0

Término transcurrido entre la fecha de la denuncia y la fecha en que se firmó el acuerdo de mediación

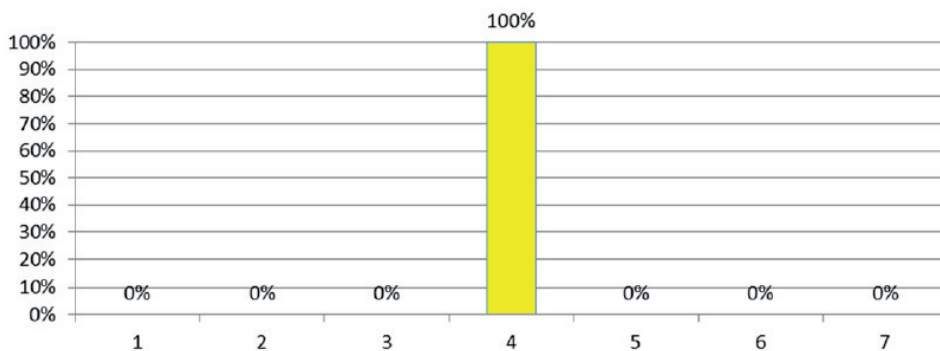


⁵¹ En los casos en que no se pudo establecer la fecha de denuncia, se tomó la que figura como “fecha de ingreso” en el sistema de gestión judicial “JusCABA”.

Pautas acordadas por las partes en la audiencia de mediación:

1. Exclusión del agresor del hogar = 0
2. Evitar todo tipo de contacto = 0
3. Limitar el contacto a tratar cuestiones vinculadas con los hijos menores en común = 0
4. Mantener trato respetuoso y/o cordial = 1
5. Cumplir las pautas que disponga la justicia civil = 0
6. Otras = 0
7. No se pueden determinar o no surgen = 0

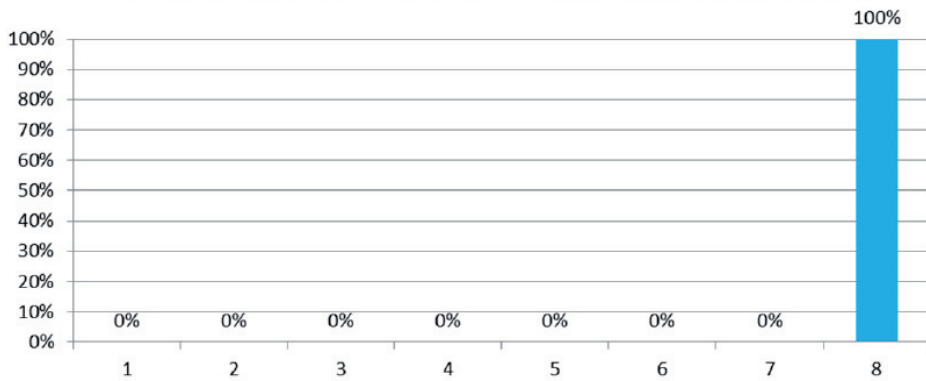
Pautas acordadas por las partes en la audiencia de mediación



Plazo durante el cual se debían cumplir las pautas acordadas:

1. Hasta 1 mes = 0
2. Entre 1 y 2 meses = 0
3. Entre 2 y 3 meses = 0
4. Entre 3 y 4 meses = 0
5. Entre 4 y meses = 0
6. Entre 5 y 6 meses = 0
7. Entre 6 y 12 meses = 0
8. No se fijó plazo o no surge que se haya fijado = 1

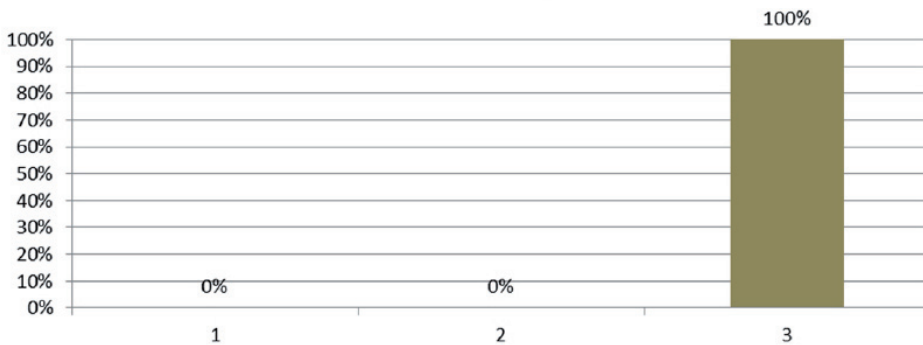
Plazo durante el cual se debían cumplir las pautas acordadas



Seguimiento del cumplimiento de las pautas fijadas en el acuerdo de mediación:

1. Se dispuso la intervención del Equipo Interdisciplinario del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires = 0
2. Se dispuso seguimiento por otro ente/persona = 0
3. No se dispuso o no surge que se haya dispuesto = 1

Seguimiento del cumplimiento de las pautas fijadas en el acuerdo de mediación

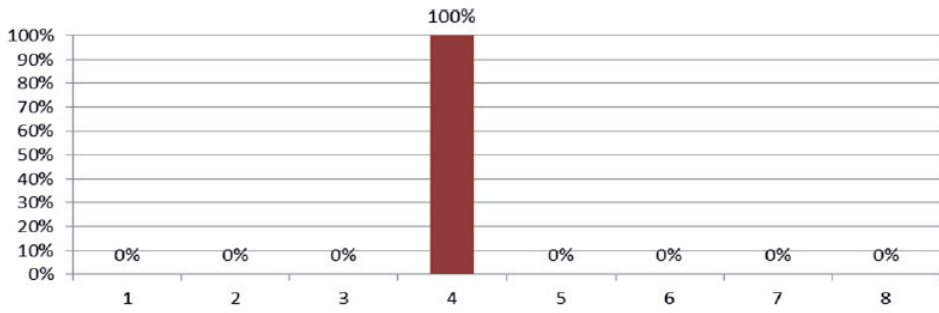


Plazo transcurrido entre la celebración del acuerdo de mediación y el archivo de las actuaciones:

1. El mismo día en que se celebró el acuerdo de mediación = 0
2. Al día siguiente de celebrado el acuerdo de mediación = 0

3. Entre 2 y 7 días = 0
4. Entre 8 días y 1 mes = 1
5. Entre 1 y 2 meses = 0
6. Entre 2 y 3 meses = 0
7. Más de 3 meses = 0
8. No se archivaron o no consta que se hayan archivado = 0

Plazo transcurrido entre la celebración del acuerdo de mediación y el archivo de las actuaciones



I. Análisis efectuado sobre causas penales en las cuales se denunciaron hechos de violencia contra la mujer en las que se suspendió el proceso a prueba

A diferencia de lo acontecido respecto del análisis de las causas penales y contravencionales en que se firmaron acuerdos de mediación, el total de causas penales en que se denunciaron hechos de violencia doméstica en las cuales se suspendió el proceso a prueba involucraban hechos de violencia contra la mujer. De ahí que se realizó el análisis a través de un muestreo que corresponde al veinte por ciento (20%) de las setenta y una (71) causas penales que arrojó el sistema. Ello implica que se analizaron catorce (14) causas, de las cuales se extrajeron las siguientes conclusiones:

*Relación víctima - imputado:*⁵²

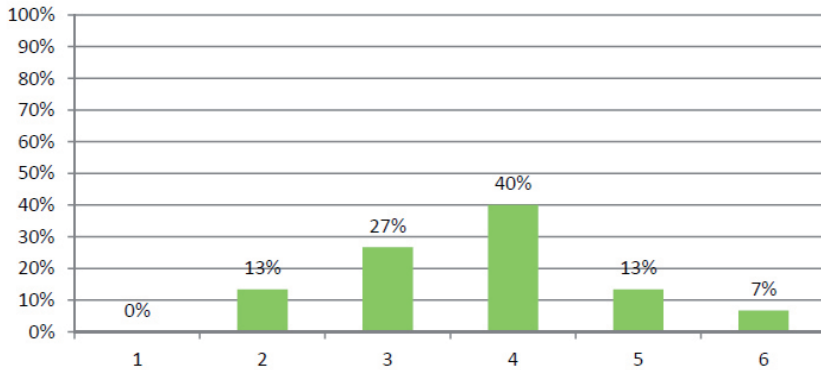
1. Pareja sin hijos en común = 0
2. Pareja con hijos en común = 2
3. Ex pareja sin hijos en común = 4
4. Ex pareja con hijos en común = 6

⁵² En los casos en que no surge si víctima e imputado tienen hijos en común, se consideró que no los tienen.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

5. Otros = 2⁵³
6. No se puede determinar o no surge = 1

Relación Víctima Imputado



*El hecho se habría cometido:*⁵⁴

1. En el domicilio compartido por la víctima y el imputado = 2
2. En el domicilio de la víctima⁵⁵ = 7
3. En el domicilio del imputado = 0
4. En el domicilio de un tercero = 1⁵⁶
5. En el domicilio laboral = 0
6. En la vía pública = 3
7. Mediante llamados telefónicos, mensajes de texto, correos electrónicos o a través de redes sociales = 30
8. Otros = 0
9. No se puede determinar o no surge = 0

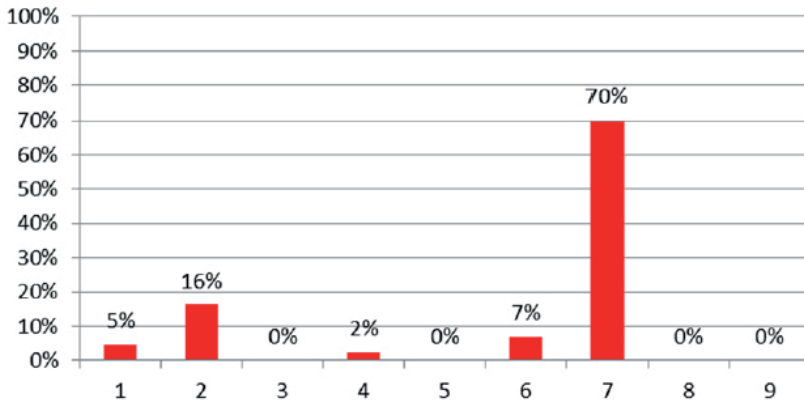
⁵³ En una causa se imputó al ex suegro haber ejercido violencia sobre su ex nuera y en otra, al yerno respecto de su suegra.

⁵⁴ En algunos casos se denunciaron varios hechos de violencia contra la mujer que se investigan en un único expediente, razón por la cual la suma de los hechos puede superar la cantidad de causas analizadas.

⁵⁵ A los fines del presente análisis se considera que el hecho se cometió “en el domicilio de la víctima” cuando el imputado se encontraba en el interior de la casa o departamento de la víctima, dentro del edificio que habitaba la víctima o en la puerta de acceso al mismo.

⁵⁶ Estudio jurídico.

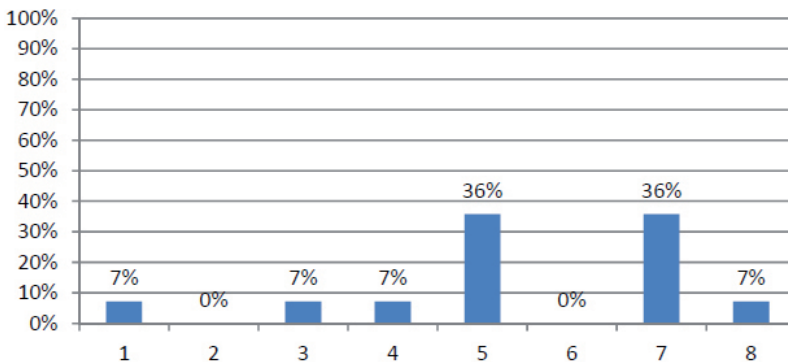
El hecho se habría cometido en



Término transcurrido entre la fecha de la denuncia⁵⁷ y la fecha en que se suspendió el proceso a prueba:

1. Hasta 1 mes = 1
2. Entre 1 y 2 meses = 0
3. Entre 2 y 3 meses = 1
4. Entre 3 y 4 meses = 1
5. Entre 4 y 5 meses = 5
6. Entre 5 y 6 meses = 0
7. Entre 6 y 12 meses = 5
8. Más de 1 año = 1

Término transcurrido entre la fecha de la denuncia y la fecha en que se suspendió el



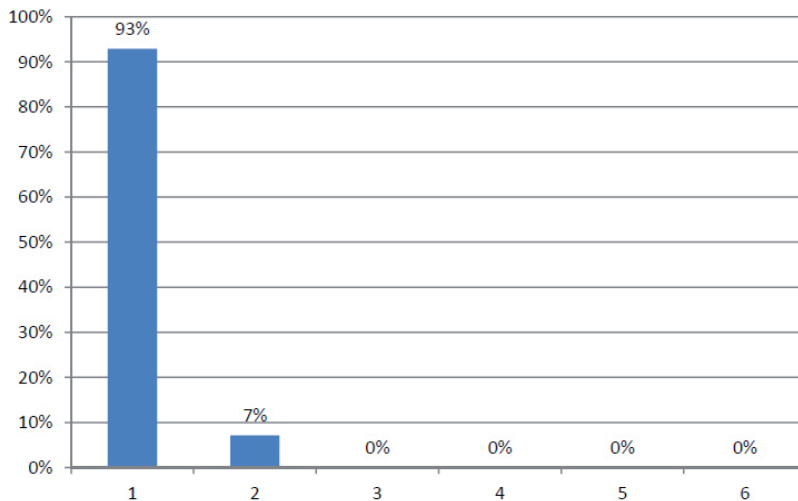
⁵⁷ En los casos en que no se pudo establecer la fecha de denuncia, se tomó la que figura como “fecha de ingreso” en el sistema de gestión judicial “JusCABA”.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

Plazo por el cual se suspendió el proceso a prueba:

1. 1 año = 13
2. Entre 1 y 2 años = 1
3. 2 años = 0
3. Entre 2 y 3 años = 0
4. 3 años = 0

Plazo por el cual se suspendió el proceso a prueba

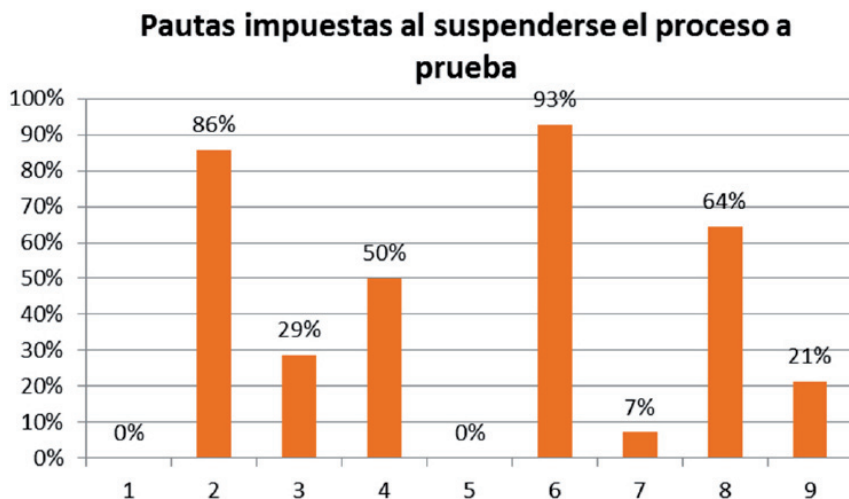


Pautas impuestas al suspenderse el proceso a prueba.⁵⁸

1. Exclusión del agresor del hogar = 0
2. Evitar todo tipo de contacto = 12
3. Limitar el contacto a tratar cuestiones vinculadas con los hijos menores en común = 4
4. Mantener trato respetuoso y cordial = 7
5. Cumplir las pautas que disponga la justicia civil = 0

⁵⁸ Debido a que en los casos analizados se impusieron varias pautas en forma conjunta y los porcentajes se obtuvieron sobre la cantidad de causas en las que se fijaron cada una de ellas, la sumatoria de los mismos supera el 100%. No se tomó en cuenta a los fines del presente análisis el pedido de disculpas; el ofrecimiento de resarcimiento económico en concepto de reparación del daño; la obligación de fijar residencia y comunicar su cambio; cumplir con las citaciones o requerimientos que se le hicieren ni someterse al cuidado de un patronato.

6. Asistir a cursos o talleres = 13⁵⁹
7. Realizar tratamientos = 1⁶⁰
8. Realizar tareas comunitarias o trabajos de utilidad pública = 9
9. Otras = 3⁶¹



Cumplimiento de las pautas impuestas al suspenderse el proceso a prueba:

1. Sobreseimiento del imputado y extinción de la acción por cumplimiento de pautas = 2
2. Prórroga del plazo de suspensión del proceso a prueba = 0
3. Revocación de la suspensión del proceso a prueba por incumplimiento = 1
4. En período de cumplimiento de las pautas = 11
5. Otras = 1⁶²

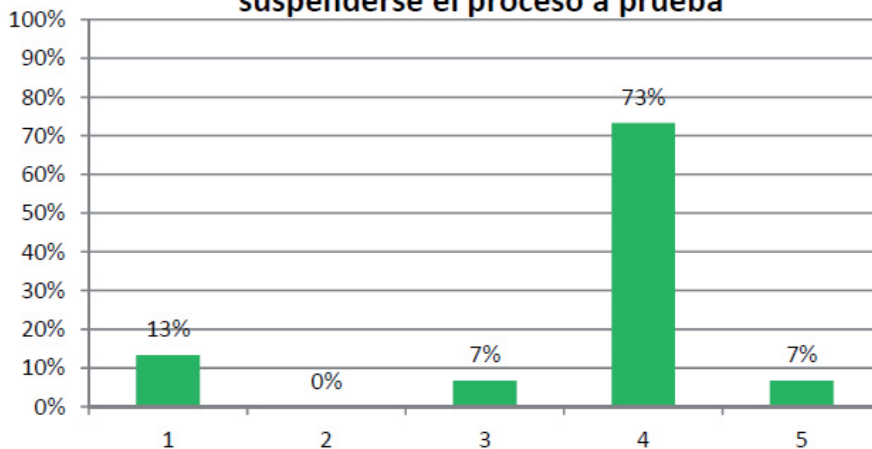
⁵⁹ Entre otros, curso sobre “Familia y Justicia”; curso de “Conversación sobre Género y Cultura” y taller de “Convivencia Urbana”.

⁶⁰ Psicológico.

⁶¹ Limitar el contacto entre el abuelo y el nieto; finalizar la escolaridad primaria y finalizar la escolaridad secundaria.

⁶² Se encuentra pendiente de resolución el pedido de sobreseimiento y extinción de la acción efectuado por el fiscal.

Cumplimiento de las pautas impuestas al suspenderse el proceso a prueba



J. Análisis efectuado sobre causas contravencionales en las cuales se denunciaron hechos de violencia contra la mujer en las que se suspendió el proceso a prueba

Luego de relevadas las causas contravencionales que arrojó el sistema en que se denunciaron hechos de violencia doméstica en las cuales se suspendió el proceso a prueba, se determinó que la totalidad comprendía hechos de violencia contra la mujer. Por ello, se realizó el análisis a través de un muestreo que corresponde al veinte por ciento (20%) de las setenta y nueve (79) causas contravencionales en que se denunciaron hechos de violencia contra la mujer en las cuales se suspendió el proceso a prueba. Ello implica que se analizaron dieciséis (16) causas, de las cuales se extrajeron las siguientes conclusiones:

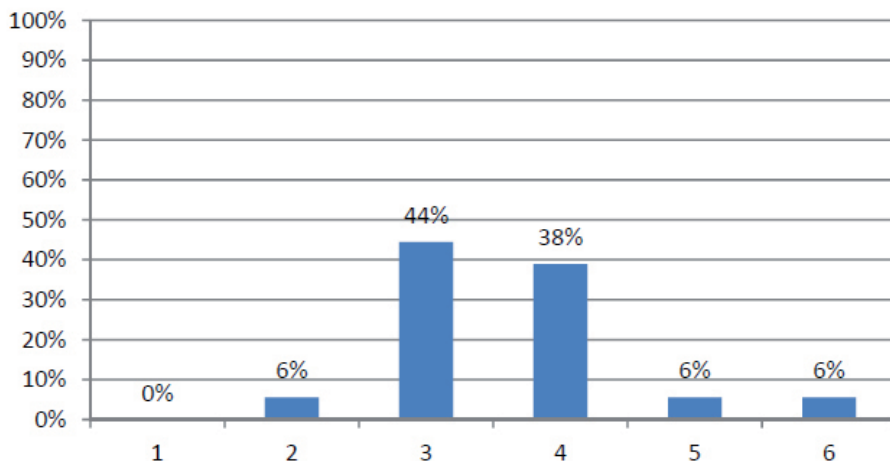
*Relación víctima - imputado.*⁶³

1. Pareja sin hijos en común = 0
2. Pareja con hijos en común = 1
3. Ex pareja sin hijos en común = 8
4. Ex pareja con hijos en común = 7
5. Otros = 1⁶⁴
6. No se puede determinar o no surge = 1

⁶³ En los casos en que no surge si víctima e imputado tienen hijos en común, se consideró que no los tienen.

⁶⁴ La víctima era suegra del imputado.

Relación Víctima Imputado:



*El hecho se habría cometido:*⁶⁵

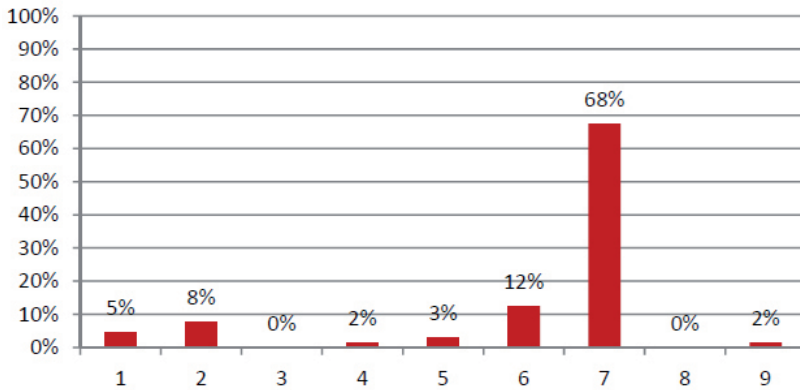
1. En el domicilio compartido por la víctima y el imputado = 3
2. En el domicilio de la víctima⁶⁶ = 5
3. En el domicilio del imputado = 0
4. En el domicilio de un tercero = 1⁶⁷
5. En el domicilio laboral = 2
6. En la vía pública = 8
7. Mediante llamados telefónicos, mensajes de texto, correos electrónicos o a través de redes sociales = 43
8. Otros = 0
9. No se puede determinar o no surge = 1

⁶⁵ En algunos casos se denunciaron varios hechos de violencia contra la mujer que se investigan en un único expediente, razón por la cual la suma de los hechos puede superar la cantidad de causas analizadas.

⁶⁶ A los fines del presente análisis se considera que el hecho se cometió “en el domicilio de la víctima” cuando el imputado se encontraba en el interior de la casa o departamento de la víctima, dentro del edificio que habitaba la víctima o en la puerta de acceso al mismo.

⁶⁷ Domicilio de la madre de la víctima.

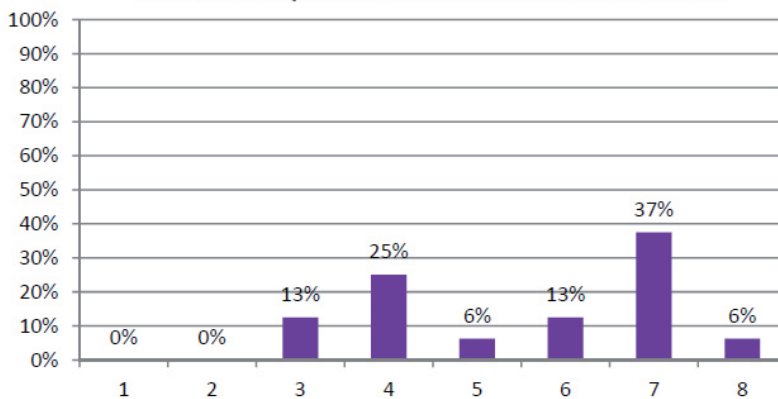
El Hecho se habría cometido en:



Término transcurrido entre la fecha de la denuncia⁶⁸ y la fecha en que se suspendió el proceso a prueba:

1. Hasta 1 mes = 0
2. Entre 1 y 2 meses = 0
3. Entre 2 y 3 meses = 2
4. Entre 3 y 4 meses = 4
5. Entre 4 y 5 meses = 1
6. Entre 5 y 6 meses = 2
7. Entre 6 y 12 meses = 6
8. Más de 1 año = 1

TÉRMINO TRANSCURRIDO ENTRE LA FECHA DE LA DENUNCIA Y LA FECHA EN QUE SE SUSPENDIÓ EL PROCESO A PRUEBA

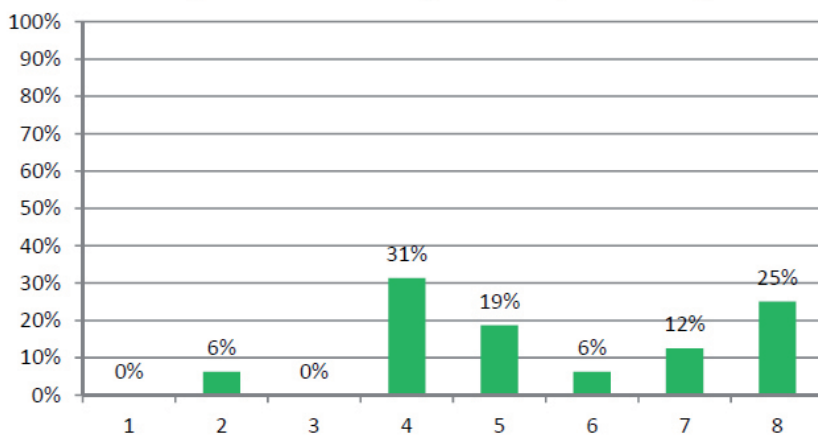


⁶⁸ En los casos en que no se pudo establecer la fecha de denuncia, se tomó la que figura como “fecha de ingreso” en el sistema de gestión judicial “JusCABA”.

Plazo por el cual se suspendió el proceso a prueba:

1. Hasta 3 meses = 0
2. 3 meses = 1
3. Entre 3 y 6 meses = 0
4. 6 meses = 5
5. Entre 6 y 9 meses = 3
6. 9 meses = 1
7. Entre 9 meses y 1 año = 2
8. 1 año = 4

Plazo por el cual se suspendió el proceso a prueba



Pautas impuestas al suspenderse el proceso a prueba:⁶⁹

1. Exclusión del agresor del hogar = 0
2. Evitar todo tipo de contacto = 13
3. Limitar el contacto a tratar cuestiones vinculadas con los hijos menores en común = 5
4. Mantener trato respetuoso y cordial = 3
5. Cumplir las pautas que disponga la justicia civil = 0
6. Asistir a cursos o talleres = 12⁷⁰

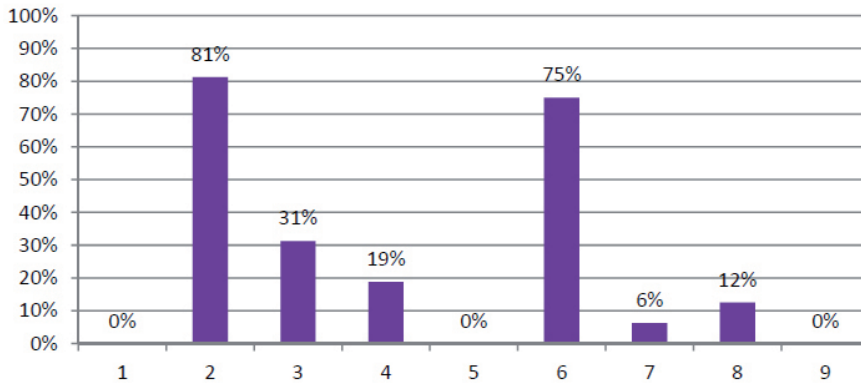
⁶⁹ Debido a que en los casos analizados se impusieron varias pautas en forma conjunta y los porcentajes se obtuvieron sobre la cantidad de causas en las que se fijaron cada una de ellas, la sumatoria de los mismos supera el 100%. No se tomó en cuenta a los fines del presente análisis el pedido de disculpas; el ofrecimiento de resarcimiento económico en concepto de reparación del daño; la obligación de fijar residencia y comunicar su cambio ni cumplir con las citaciones o requerimientos que se le hicieren.

⁷⁰ Entre otros, curso “Conversación sobre Género y Cultura”; curso sobre “Convivencia en la diversidad”; taller de “Hombres Violentos”; curso “Familia y Justicia” y taller de “Convivencia Urbana”.

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

7. Realizar tratamientos = 1⁷¹
8. Realizar tareas comunitarias o trabajos de utilidad pública = 2
9. Otras = 0

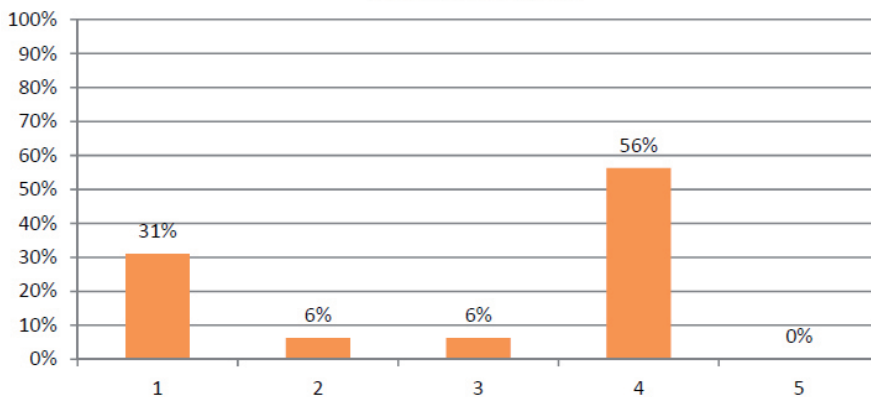
Pautas impuestas al suspenderse el proceso a prueba



Cumplimiento de las pautas impuestas al suspenderse el proceso a prueba:

1. Sobreseimiento del imputado y extinción de la acción por cumplimiento de pautas = 5
2. Prórroga del plazo de suspensión del proceso a prueba = 1
3. Revocación de la suspensión del proceso a prueba por incumplimiento = 1
4. En período de cumplimiento de las pautas = 9
5. Otras = 0

CUMPLIMIENTO DE LAS PAUTAS IMPUESTAS AL SUSPENDERSE EL PROCESO A PRUEBA



⁷¹ Psicoterapéutico ambulatorio.

VII. Conclusiones

1. Conclusiones generales

A) En todos los casos penales y contravencionales analizados se denunciaron hechos de violencia contra la mujer (100%).

B) La mayoría de los hechos penales y contravencionales denunciados habrían sido cometidos por hombres que habían mantenido con la víctima una relación de pareja con o sin hijos en común (66%).

C) Más de la mitad de los hechos penales y contravencionales denunciados habrían sido cometidos mediante llamados telefónicos, mensajes de texto o correos electrónicos (66%), seguidos por aquellos hechos que habrían sido cometidos en la vía pública (13%) y en el domicilio de la víctima (12%).

2. Conclusiones correspondientes al análisis de las causas penales y contravencionales en que se celebraron acuerdos de mediación

A) En los casos en que se investiga la presunta comisión de hechos de violencia contra la mujer, especialmente en aquellos de violencia doméstica, resulta fundamental evaluar la capacidad de razonamiento, comprensión y autonomía de la víctima para poder recurrir al instituto de la mediación. Ello así pues la víctima sólo será capaz de negociar si no se encuentra condicionada por una relación de subordinación que supone, en estos casos, el “dominio” del agresor respecto de aquélla.

El Fiscal General de la ciudad estableció como Criterio General de actuación para los fiscales que para proceder a un proceso de mediación en los casos que se presentan en un contexto de violencia doméstica, se debe contar con un informe expedido por la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“OFAVYI”) sobre la viabilidad y conveniencia de la mediación (art. 2 de la Resolución FG N° 16/2010).

Ahora, si bien en casi la mitad de los casos penales y contravencionales relevados en que se firmó un acuerdo de mediación se denunciaron hechos de violencia doméstica, de las causas analizadas surge que se confeccionaron dichos informes en el total de las causas contravencionales (100%) y sólo en un tercio de las causas penales sometidas a mediación (33%).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el 21 de diciembre de 2015 el Fiscal General de la ciudad dictó la Resolución FG N° 219/2015, mediante la cual derogó el artículo 2 de la Resolución FG N° 16/2010 y estableció que los fiscales en lo Penal, Contravencional y Faltas no deben derivar casos penales o contravencionales de violencia de género a mediación o conciliación (art. 1). Por otro lado, modificó el art. 3° de dicha Resolución en el sentido que los fiscales “no podrán archivar casos penales o contravencionales acudiendo al supuesto previsto por los artículos 199, inciso e), y 200 de la Ley N° 2.303 CABA, cuando se trate de hechos que se presenten en un contexto de violencia doméstica, salvo que se verifique que el suceso ha

II. Pactos Nacionales e Internacionales, familia, género, minoridad y pueblos originarios

resultado insignificante para la propia víctima, el Fiscal la haya escuchado personalmente –o excepcionalmente el/la Secretario/a– durante el proceso, en la medida de lo posible, en audiencia grabada y/o filmada y, adicionalmente, se posean suficientes elementos de juicio que evidencien que el hecho no se produjo en un contexto de reiterada violencia doméstica.” (art. 4).

B) En la totalidad de las causas contravencionales en las cuales se celebraron acuerdos de mediación (100%), las víctimas no fueron asistidas durante la audiencia o no surge si lo fueron.

En la mayoría de las causas penales relevadas en las cuales se celebraron acuerdos de mediación, las víctimas fueron acompañadas a las audiencias por un abogado particular (33%) o por personal de la OFAVyT (33%).

C) En la mayoría de los casos relevados, los acuerdos de mediación se celebraron dentro de los doce (12) meses contados a partir de la fecha en que se realizaron las denuncias (75%).

D) En relación a las características que presentan los acuerdos de mediación celebrados en causas penales y contravencionales, se observa que en el total de los casos las partes acordaron “mantener un trato respetuoso y/o cordial” (100%).

La fijación de dicha pauta de conducta no genera una obligación clara en el presunto agresor que pueda sancionarse en caso de incumplimiento, atento la ambigüedad de la misma.

E) En la totalidad de las causas penales (100%) y contravencionales (100%) en las que se celebraron acuerdos de mediación, no se fijó un plazo durante el cual el agresor debía cumplir con las pautas acordadas.

Si bien el archivo que se dispone en una causa penal tiene distinto efecto del que se dispone en una causa contravencional en que se haya celebrado un acuerdo de mediación, el hecho de que no se haya fijado un plazo mínimo durante el cual el agresor debiera cumplir las pautas acordadas podría afectar la real y verdadera satisfacción del interés de las víctimas.

F) En relación a lo expuesto en el punto anterior, la gran mayoría de las causas analizadas (80% de los casos penales y 67% de los contravencionales) fueron archivadas dentro del mes a partir de la fecha en que se firmaron los acuerdos de mediación.

3. Conclusiones correspondientes al análisis de las causas penales y contravencionales en que se suspendió el proceso a prueba

A) Prácticamente en el total de los casos penales (93%) y contravencionales (94%), se suspendió el proceso a prueba dentro del año contado a partir de la fecha en que se realizaron las denuncias.

Al respecto cabe destacar que en más de la mitad de los casos penales (57%) y contravencionales (56%) se suspendió el proceso a prueba antes de que transcurrieran seis (6) meses contados desde la fecha en que se realizaron las denuncias.

B) En cuanto a las pautas fijadas al suspenderse el proceso a prueba, se observa que las más utilizadas fueron: 1) “asistir a cursos o talleres” y 2) “evitar todo tipo de contacto” (83% de las causas penales y contravencionales), seguidas por 3) “realizar tareas comunitarias o trabajos de utilidad pública” (37%); 4) “mantener trato respetuoso y cordial” (33%) y 5) “limitar el contacto a tratar cuestiones vinculadas con los hijos menores en común” (30%).

C) Si bien sólo en el cinco por ciento (5%) de los casos penales y contravencionales relevados en los cuales se suspendió el proceso a prueba los hechos habían sido cometidos en el domicilio compartido entre la víctima y su agresor, en ninguno se impuso como pauta la “exclusión del hogar” de este último.

D) En relación a los plazos por los cuales se suspendieron los procesos a prueba, surge que en casi la totalidad de los casos penales (93%) el término de suspensión fue fijado en un (1) año; es decir, por el plazo mínimo previsto por el artículo 76 ter del Código Penal que lo establece entre uno (1) y tres (3) años.

En las causas contravencionales, en cambio, menos de la mitad de los procesos (37%) de los procesos fueron suspendidos por hasta seis (6) meses; mientras que en un cuarto (25%) el plazo de suspensión fue fijado en un (1) año, que es el término máximo previsto por el artículo 45 del Código Contravencional durante el cual se puede suspender el proceso a prueba.

Bibliografía

Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone; *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*; University of Pennsylvania Press, 2009, traducción al español por Andrea Parra, Profamilia, 2010.

CAPÍTULO III

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La refundación del constitucionalismo moderno a 25° aniversario del Pacto de Olivos con especial referencia a la aplicación de los pactos en materia tributaria

Juan Waiszman¹

Introito

Sabido es que la reforma constitucional de 1994 –de la que festejamos el 25° aniversario– no fue menor. Hacemos referencia al camino mismo que nos depositó –coyuntura mediante– en la reforma propiamente dicha, como también en las diferentes derivaciones que nos deparó en todo este tiempo.

Mas allá de los vaivenes políticos acaecidos, no cabe duda que la reforma en sí misma fue la piedra basal que dio lugar al análisis, aplicación y reflejo del constitucionalismo moderno. Las modificaciones a la carta magna, advertidas desde la faz historicista, reflejan también el cambio global y son testigos mudos de una característica básica del derecho en formación continua, me refiero al dinamismo, ínsito en la definición.

En ese contexto, aquellas ramas del derecho con más propensión al estatismo fueron aquellas que más tiempo tardaron (y tardan) en incorporar las previsiones contenidas, tanto en el formato de sentencias de tribunales internacionales, como así también en forma de recomendaciones que se efectúan regularmente.

El linaje específico que denominamos *derecho tributario* integra este elenco con escaso dinamismo, y por tanto sus *sub* ramas también son particularmente afectables por esta condición.

Nuestra ponencia en particular, encarada entonces desde la perspectiva de los fiscos, tiene como objetivo primario verificar ambos componentes de la ecuación, y arribar a un estado de situación actual y una prognosis, para un constitucionalismo moderno en estrecha sintonía con un derecho tributario también moderno.

Los pactos en detalle en el ámbito tributario

La faz administrativa

Un camino poco transitado, pero no por ello menos importante, tiene como punto de partida aquellos procesos que se abordan en el ámbito administrativo.

¹ Director del Instituto de derecho tributario de la AAJC

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

Nótese que no nos referimos al derecho administrativo en sí,² sino al proceso que se lleva a cabo en el *ámbito administrativo* pero dominado por un derecho tributario sustantivo autónomo, con un apéndice en la faz administrativa donde puede desarrollarse.

Definido el contexto, cabe referirnos a una aplicación de los pactos en sí misma. Advertimos entonces que estamos frente a la necesidad de velar por la *tutela administrativa efectiva*, la que a su vez agrupa otros principios inherentes a ella, como el de informalismo, y el de buena administración.

En la materia resulta un lugar común recurrir al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Astorga”,³ donde se imponía como condición para acceder la adjudicación de determinadas estaciones de radio difusión que los participantes desistieran de los recursos administrativos o judiciales que tuvieran en curso.

Allí la CSJN fue clara en el énfasis que corresponde asignar a la vigencia de la tutela administrativa efectiva, amparándose en los tratados.⁴ Como bien lo cita Marisa Bibiana Caruso⁵ la “...tutela administrativa efectiva conlleva, tanto en la etapa de formación de la decisión administrativa como en la faz impugnatoria y previa a la instancia judicial, la posibilidad de ocurrir útilmente ante las autoridades administrativas competentes”.⁶

Como se ha expuesto, en materia de Pactos tenemos claro que rige el principio general consagrado en el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”.

En el mismo sentido, la obligación que surge del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece en el Art 2 Inc. 3 que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal

² Somos concientes de las diversas posiciones relativas a la autonomía sustantiva del derecho tributario entre las que encontramos aquellas que lo subordinan al derecho financiero, al derecho administrativo, al derecho privado o las que lo postulan como científicamente autónomo

³ CSJN, Fallos 327:4185

⁴ Artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º Inc. 3º apartados. a y b, y 14 Inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ Caruso, Marisa Bibiana, “Tutela Administrativa Efectiva. Sus bases constitucionales y convencionales”, Diario Administrativo Nro 160 - 04.07.2017.

⁶ Canosa, Armando N. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ‘Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - Decreto N° 310/98 s/amparo Ley N° 16.986’, en Revista Digital, Res Pública Argentina, RAP, Buenos Aires, 16, junio de 2014 Nro.: 343, pp. 317-330.

violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. En el mismo sentido el pacto establece en el Art. 14 que: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Otros instrumentos legales concurren por el mismo camino, estableciendo un derecho a un proceso equitativo, es así que encontramos en el Art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷ esta condición cuando señala que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. A su vez el Art. 13 también es expreso en cuanto al derecho a un recurso efectivo: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia

⁷ Roma, 4 de noviembre de 1950.

nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Puede encontrarse profusa jurisprudencia –mayormente en materia penal– respecto del citado artículo 6to del convenio.⁸

Encontramos el reflejo en el Título VI dedicado a “Justicia” de la Carta de los derechos Fundamentales de la UE⁹ donde expresamente el Artículo 47 refiere al Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial y establece que: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

Como se ha señalado de forma constante, también resultan aplicables el Art 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece varios principios aplicables a la materia, y que si bien se encuentran bajo el título “garantías judiciales” bien cabe traerlos a colación en ambas esferas (administrativa y judicial).

Este artículo reza en la parte que nos resulta sustantiva que: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

Debe ser integrado por el Art. 25 que se titula de “protección judicial” y que estipula: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) *garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

⁸ Asunto Vera Fernández-Huidobro contra España, Asunto Alony Kate contra España, Asunto Cardona Serrat contra España, Asunto García Hernández contra España, Asunto Marcos Barrios contra España. Asunto Almenara Álvarez contra España, Asunto Lacadena Calero contra España. Asunto Valbuena Redondo contra España, Asunto Serrano Contreras contra España, Asunto Ortuño Ortuño contra España, Asunto Serrano Contreras contra España, etc.

⁹ Estrasburgo, 12/12/2007.

En el sentido descripto también podemos encontrar el destello de este criterio garantista en otros instrumentos internacionales como la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁰ –especialmente en su artículo N° 7– o en la Constitución Española en su artículo N° 24.

La faz Penal Tributaria

Aquí, sin la intención de abordar temas que seguramente sean tratados por mis colegas, sí debemos efectuar algunas consideraciones.

Esta fase puede ser dividida en *a)* la aplicación genérica de las previsiones e interpretaciones de los Pactos de forma tal que apliquen a un caso concreto o *b)* la necesidad de estar alerta frente a la discusión –relativamente reciente– de leyes en el congreso sin el debido análisis constitucional o convencional.

Me valdré de algunos ejemplos para los subpuntos detallados:

a) En el caso concreto, con la reforma de la ley N° 24769 allá por el 2011 se intentó –sin suerte– introducir en lo que a la postre fuera la ley N° 26735 un artículo 17bis que expresamente implicaba la inaplicabilidad del *principio de ley penal más benigna*.

Sin embargo, lo que no pudo implantarse de forma expresa en el texto positivo fue suplido por una interpretación de la Procuración General de la Nación (Res. 5/12) y luego reflotada por la resolución 18/2018. En el medio de este período temporal más de 500 causas que alegaban la inaplicabilidad de la ley penal más benigna fueron rechazadas.

Otros argumentos han surgido a lo largo de las sucesivas modificaciones, tales como la aplicación de la *dispensa* en materia penal, los diversos métodos extintivos que aparecen en el catálogo del Código Penal pero cuya interpretación en materia penal tributaria es restrictiva, etc.

A su vez, un tratamiento diferenciado y aparentemente caprichoso en materia de suspensión del juicio a prueba o *probation* para este tipo específico de delitos, al mismo tiempo que la instauración de un nuevo régimen penal tributario –derogatorio del anterior– permite la salida del proceso por pago AUN en supuestos de delitos agravados.

b) En cuanto a las cuestiones de base que los legisladores –y también los jueces en el “caso o causa” concretos deben ponderar– encontramos los lineamientos rectores que expone la propia CIDH.

Solo basta citar en la materia el precedente “Baena”¹¹ de la CIDH donde se plantea si las garantías “judiciales” que prevé el pacto son aplicables aun a la esfera administrativa. El tribunal es claro (Cf. Considerandos 122 y siguientes) en que no existe una aplicación estricta y excluyente a la materia penal, sino que por el contrario la aplicación de la garantía contenida derrama en el proceso todo.

Lo hace de esta forma:

¹⁰ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

¹¹ Ver CIDH, Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia del Sentencia de 2 de febrero de 2001

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

“124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.”

La doble instancia y su relación con el *solve et repete*

Previo al análisis del punto propuesto, es importante a esta altura ratificar la jerarquía constitucional que –como bloque federal– les es propia a los Pactos.

La ratificación jurisprudencial de esta tesitura se expande a diario en todos los ámbitos del derecho y es especialmente referida en el precedente “Giroldi”¹² de la CSJN, constituyéndose entonces estas cláusulas en complementarias por lo que no pueden desplazarse entre sí o aniquilarse recíprocamente.

Va de suyo que la función interpretativa de la CADH fue también reconocida en el famoso fallo “Ekmekdjian c/Sofovich”.

Ahora bien, respecto del tema que nos ocupa es importante poner de resalto que si bien algunos detractores iniciales circunscribieron la aplicación del pacto a personas físicas (actualmente personas humanas) una interpretación de carácter consistente no permite verificar un óbice jurídico que permita excluir a las personas jurídicas de las disposiciones de la CADH.¹³

¹² CSJN, Fallos 318:514.

¹³ Podemos decir que la Corte en el fallo “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A. s/impugnación” de fecha 21 de diciembre de 1989 ha también admitido la aplicación del Pacto a las personas jurídicas,

Una vez más la cita obligada se centra en los Artículos 8 y 25 de la Convención, matizados con las diversas interpretaciones jurisprudenciales de la CIDH. Son citas obligadas los precedentes *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*¹⁴ donde se aclara de forma expresa que “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención”, como también el citado Baena¹⁵ donde se explicita que no solamente se restringen las garantías consagradas al ámbito judicial sino que ellas derraman en cualquier tipo de proceso (administrativo, sancionatorio o jurisdiccional).

El mismo argumento debe indefectiblemente contrastarse con las previsiones de acceso a la instancia previo pago. Esta doctrina, comúnmente conocida como *pague y repita (solve et repete)* tiene su correlato en la jurisprudencia de la CSJN.

Así en 1989 decidió *in re* “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.”¹⁶ respecto de las previsiones contenidas en las leyes N° 18820 y N° 21864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo, en confronte con los términos del Art. 8º, Inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con cita previa a los precedentes “Firmenich” y “Jauregui”¹⁷ en tanto ellos sirven para afirmar que no se requiere una reglamentación interna ulterior para que sea aplicada a controversias judiciales, la CSJN se inclinó por referenciar (Cf. Conside-

sólo que lo ha realizado de forma indirecta. Sin embargo, tiempo después en la causa “Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES) c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Economía) s/demanda contencioso administrativa”, de fecha 27 de diciembre de 1996 nuestro Máximo Tribunal aclaró que la doctrina establecida en el caso “Microómnibus Barrancas de Belgrano” resultaba “aplicable tanto a las personas físicas como a las de existencia ideal”.

Esta concepción fue también sostenida por los tribunales inferiores como el Tribunal Superior de Córdoba y la Corte Suprema de Tucumán (“Pensur S.A. c/Secretaría de Ingresos Públicos y otra - plena jurisdicción - recurso de apelación”, expediente Letra “P”, N 07, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 14 de septiembre de 2005; “Telecom Personal S.A. c/Municipalidad de Córdoba - plena jurisdicción - recursos de casación e inconstitucionalidad”, expediente Letra “I” N 02, 13 de marzo de 2008 y “Provincia de Tucumán –DGR– Vs. Benjamín Paz SRL s/Ejecución Fiscal”, Corte Suprema de Tucumán, Sala Civil y Penal, 20 de diciembre de 2013). (Cf. LAURA KARSCHENBOIM, *La importancia del Pacto de San José de Costa Rica como garantía a favor de los contribuyentes.*)

¹⁴ CIDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

¹⁵ CIDH, Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

¹⁶ CSJN, fallo 312:2490.

¹⁷ “Firmenich, Mario E. s/incidente de excarcelación”, I.74.XXI. del 28/7/87 –La Ley, 1987-E, 274–; “Jauregui, Luciano A. s/planteo de excepciones previas”, J.60. XXI., del 15/3/88.

rando 7mo) lo resuelto por el Tribunal Europeo en el caso “Airey”¹⁸, para luego en el considerando 8vo dar por tierra la aplicación al caso concreto.

Dice la CSJN que “8) *Que la aplicación de la doctrina reseñada al “sub lite” no autoriza a concluir que las leyes impugnadas resulten violatorias del art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana toda vez que el apelante ni siquiera ha alegado que le fuera imposible, debido al excesivo monto del depósito, interponer el recurso de apelación previsto en la legislación cuestionada de tal forma de impedir real y efectivamente el ejercicio de su derecho. Tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia dictada por esta Corte en casos similares al interpretar el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos, 215;225 y 501 –LA LEY, 57-617; 58-292-219-668; 247; 181; 261; 101; 285; 302 –La Ley 151-338–; entre otros)”. Cierra el caso ponderando como improcedente la tacha de arbitrariedad introducida.*

Doble conforme

Con relación a esta materia, que también se imbrica bajo el título *doble instancia* hemos de considerar que siempre el criterio rector que rige la interpretación debe ser *pro homine*.¹⁹

Vale acotar también que esta garantía se conjuga con el contenido del citado artículo 25 para hacerla efectiva al tiempo que resulta una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal.²⁰

El *leading case* “Casal”²¹ de la CSJN al tratar el alcance del Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el Art. 75 Inc. 22– afirma que la revisión debe ser amplia, limitada a “todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral... [rigiendo]... un límite real de conocimiento... que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso”.

Es importante sin embargo dejar, al menos como esbozo por el tiempo acordado a la ponencia, las diversas opiniones de judicaturas provinciales o de la CABA en materia de restricción de la aplicación de la herramienta únicamente en supuestos de delitos. Nos referimos por ejemplo al voto de la Jueza Conde en IBERCOM²² donde sostuvo: “Los artículos 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP están supeditados a la existencia de un fallo final dictado contra toda persona declarada culpable de un delito, de tal suerte que son ajenos a su estricto ámbito de aplicación los pronunciamientos

¹⁸ Sentencia del 9/10/79, publicada en “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de Jurisprudencia, 1.959-1.983”, Cortes Generales, Madrid, pp. 564, 572.

¹⁹ CIDH, Barreto Leiva Vs. Venezuela, sentencia de 2009.

²⁰ CIDH, Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2004.

²¹ CSJN, Fallos 328:3399.

²² TSJCaba, “IBERCOM MULTICOM SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ IBERCOM MULTICOM SA s/infr. art.(s) 2.1.15 - L 451.”, Expte. SPCyF n° 14372/17.

judiciales emitidos con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones de carácter administrativo.”

En el mismo fallo la Jueza Ruiz, si bien no fue tan categórica en la negativa sino que lo limitó a una ausencia de fundamento en primer lugar y una restricción a las personas jurídicas en segundo, al sentenciar: “La invocación genérica del doble conforme o derecho al recurso” no puede prosperar en tanto la recurrente no ha indicado las razones por las cuales, a su juicio, esa garantía debiera alcanzar a procesos de faltas, ni tampoco se hizo cargo en su recurso de que los dos instrumentos internacionales que cita en apoyo a su planteo, la CADH y el PIDCyP, se refieren, en forma expresa, a los derechos y garantías de las personas humanas y no de las empresas.”

De la descripción que hicieramos, si bien no estamos del todo de acuerdo con la denominación de “ultra garantía” que impone la doctrina respecto del *sub examine*, sí creemos que la misma debe respetarse, que es deber de los Estados conformar las legislaciones acordes a esta previsión y que ella derrama irremediablemente en todo tipo de jurisdicciones, aun la que abordamos aquí.

Conclusiones

En materia de respeto por los estándares constitucionales y convencionales en la faz administrativa –aun regida esta etapa por un derecho tributario sustantivo autónomo– es claro que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado por su atención y respeto.

Ello así, tienen idéntico tratamiento y jerarquía el constructo en doctrina y jurisprudencia que sirve de andamiaje para la “tutela judicial efectiva” para que su aplicación sea análoga en materia de “tutela administrativa efectiva”.

Esta tutela también se integra con un factor que llamaremos temporal. Es decir, el plazo razonable en que se dicta una sentencia o resolución –máxime la desigualdad evidente entre administrado y administrador que se verifica en el derecho tributario–.

La previsión temporal razonable como parte del concepto general y omnicomprendivo de justicia resulta en sí misma una garantía exigible en todo tipo de proceso, con expresa remisión al *speedy trial* que dimana de la VI enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (Cf. Considerando número 7 del precedente “Lociser”)²³.

Si bien es cierto que las escuelas han avanzado en pos de dejar atrás la lógica de “poder de imperio del Estado” en tanto este –exacerbado– podría suponer un Estado avasallante e impositor y ciudadanos súbditos, para mutar a una relación jurídica tributaria que establezca paridad de derechos entre ambos, no menos cierto es que esta posición se puede manifestar de diversas maneras.

El factor temporal también es considerado por los Pactos,²⁴ como puede advertirse de un mero repaso por los artículos 9.3 y 14.3.c) del Pacto Internacional de

²³ CSJN, Fallos 335:1126.

²⁴ Si bien es cierto que las garantías de plazo razonable apuntan en general a cuestiones de índole penal, el concepto general es plenamente aplicable a la materia en trato, por lo que su cita es apropiada.

Derechos Civiles y Políticos, el Art 5.3 y 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Art 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el Art XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Art 7.5 de la CADH, el Art 7.1, d) y 8.1 de la Carta Africana Sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, etc.

En materia de *doble conforme*, coincidimos plenamente con las palabras del Dr. Maier²⁵ en tanto sostuvo –en relación a la doble instancia– que: (...) “De modo adicional, el derecho a acceder a la mentada doble instancia en favor del ahora condenado reside en el carácter represivo del Derecho contravencional (ver, punto 2 de mi voto en “León, Benito Martín s/recurso de inconstitucionalidad”, expte n° 245/00, resolución del 24/10/00, en Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], t. II, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 344 y ss.) que torna aplicable, a nuestro juicio contravencional, todas las garantías propias del sistema penal”. Luego agrega acertadamente que: “ No ignoro el hecho de que cierta doctrina, y aún cierta legislación (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1950], Protocolo ampliatorio n° 7 [1984], Art. 2, párrafo II), a la que concedo razonabilidad, dejan de lado las contravenciones de orden o las faltas como alcanzadas por el principio (excepción expresa), pero ya he afirmado que: a) el Convenio que así lo expresa no es aplicable en nuestro territorio; b) que la CCBA, Art. 13, Inc. 3, reputa a la doble instancia como principio judicial general y c) que resulta innegable el carácter penal que nuestro legislador le ha concedido al Derecho contravencional (pena estatal), al punto de que, según antes lo dije en este mismo párrafo, torna aplicables los principios del Derecho penal general. Por lo demás, cabe dejar de lado cavilaciones atinentes a la posible insignificancia de la sanción amenazada por el ordenamiento contravencional cuando, como en el caso, el imputado ha sido condenado a una pena privativa de la libertad, esto es, a cumplir dos días de arresto (Cf. Art. 11, Inc. 10 del CC entonces vigente). “

En el mismo sentido es importante citar la acertada doctrina que sienta el voto del Dr. Lozano en el precedente citado, como también el voto de trámite de la Dra. Ruiz *in re* “Tissot”²⁶ en los que –con matices– consideran aplicable la garantía del doble conforme aun en materia contravencional

En suma, un derecho moderno y dinámico se impone, respetuoso de las garantías de los contribuyentes y ajeno a las nociones antiguas del derecho tributario que no reconoce una relación tributaria entre sujetos en un pie –jurídico– de igualdad.

²⁵ TSJCaba, “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68 CC - apelación s/recurso de inconstitucionalidad concedido”.

²⁶ TSJCaba, “Tissot, Marta s/inf. art. 83 CC ley n° 1472 –apelación– s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 4411/05 “Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 3– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Tissot, Marta s/inf. art. 83 CC ley n° 1472 –apelación–”.

En ello, los profesionales de esta ciencia tanto desde la cátedra como desde este tipo de congresos y actividades, estamos obligados a bregar por el respeto irrestricto de tales derechos y por sostener un esquema de equidad que garantice el “sistema” íntegro.

Prognosis

La visión de un juez que esté atento no solo a la norma positiva interna sino también su permanente confronte con la Constitución nacional y los Tratados que –por conducto del Inc. 22 del Art 75– tienen jerarquía superior a las leyes, es enriquecedora.

Creemos que abogar por el desarrollo de esta tendencia, y verificar su derrame a áreas como la descripta es indispensable, bajo la lógica de forjar un derecho dinámico, abarcativo y respetuoso del concierto internacional de derechos reconocidos.

Es el “signo de los tiempos”, tanto en este tema que nos planteamos como en temas circundantes y coyunturales, es menester escuchar a los más jóvenes y sus novedosos puntos de vista,²⁷ ver que el mundo avanza, reconocer la dinámica y estar –siempre– dispuestos a evolucionar, porque esa es la naturaleza del ser humano y sin ella no somos tales.

²⁷ Antoine de Saint-Exupéry, “El principito”, “Mi dibujo no representaba un sombrero. Representaba una serpiente boa que digiere un elefante. Dibujé entonces el interior de la serpiente boa a fin de que las personas mayores pudieran comprender. Siempre estas personas tienen necesidad de explicaciones”.

**Materialización del Pacto Internacional de Derechos Civiles y
Políticos. Análisis comparativo entre Argentina y Colombia. 2018.
Basado en el Informe “Freedom in the World Scores” (Freedom House)**

José Darío Arguello Rueda¹

Introducción

La materialización de los Derechos Humanos es uno de los retos más significativos de los Estados alrededor del mundo, especialmente en América Latina, donde por sus propias historias de conflictos internos, dictaduras, crisis y diferentes problemáticas sociales, estos derechos se han visto menoscabados, y en ocasiones, a manos del mismo Estado. Por tal razón, es importante medir y conocer el nivel de cumplimiento de los instrumentos de derecho internacional que regulan la materia.

Para el caso concreto, se plantea un análisis comparativo entre Colombia y Argentina en el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a partir de los datos del informe Freedom In The World Scores de la Organización Internacional Freedom House. A lo largo del texto se observarán diferentes variables e indicadores, con una parte de análisis situacional de los derechos en cuestión en cada uno de los países, con el objetivo de contextualizar la realidad frente al objeto de estudio.

Finalmente, se plantea un método para, a partir de los valiosos datos del informe Freedom In The World Scores, aplicando la metodología propuesta, obtener el porcentaje de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, presentando de manera gráfica y didáctica los resultados para Colombia y Argentina.

I. Los Pactos Internacionales

Los Pactos Internacionales han representado en el Derecho Internacional la posibilidad de refrendar y renovar los compromisos de la Comunidad frente a determinados temas de Derechos Humanos y libertades fundamentales, es decir, son Tratados internacionales que se adoptan con el fin de fortalecer y garantizar la materialización de determinados derechos, es decir, sucede “cuando dos o más Estados

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás (Bucaramanga, Colombia), estudiante de Máster en Análisis Político de la Universitat Oberta de Catalunya, con otros estudios en derechos humanos, políticas públicas y desarrollo. Miembro adjunto extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional AAJC. Investigador con publicaciones en revistas científicas, conferencista a nivel nacional e internacional. Consultor en desarrollo estratégico y asuntos públicos. Email: ardario96@gmail.com.

se ponen de acuerdo sobre un objeto determinado y desean darle valor jurídicamente vinculatorio a dicho acuerdo”.²

En este contexto, frente a la debilidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, surgió la necesidad de complementar dicha normatividad internacional, de tal manera que las disposiciones contaran con fuerza vinculante y por tanto gozaran de exigibilidad frente a los Estados, siendo así como en el año 1966, tras evidenciarse que la declaración por su propia cuenta no evitaba los conflictos armados, por ejemplo, los surgidos a partir de 1948, la comunidad internacional, bajo el liderazgo de la ONU, aprobó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³ con la firme intención de potencializar lo ya consagrado en la declaración, reconocerle el carácter vinculante, y así abrir paso a la materialización de los derechos humanos.

La concertación en la comunidad internacional sobre los contenidos de los mencionados pactos no fue tarea fácil, prevalecían para entonces en el mundo dos visiones opuestas en materia política, económica, social y de derechos, por una parte, el modelo capitalista defendido por occidente con Estados Unidos a la cabeza, y por otra, el modelo socialista, representado por el Bloque Soviético,⁴ de esta manera, ante la disputa entre los bloques, “en 1966 se aprobaron dos instrumentos diferenciados, uno consagrado a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que vino a resquebrajar en cierta medida la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos”.⁵ Así, se dividió temáticamente un instrumento internacional pensado y creado para unificar y consolidar el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos.

II. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma en Nueva York, con ratificación por la Asamblea General el 19 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Para llegar a su aprobación, este Pacto debió vencer las barreras de las diferencias entre el capitalismo occidental y el socialismo soviético, toda vez que “los derechos civiles y políticos eran un reclamo exclusivo de los Estados con sistemas capitalistas, que abogaban principalmente por

² BARBERIS, Julio. “El concepto de tratado internacional”. Anuario Español de Derecho Internacional. Universidad de Navarra. España. 1982. (3-28), p. 10.

³ UNHCR ACNUR. “¿Qué es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?”. Agencia de la ONU para los Refugiados. Comité Español. Tomado de <https://eacnur.org/blog/pacto-internacional-derechos-civiles-politicos/>.

⁴ ABRISKETA, Joana. “Pactos internacionales de Derechos Humanos”. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. Tomado de <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/165>.

⁵ ÁLVAREZ, Molinero. “La evaluación de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes”. AA.W. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus cincuenta aniversarios. Un estudio interdisciplinar. Universidad de Deusto. Bilbao, p. 178.

la libertad en todas sus dimensiones: legal, jurídica, individual, de pensamiento, social, cultural y económica”.⁶

En una clasificación general, se pueden identificar los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así:

Figura 1
Derechos Civiles y Políticos. Elaboración propia



Fuente de datos: UNHCR ACNUR. Comité Español.

Los derechos civiles y políticos cumplen la función de complementar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como herramienta vinculante y garantista, así lo plantea la Organización Internacional Front Line Defenders “son aquellos derechos que protegen la libertad del individuo de su vulneración por parte de los gobiernos, organizaciones sociales e individuos privados y que aseguran la capacidad de cada individuo de participar en la vida política de la sociedad y el Estado libre de toda discriminación o represión”.⁷ El enfoque garantista del Pacto está encaminado a materializar las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos, incluyendo aspectos como la integridad física y mental, la vida y la seguridad, la eliminación de las formas de discriminación, los derechos individuales

⁶ UNHCR ACNUR. “¿Qué es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?”. Agencia de la ONU para los Refugiados. Comité Español. Tomado de <https://eacnur.org/blog/pacto-internacional-derechos-civiles-politicos/>.

⁷ FRONT LINE DEFENDERS. Derechos civiles y políticos. Herramientas para los DDHH. Tomado de <https://www.frontlinedefenders.org/es/right/civil-political-rights>.

de privacidad, libertades fundamentales ligadas a aspectos personalísimos del individuo como la conciencia, religión, reunión, circulación y opinión o parecer político.

Pese a que la intención de Naciones Unidas de unificar la garantía de los Derechos Humanos en un instrumento con carácter vinculante se vio alterada por condiciones políticas propias de los modelos capitalista y soviético, llegándose a la separación temática en un Pacto de Derechos Civiles y Políticos y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es importante para este análisis conocer en qué consiste el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda vez que la materialización de estos Derechos Humanos en el escenario práctico y real de los Estados y en la cotidianidad de la persona humana, está íntimamente ligada, y no se podría observar la materialización del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin tomar elementos del cumplimiento por parte de los Estados frente a algunos Derechos Económicos, sociales y Culturales.

III. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se adoptó y abrió a la firma el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976, reconociendo las libertades fundamentales de cada persona en lo económico, social y cultural.⁸

Entre los aspectos Destacados del mencionado Pacto, se encuentra el reconocimiento del derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, las libertades fundamentales personales, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la libre asociación, de reunión y la igualdad ante la ley. Adicionalmente, se dispuso la creación del Comité de Derechos Humanos, teniendo como una de sus principales competencias, el estudio y análisis de los informes solicitados a los Estados en materia de garantía de derechos.

Los Derechos Económicos, Sociales y culturales, se entienden como aquellas garantías encaminadas a la vida digna, al goce de derechos, la participación activa en la sociedad y la sana interacción entre la persona, la comunidad, los actores privados y el Estado, en general, condiciones de calidad de vida. Para la Red-DESC, estos se entienden como “Derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura”.⁹

Para el análisis aquí planteado, de la materialización del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en una comparación entre Colombia y Argentina, se tienen como variables, derechos y obligaciones impuestas a los Estados en dicho Pacto, sin embargo, se toman también algunos indicadores del Pacto de Derechos Económicos, Sociales

⁸ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preámbulo. 1966.

⁹ RED-DESC. Una introducción a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Introducción a los DESC. Tomado de <https://www.escri-net.org/es>.

y Culturales, que, por su ligada relación a la dignidad humana y la calidad de vida, son inherentes el goce efectivo de derechos civiles y políticos.

IV. Análisis comparativo entre Colombia y Argentina en la materialización del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos


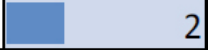

El presente análisis busca comparar el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en los países de Colombia y Argentina, a partir de la observación de variables e indicadores¹⁰ comunes, utilizados para la medición de la calidad democrática en estudios de ciencia política, con el objetivo de observar, desde una perspectiva cuantitativa, y un análisis descriptivo, los niveles de materialización de estos derechos en cada uno de los Estados objeto de estudio al año 2018.¹¹

IV.1. Estado de Libertad

El Estado de Libertad es una variable que mide múltiples indicadores de cumplimiento en materia de derechos políticos y libertades civiles, entre los que se pueden destacar la calidad democrática de sus procesos electorales, la garantía de participación pública y política, el respeto por la libertad de expresión y creencias, los derechos de asociación, el debido proceso e igualdad procesal y los derechos individuales (circulación, propiedad privada, libre explotación económica e igualdad de oportunidades).

El índice de Estado de Libertad se mide de 0 a 7, donde 0 equivale a un Estado más libre y 7 menos libre, de esta manera, 1-2,9= Libre, 3-4,9= Parcialmente libre y 5-7, No libre.

Figura 2
Estado de libertad

Colombia		3
Argentina		2
Estado de libertad 0 - 7		7

Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

¹⁰ Para el análisis comparativo se aplicarán variables e indicadores de medición de la calidad de la democracia, establecidos por Freedom House, uno de los exponentes mundiales más importantes en materia de investigaciones y estudios políticos para la democracia, la libertad política y los derechos humanos. Como lo describen en su página web “Freedom House trabaja para defender los derechos humanos y promover el cambio democrático, con un enfoque en los derechos políticos y las libertades civiles. Actuamos como un catalizador de la libertad a través de una combinación de análisis, defensa y acción”. Tomado de <https://freedomhouse.org/our-work>.

¹¹ El presente análisis se hace al año 2018, teniendo en cuenta que los datos obtenidos a través de las variables e indicadores corresponden cifras del año inmediatamente anterior (2017), basado en los reportes de datos abiertos de cada uno de los Estados y a estudios e investigaciones políticas.

Conforme a la variable de Estado de Libertad, Colombia¹² se clasifica como un Estado parcialmente libre pese a ser “una de las democracias más antiguas de América Latina, esto principalmente, debido a los “abusos graves contra los derechos humanos”. Sin embargo, se destacan como principales logros, el fortalecimiento de sus instituciones, la eficacia en el control y equilibrio de los poderes públicos, el avance en la implementación de los acuerdos de paz y sus esfuerzos frente a los “enormes desafíos para consolidar la paz y garantizar los derechos políticos y las libertades civiles en todo el territorio”.¹³ En lo que respecta a Argentina,¹⁴ clasifica como un Estado libre, con un óptimo respeto por los derechos civiles y políticos, con serios desafíos en materia de corrupción, control de drogas y violencia.¹⁵

IV.2. Índice Estado de Derecho - Justicia

El índice Estado de Derecho - Justicia, se mide de 0 a 16, siendo 0 el indicador negativo de menores condiciones de justicia, y 16 el positivo, mejores condiciones de justicia. Este índice se basa en 4 indicadores que miden de 0 a 4 bajo la misma metodología, los aspectos de (i) independencia judicial, (ii) debido proceso), (iii) protección uso indebido de la fuerza e (iv) igualdad.

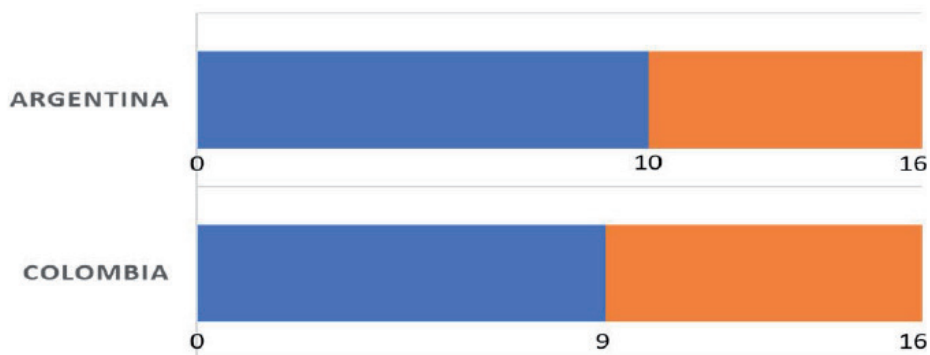
¹² Los ex guerrilleros de izquierda de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) completaron su desmovilización en agosto, entregando más de 8,000 armas a los observadores de las Naciones Unidas. Una ola de ataques letales contra defensores de los derechos humanos y otros activistas sociales continuó durante todo el año. Decenas de activistas fueron asesinados y existe una impunidad generalizada para los asesinatos. Varios escándalos de corrupción generaron importantes repercusiones políticas, que incluyeron revelaciones de sobornos generalizados de figuras políticas por parte de la corporación brasileña Odebrecht y el arresto del principal fiscal anticorrupción del país por ayudar a los procesos judiciales. Tomado de <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/colombia>.

¹³ FREEDOM HOUSE. Visión de conjunto. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

¹⁴ La expresidenta Cristina Fernández de Kirchner enfrentó varias investigaciones de corrupción relacionadas con acciones presuntamente realizadas durante su mandato. En diciembre, un juez ordenó su arresto por cargos de traición en conexión con acusaciones de que ella encubrió el posible papel de Irán en un mortífero atentado de 1994, y rescindió la inmunidad que tenía como nueva senadora electa. Las protestas contra una economía débil y la desaparición de un activista de los derechos indígenas en agosto se encontraron con una fuerza policial desproporcionada. Una ley de acceso a la información tan esperada entró en vigencia en septiembre. En noviembre, el Congreso aprobó una nueva ley que estipula que las futuras listas de partidos deben tener una paridad de género completa, con hombres y mujeres alternando. Tomado de <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/argentina>.

¹⁵ FREEDOM HOUSE. Visión de conjunto. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

Figura 3
Índice Estado de Derecho - Justicia



Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

El artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra la obligación de los Estados de respetar, promover y garantizar a todas las personas en sus territorios “los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁶ En este sentido, los Estados deberán garantizar la existencia de mecanismos judiciales efectivos para la garantía de los derechos civiles y políticos, contando con un debido proceso e igualdad ante la ley, sin ningún tipo de discriminación.

La independencia judicial se entiende como la autonomía que tiene el poder judicial, en sus diferentes niveles y jerarquías, a la hora de dictar sus providencias, al margen de los intereses políticos, económicos o de cualquier índole que puedan circundar la decisión, en este sentido “La *independencia* es una de las notas distintivas de la Jurisdicción como función estatal autónoma, que consiste en la plena soberanía de los jueces y magistrados, al ejercer su función de tutela y realización del Derecho objetivo, sin subordinación ni sumisión a otra cosa que la Ley y el Derecho. Significa ello que cada juez y cada Sala de Justicia, a la hora de decidir no puede recibir ni está sujeto a instrucciones de terceros, sean particulares, órganos públicos u otros órganos jurisdiccionales”.¹⁷ La independencia judicial es uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho y encuentra respaldo en los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶ TALEVA, ORLANDO. Derechos Humanos. Tercera edición. Valletta Ediciones. Buenos Aires, Argentina. 2011, p. 156.

¹⁷ WOLTERS KLUWER. Independencia Judicial. Guías jurídicas. Tomado de http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJjSxMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJJOcSoAkVHy_zUAAAA=WKE.

Figura 4
Indicadores Estado de Derecho

	COLOMBIA	ARGENTINA
Poder judicial independiente	3	2
Debido proceso en asuntos civiles y penales	2	3
Protección contra el uso ilegítimo de la fuerza	2	2
Leyes, políticas y prácticas de igualdad	2	3
Indicadores Estado de Derecho - Justicia	4	4

Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House

IV.2.1. Colombia y sus indicadores de Estado de Derecho - Justicia

En lo que respecta, el sistema judicial, bajo el liderazgo de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, “se ha exhibido constantemente su independencia del Ejecutivo, sin embargo, las acusaciones de corrupción que involucraron a jueces de la Corte Suprema que surgieron en 2017 dañaron la credibilidad de la Corte Suprema”.¹⁸ Frente a otros derechos, y la protección de las poblaciones vulnerables, como el caso del reconocimiento de derechos a la población LGBTI,¹⁹ pese a la presión de otras ramas del poder público, la labor del Sistema Judicial colombiano se ha mostrado ampliamente garantista, especialmente, la Corte Constitucional.

En materia de debido proceso se encuentra gran debilidad y congestión en el aparato judicial, “sin embargo, en los últimos años, el gobierno ha podido ejercer el control estatal sobre más territorio, lo que ha llevado los derechos básicos del debido proceso a más personas”.²⁰ Frente a uno de los capítulos más turbios de la guerra en Colombia, la organización Internacional Freedom expresa que “La matanza sistemática de civiles para inflar de manera fraudulenta los porcentajes de muertes de guerrilleros causó hasta 3.000 homicidios cometidos por militares entre 2002 y 2008. En septiembre de 2017, más de 1.200 soldados habían sido condenados por estos crímenes, aunque los oficiales de alto rango han escapado en gran medida al castigo. Muchos de estos procesos judiciales se interrumpieron en 2017 en medio de la incertidumbre con respecto a la sede judicial adecuada”.²¹

¹⁸ FREEDOM HOUSE. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

¹⁹ C- 683/15 Parejas del mismo sexo pueden aplicar a proceso de adopción. T-248/12 Donación de Sangre. T-478/15 Caso Sergio Urrego. Prohibición de discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género en instituciones educativas. SU-214/16 Sentencia que aprueba el matrimonio igualitario en Colombia. T-935/14 Reconocimiento de pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo. T-63/15 Derecho a la corrección del sexo en el Registro Civil y demás documentos de identidad de las personas trans.

²⁰ FREEDOM HOUSE. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

²¹ *Ibid.*

En los últimos años, son múltiples los esfuerzos por parte del Estado en materia de humanización de la fuerza pública a través de su capacitación en derechos humanos, así mismo, ha asumido el compromiso con las investigaciones frente a las violaciones por parte del personal de las fuerzas de seguridad del Estado, así también, “la colaboración entre las fuerzas de seguridad y los grupos armados ilegales ha disminuido, pero los grupos de derechos humanos informan sobre la tolerancia oficial de los grupos sucesores de los paramilitares en algunas regiones”.²² Pese a la terminación del conflicto con las FARC-EP, la delincuencia organizada continúa afectando diversas zonas del país, tanto a nivel urbano como rural.

Particularmente las zonas ricas en recursos y los corredores de tráfico de drogas, siguen siendo muy inseguras. Las guerrillas remanentes –incluido un notable grupo de disidentes de las FARC– y los grupos sucesores de los paramilitares abusan regularmente de la población civil, especialmente en las zonas de cultivo de coca. El cultivo de la planta aumentó dramáticamente a medida que el proceso de paz entró en vigor. La impunidad para el crimen en general es desenfrenada, y la mayoría de las masacres ocurridas durante el conflicto han quedado impunes.²³

Pese a las dificultades en materia de seguridad ciudadana, la violencia ha disminuido significativamente en los últimos años. Según estudios de la Fundación Paz y Reconciliación se “destaca que entre 2012 y 2017 la tasa de homicidios por cada cien mil habitantes se redujo de 34 a 24 casos. También presenta que los desplazamientos afectaron a 75.000 personas en 2017, mientras que, en 2012, cuando no había acuerdo de paz, la cifra llegó a los 272.000”.²⁴

Conforme a los datos de Freedom, los afrocolombianos representan aproximadamente el 25 por ciento de la población, siendo el segmento más grande de los más de 7 millones de desplazados en Colombia, sin embargo, presentan una crítica situación de pobreza, en la que el 80 por ciento de esta población vive por debajo del umbral nacional de pobreza, problemática que también afecta sobre manera a las comunidades indígenas, donde problemas como “la alta incidencia de malnutrición y hambruna en el grupo indígena wayuu ha impulsado la presión internacional sobre el gobierno colombiano en los últimos años”.²⁵

IV.2.2. Argentina y sus indicadores de Estado de Derecho - Justicia

Frente al Sistema Judicial en Argentina, los datos de Freedom apuntan hacia que “Las ineficiencias y las demoras afectan al sistema judicial, que puede estar sujeto a manipulación política, especialmente en los niveles inferiores. El Tribunal Supremo,

²² *Ibid.*

²³ FREEDOM HOUSE. Estado de Derecho. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>

²⁴ FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN. 18 meses después... Cómo va la paz. Bogotá, Colombia. 2018. Tomado de <http://www.pares.com.co/18-meses-despues-como-va-la-paz/>.

²⁵ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

sin embargo, ha mantenido una relativa independencia y se ha rebelado contra la extralimitación ejecutiva durante las administraciones Kirchner y Macri²⁶ se evidencia, a partir del análisis de indicadores, cierta injerencia del poder político en el escenario judicial, lo que puede llegar a condicionar o afectar algunas decisiones en favor de la clase política.

En materia procesal, es importante resaltar que los derechos relacionados con el debido proceso se encuentran consagrados en la Constitución del país, y generalmente son respetados a nivel judicial y administrativo. Así mismo, es relevante ante la comunidad internacional, que casos judiciales que datan de mediados de la década de 2000 han permitido el enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de 1976-83. Decenas de militares y policías han sido condenados por tortura, asesinato y desaparición forzada, y sentenciados a cadena perpetua, lo que ayuda a combatir una cultura de impunidad.²⁷

Según estos datos, la violencia relacionada con las drogas siguió siendo un problema grave en 2017, debido a la presencia de organizaciones delictivas internacionales que utilizan al país como una base operacional y una ruta de tránsito, donde se han visto afectadas principalmente las regiones del norte y centro del país.²⁸

Los pueblos indígenas de Argentina, que representan aproximadamente el 2.4 por ciento de su población, son en gran parte descuidados por el gobierno y sufren desproporcionadamente de la pobreza extrema y la enfermedad. Solo 11 de las 23 provincias argentinas cuentan con Constituciones que reconocen los derechos de los pueblos indígenas. Por otro lado, las mujeres disfrutaban de igualdad legal, pero continúan enfrentando discriminación económica y brechas salariales basadas en el género. En materia LGBT el país disfruta de plenos derechos legales, incluido el derecho a servir en el ejército. Sin embargo, las personas LGBT se enfrentan a cierto grado de discriminación social y, ocasionalmente, a violencia grave.²⁹

IV.3. Libertad de expresión y creencias

El índice de libertad y expresión, al igual que el índice Estado de Derecho - Justicia, se mide de 0 a 16, siendo 0 el indicador de menor libertad, y 16 mayor libertad. Este índice se basa en 4 indicadores que miden de 0 a 4 bajo la misma metodología (i) Los medios libres independientes, (ii) Libertad religiosa, (iii) Libertad académica y (iv) Libertad política.

²⁶ FREEDOM HOUSE. Estado de Derecho. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ FREEDOM HOUSE. Estado de Derecho. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

Figura 5
Índice Libertad de Expresión y Creencia - Justicia



Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

Los artículos 18 y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagran las libertades de conciencia, pensamiento, religión, creencias, opiniones y de expresión, tendientes a garantizar aspectos elementales de la vida humana. El mencionado Pacto establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”;³⁰ en este mismo sentido, el artículo 19 establece que “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” toda una serie de prerrogativas reconocidas en el instrumento, que se traducen en libertades para las personas y en responsabilidades para los Estados.

Al hablar de libertad de expresión, es interesante recordar a John Stuart Mill al resaltar “la importancia que, para el hombre y para la sociedad, posee el hecho de que exista una gran variedad de tipos de carácter, y la importancia de dar completa libertad para que la naturaleza humana se expanda en innumerables, opuestas direcciones”;³¹ para el filósofo desde el pensamiento y la expresión, se garantizaba el sentido crítico de las decisiones de un individuo en sociedad, de esta manera defendía la “libertad de pensar y sentir la libertad absoluta de opiniones y sentimientos sobre toda cuestión práctica, especulativa, científica, moral o teológica”³² y en el mismo sentido, entendía

³⁰ ONU. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. New York. 1966. Art. 18. *Ibid.* Art. 19.

³¹ MILL, JOHN. *Essays in Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations*. Augustus M. Kelley Publishers. 1.ª publicación, Fairfield. New Jersey. 1986. 1821. p.239-243.

³² MILL, JOHN. *Sobre la libertad*, en *Sobre la libertad y otros escritos*. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991, pp. 52-53.

la expresión como “libertad de expresar y publicar sus opiniones (...); como tiene casi tanta importancia como la misma libertad de pensar, y descansa en gran parte en idénticas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica”.³³

Figura 6
Indicadores Libertad de Expresión y Creencia

	COLOMBIA	ARGENTINA
Medios de comunicación libres e independientes	2	3
Libertad religiosa y de creencia	4	4
Libertad académica	3	4
Libertad política	3	4
Indicadores Libertad de Expresión y Creencia	4	4

Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

IV.3.1. Colombia y sus indicadores de Libertad de Expresión y Creencia

Desde la Constitución Política de Colombia de 1991 se consagró la libertad de expresión, garantizándose la opinión política. En la práctica, con facilidad los puntos de vista de la oposición se expresan comúnmente en los medios de comunicación. Sin embargo, los periodistas se enfrentan a la intimidación, el secuestro y la violencia, tanto en el proceso de denuncia como en represalia por su trabajo. Este mismo marco constitucional establece la libertad de religión, la cual es normalmente respetada por los gobiernos y entidades del Estado.³⁴

Frente a la libertad académica y de cátedra, también consagradas en la Constitución Nacional, existe una tendencia generalizada a su respeto, mientras que la libertad de expresión está generalmente protegida “en los principales centros urbanos, pero sigue inhibida en áreas donde el estado, los insurgentes y los criminales compiten por el control”.³⁵ La ausencia del Estado de múltiples zonas del territorio nacional debilita la garantía de derechos y las expresiones democráticas y participativas de las comunidades, restringiendo libertades fundamentales como la expresión, los procesos de desarrollo comunitario y social, la promoción de los derechos humanos y la pedagogía de paz.

IV.3.2. Argentina y sus indicadores de Libertad de Expresión y Creencia

El marco jurídico argentino garantiza la libertad de expresión, y el Congreso despenalizó la difamación y la calumnia en 2009.³⁶ El gobierno de Macri celebra conferencias

³³ *Ibid.*

³⁴ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ IFEX. Reforma del Código Penal para la despenalización de la difamación aprobada por el Senado. Intercambio Internacional por la Libertad de Expresión. Toronto, Canadá. 2009.

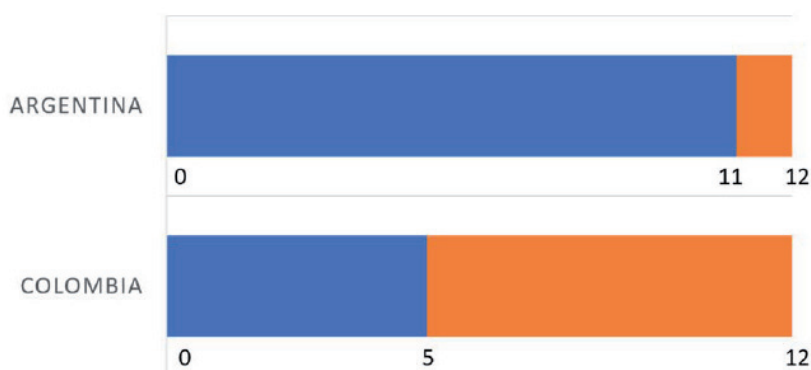
de prensa regularmente y tiene una relación mucho más abierta con la prensa que las administraciones anteriores de Cristina Fernández de Kirchner y su difunto esposo, Néstor Kirchner.³⁷ En los últimos años se ha dado una reducción en el gasto público en comunicaciones, combinada con la difícil situación económica del país, afectó la sostenibilidad financiera de las empresas de medios, y dio como resultado el cierre de varios medios de izquierda, en efecto, reduciendo el alcance de las voces de la oposición. Mientras que la propiedad de los medios se concentra ahora entre los grandes conglomerados, que tienden a estar de parte del gobierno, los argentinos disfrutaron de un ambiente mediático fuerte y animado, en el que no hay censura oficial. El gobierno no restringe el acceso a internet, que es ampliamente utilizado en Argentina.

Desde la Constitución de Argentina se garantiza la libertad de religión. En este contexto, la población es en gran parte católica, la educación pública es secular, y las minorías religiosas expresan su fe libremente. El gobierno ha reconocido formalmente a más de 5,300 organizaciones no católicas, otorgándoles exención de impuestos y otros beneficios. La libertad académica se observa en gran medida en la práctica, en la misma medida que la discusión privada es vibrante y sin restricciones.³⁸

IV.4. Derecho de reunión y asociación

El índice de Derecho de Reunión y Asociación se mide de 0 a 12, siendo 0 el indicador de menor libertad, y 12 mayor libertad. Este índice se basa en 3 indicadores que miden de 0 a 4 bajo la misma metodología (i) Libertad de reunión, (ii) Libertad de organizaciones de DDHH y gobernanza, y (iii) Libertad sindical y organizaciones laborales.

Figura 7
Índice de Derecho de reunión y asociación



Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House

³⁷ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

³⁸ *Ibid.*

El artículo 21 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de asociación pacífica, y sólo como limitaciones “las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.³⁹ Así mismo, el artículo 22 consagra el “derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”.⁴⁰ Para este análisis es importante conocer sobre la libertad de reunión y las garantías con que cuentan las organizaciones sindicales en el Estado, la promoción y apoyo a las organizaciones defensoras de los derechos humanos y el incentivo a la gobernanza participativa.

Figura 8
Indicadores de Derecho de reunión y asociación

	COLOMBIA	ARGENTINA
Libertad de reunión	2	4
Libertad organizaciones de DDHH y gobernanza	2	4
Libertad Sindicatos y organizaciones laborales	1	3
Indicadores Derechos Asociacionales y de Organización	4	4

Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House

IV.4.1. Colombia y sus indicadores de Derechos Asociacionales y de organización

A pesar de lo dispuesto en la Constitución, las libertades de reunión y asociación están restringidas en la práctica por la violencia. La policía antidisturbios es conocida por moverse agresivamente para disolver las protestas. En octubre, presuntamente, siete campesinos fueron asesinados por la policía durante las protestas contra la erradicación forzosa de coca en Tumaco, ubicada en el suroeste de Colombia.⁴¹

El gobierno brinda protección a cientos de defensores de derechos humanos amenazados, pero la confianza en el servicio varía ampliamente. Cientos de activistas han sido asesinados⁴² en los últimos años, principalmente por las organizaciones criminales que sucedieron a los grupos paramilitares tras un proceso de desmovilización respaldado por el gobierno en 2005. En este sentido, para las primeras seis semanas del 2018, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Hu-

³⁹ ONU. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. New York. 1966. Art. 21.

⁴⁰ *Ibid.* Art. 22

⁴¹ Véase ¿Quién mató a los campesinos en Tumaco? Semana. Bogotá, Colombia. 2017. Tomado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/tumaco-investigacion-muerte-de-personas-durante-protesta-de-cocaleros/543001>.

⁴² EL TIEMPO. Desde el 2016 han asesinado a 164 defensores de derechos humanos. Especiales Justicia. Bogotá, Colombia. 2018. Tomado de <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/defensores-de-derechos-humanos-asesinados-en-colombia-206282>.

manos había recibido más de 20 denuncias de crímenes contra defensores y líderes sociales.⁴³ Aunque la administración Santos ha reiterado su respeto por los grupos de la sociedad civil, las violaciones contra activistas han aumentado en los últimos años. La oficina local del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos registró 105 asesinatos de activistas a fines de diciembre de 2017; además, de acuerdo con We Are Defenders, una coalición de grupos de derechos locales e internacionales, el país sufrió una tasa de impunidad del 87 por ciento para los 458 activistas asesinados entre 2009 y 2016. Los defensores del derecho a la tierra y los derechos de las víctimas en particular son amenazados por ex paramilitares y otros actores locales que buscan silenciar las críticas a los bienes adquiridos durante el conflicto y detener la implementación de programas de desarrollo rural. El ministro de Defensa, Luis Carlos Villegas, causó revuelo en diciembre de 2017 al caracterizar las causas de la mayoría de las matanzas como pequeñas disputas.⁴⁴

Los trabajadores pueden formar y afiliarse a sindicatos, negociar colectivamente y hacer huelga, y se prohíbe la discriminación antisindical, esto conforme al marco jurídico y al debe ser plasmado en las legislaciones, en la realidad, durante las últimas dos décadas, los grupos armados ilegales de Colombia han matado a más de 2.600 activistas y líderes sindicales. Los asesinatos han disminuido sustancialmente desde su pico a principios de la década de 2000, pero 19 líderes sindicales fueron asesinados en 2016, según las estadísticas de 2017 de la Confederación Sindical Internacional. Si bien una unidad especial de enjuiciamiento ha incrementado sustancialmente los procesamientos por tales asesinatos desde 2007,⁴⁵ pocas investigaciones han tenido como objetivo a quienes ordenaron los homicidios, evidenciándose cierta debilidad en la capacidad investigativa del Estado.

IV.4.2. Argentina y sus indicadores de Derechos Asociacionales y de organización

En Argentina se respetan las libertades de reunión y asociación, y los ciudadanos organizan protestas para que se escuche su voz. Sin embargo, en 2017, hubo numerosos informes de abusos de manifestantes por parte de la policía en manifestaciones en la Capital; como, por ejemplo, (i) los incidentes que se informaron en una manifestación que marcó el Día Internacional de la Mujer en marzo; (ii) una protesta de maestros en huelga durante el mes de abril, y una protesta contra la austeridad en diciembre, episodios en los que docenas de participantes también fueron detenidos en circunstancias dudosas. En septiembre, varias personas resultaron heridas, y más de dos docenas fueron violentamente detalladas, en medio de enfrentamientos en la

⁴³ EL ESPECTADOR. ONU: Son alarmantes los asesinatos de defensores de Derechos humanos en Colombia. Bogotá, Colombia. Tomado de <https://www.elspectador.com/noticias/paz/onu-son-alarmanentes-los-asesinatos-de-defensores-derechos-humanos-en-colombia-articulo-743041>.

⁴⁴ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

⁴⁵ *Ibid.*

Capital entre la policía y los manifestantes que protestaban por la desaparición semanas antes del activista por los derechos indígenas Santiago Maldonado.⁴⁶

Las organizaciones cívicas, especialmente las centradas en los derechos humanos y los abusos cometidos durante la dictadura de 1976-83, son robustas y desempeñan un papel importante en la sociedad, aunque algunas son víctimas de la corrupción generalizada de la Argentina. Por otra parte, la mano de obra organizada sigue dominada por los sindicatos peronistas, y la influencia sindical ha disminuido en los últimos años. Los grupos laborales continuaron convocando huelgas nacionales en 2017, en gran medida en protesta por las medidas de austeridad, la pérdida de empleos y los recortes salariales reales que resultaron del plan de ajuste económico del gobierno de Macri.⁴⁷

IV.5. Pluralismo político y participación

El índice de libertad y expresión, al igual que el índice Estado de Derecho - Justicia, se mide de 0 a 16, siendo 0 el indicador de menor libertad, y 16 mayor libertad. Este índice se basa en 4 indicadores que miden de 0 a 4 bajo la misma metodología (i) Organización política, (ii) oportunidades de oposición, (iii) Elecciones libres y (iv) Igualdad en Derechos Políticos y oportunidades electorales.

Figura 9
Índice de Pluralismo Político y Participación



Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

El artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos describe de la mejor manera el pluralismo político y la participación democrática que debe imperar en los Estados, garantizando el derecho al voto, a la representación, entre otros. Así lo consagra el mencionado artículo “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones

⁴⁶ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

⁴⁷ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”⁴⁸

El pluralismo político parte del reconocimiento social de las diferencias y diversidades, la aceptación y el aprovechamiento de ello para el fortalecimiento de la democracia, “es aceptar la diversidad de opiniones, opciones y organizaciones políticas con sus respectivos proyectos, medios y fines, con tal que contribuyan al bien común y respeten los derechos del hombre. El pluralismo es signo de la madurez personal y seña de la adultez política de la sociedad”⁴⁹. La inclusión de las personas en los asuntos públicos y de gobierno se ha convertido en un pilar de la democracia, es la legitimación de las acciones públicas a partir del querer real y las necesidades de las comunidades, quienes aportan en la construcción de sus propias soluciones, es decir,

Se asume la participación ciudadana como un complemento de la democracia representativa con elementos de democracia semidirecta y directa: los ciudadanos dejan de ser simples receptores, usuarios o clientes de políticas públicas y son vistos propiamente como ciudadanos, es decir, como miembros de una comunidad política, con poder de decisión. Para que la participación sea realmente democrática debe dar lugar a decisiones vinculantes, de cumplimiento obligatorio para las agencias públicas. Naturalmente estos modelos suponen una participación de la ciudadanía tan amplia como sea posible y, sobre todo, una convocatoria abierta a todos los ciudadanos.⁵⁰

Estos escenarios políticos participativos y pluralistas, son plataformas realmente necesarias para la materialización de los derechos civiles y políticos, en la medida que maximizan la democracia, resaltan sus valores y empoderan a los ciudadanos y comunidades.

Figura 10
Indicadores de Pluralismo Político y Participación

	COLOMBIA	ARGENTINA
Derecho organización política	3	3
Oportunidades de oposición	3	4
Elecciones libres	2	4
Igualdad en derechos políticos y oportunidades electorales	3	3
Indicadores Pluralismo Político y Participación	4	4

Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

⁴⁸ ONU. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. New York. 1966. Art. 25.

⁴⁹ VALDÉS, DAGOBERTO. Pluralismo y participación política. Jornada Social Católica de Cuba. Vitral. 1991, p. 2.

⁵⁰ CANTO, RODOLFO. “Participación ciudadana, pluralismo y democracia”. Tla-melaua. Vol. 10. No. 41. Puebla. 2017.

IV.5.1. Colombia y sus indicadores de Pluralismo Político y Participación

El sistema de partidos todavía incluye los partidos liberales y conservadores tradicionales, pero se divide cada vez más entre una variedad de partidos y coaliciones que representan movimientos regionales, grupos ideológicos tanto de derecha como de izquierda, y partidos tecnocráticos u orientados a cuestiones o necesidades específicas del país. Tras el proceso de paz, las FARC se reorganizaron oficialmente como un partido político, la Fuerza Revolucionaria Alternativa Común (también conocida como FARC). La alternancia en el poder es rutinaria tanto a nivel nacional como en las regiones, aunque algunas áreas permanecen bajo el control de clanes políticos al estilo de las máquinas con vínculos con el crimen organizado.

Una de las falencias más sentidas del Estado colombiano es su ausencia en grandes extensiones del territorio nacional. En 2017, el ELN, un grupo guerrillero armado de izquierda, y bandas criminales sometieron a funcionarios gubernamentales a amenazas esporádicas, hostigamiento y violencia. La actividad del ELN puede tener efectos negativos sobre la capacidad de las personas en algunas áreas para hacer valer su derecho a participar en procesos políticos. Si bien el progreso general sigue siendo lento, el gobierno ha emprendido una serie de pasos para incorporar las voces indígenas y afrocolombianas en los debates políticos nacionales en los últimos años. El acuerdo de paz ratificado en noviembre de 2016 incluyó disposiciones para mejorar los mecanismos de consulta para los grupos marginados.⁵¹

IV.5.2. Argentina y sus indicadores de Pluralismo Político y Participación

Argentina tiene partidos políticos competitivos que se forman y operan sin encontrar obstáculos indebidos. El sistema político multipartidista de Argentina ofrece a los candidatos de la oposición la oportunidad realista de competir por el poder político. Un ejemplo de ello es la derrota al candidato peronista en las elecciones presidenciales de 2015 por parte del actual presidente Macri, teniendo en cuenta que el partido peronista ha dominado la escena política desde 1946. Los presidentes no peronistas, una vez elegidos, han luchado para ganar la reelección en el período posterior a la dictadura. Sin embargo, el fuerte desempeño de Cambiemos –la coalición integrada por la Propuesta Republicana de centroderecha de Macri (PRO), la Unión Cívica Radical (UCR) y la Coalición Cívica (CC) –en las encuestas legislativas de 2017 fue ampliamente interpretada como una señal de un sólido apoyo para Macri y su agenda reformista.⁵²

Las elecciones políticas de los argentinos generalmente están libres de dominación por parte de grupos que no son democráticamente responsables. Así mismo, las minorías étnicas y religiosas tienen plenos derechos políticos en Argentina. Sin embargo, en la práctica, el gobierno con frecuencia ignora las obligaciones legales de consultar con las comunidades indígenas sobre la legislación y las medidas gubernamentales que las afectan.

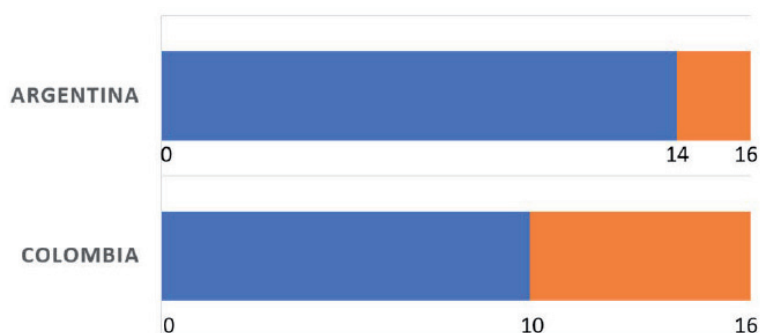
⁵¹ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

⁵² FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

En materia de participación igualitaria y derechos de la mujer, desde 1991, el país tiene una ley que exige que al menos el 30 por ciento de los candidatos legislativos de un partido sean mujeres, y alrededor del 40 por ciento de los escaños en ambas cámaras del Congreso están actualmente ocupados por mujeres. En noviembre de 2017, el Congreso aprobó una nueva ley que estipula que las futuras listas de partidos deben tener una paridad de género completa, con hombres y mujeres alternando.⁵³

IV.6. Autonomía personal y derechos individuales

Figura 11
Índice de Autonomía Personal y Derechos Individuales



Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

Estos derechos, algunos implícitos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos son de gran importancia en la medida que evidencian los resultados de una sociedad y un Estado democrático, incluyente y participativo, es así como, entre otros, se consagra en su artículo 12 la libertad de escogencia de la residencia o la libertad de circulación “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.”⁵⁴

Figura 12
Indicadores de Autonomía Personal y Derechos Individuales

	COLOMBIA	ARGENTINA
Libertad de movimiento y residencia	3	4
Derecho de Propiedad	2	3
Libertades sociales y personales	3	4
Igualdad de oportunidades y libre explotación económica	2	3
Indicadores Autonomía Personal y Derechos Individuales	4	4

Elaboración propia. Datos tomados de Freedom House.

⁵³ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

⁵⁴ ONU. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. New York. 1966. Art. 12.

IV.6.1. Colombia y sus indicadores de Autonomía Personal y Derechos Individuales

Una de las principales, o quizá la más significativa, limitación a los derechos de libertad de movimiento, elección de la residencia y los derechos de propiedad, es la violencia extendida por el territorio nacional, tanto por parte la delincuencia organizada, como por la inseguridad o los vestigios del conflicto armado con los ahora disidentes de las FARC, siendo las víctimas de estos abusos, principalmente, los grupos minoritarios vulnerables.

La violencia y la inestabilidad en algunas áreas amenazan los derechos de propiedad y la capacidad de establecer negocios o cualquier oportunidad de crecimiento y desarrollo productivo. Los grupos sucesores de la guerrilla y los paramilitares regularmente extorsionan a los dueños de negocios, donde la corrupción en varios niveles, así como la presión indebida ejercida sobre los fiscales y los miembros de la judicatura, han llegado a legitimar tratos comerciales ilegítimos.⁵⁵ En esta materia, el progreso sigue siendo desigual en la implementación de la histórica Ley de Víctimas y Tierras 2011, que reconoció la legitimidad de los reclamos de las víctimas de abusos relacionados con conflictos, incluidos los cometidos por las fuerzas gubernamentales. Si bien los ciudadanos afectados continúan recibiendo una indemnización, el proceso legal para la restitución de tierras está muy retrasado, y el reasentamiento de los desplazados durante el conflicto continúa avanzando lentamente.⁵⁶

El acoso sexual, la violencia basada en el género y la trata de mujeres con fines de explotación sexual siguen siendo preocupaciones importantes. Miles de violaciones han ocurrido como parte del conflicto, generalmente con impunidad. El país tiene leyes de aborto restrictivas, aunque un fallo de la Corte Constitucional de 2006⁵⁷ permitió el aborto en casos de violación o incesto o para proteger la vida de la madre.

En 2016, después de varios años de decisiones administrativas y judiciales contradictorias respecto a las uniones entre personas del mismo sexo, el Tribunal Constitucional votó a favor de su legalización. El tribunal legalizó las adopciones de parejas del mismo sexo en 2015.

El trabajo infantil, el reclutamiento de niños por grupos armados ilegales y el abuso sexual relacionado son problemas graves en Colombia. Un acuerdo de libre comercio de 2011 con los Estados Unidos y un Plan de Acción Laboral posterior exigieron una mejor investigación de prácticas laborales abusivas y violaciones de derechos, pero el progreso sigue siendo deficiente en varias áreas.⁵⁸

⁵⁵ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C.355 de 2006. Bogotá, despenalización del Aborto en tres casos particulares. Colombia.

⁵⁸ FREEDOM HOUSE, *op. cit.*

IV.6.2. Argentina y sus indicadores de Autonomía Personal y Derechos Individuales

El gobierno respeta el derecho constitucional de los ciudadanos a viajar libremente dentro y fuera de Argentina. La medida adoptada por el gobierno de Macri en 2015 para levantar los controles cambiarios de la era de Kirchner aumentó el acceso de la gente común a la moneda extranjera, haciendo que los viajes al exterior sean más accesibles. Los ciudadanos en general disfrutaban el derecho a poseer propiedades y establecer negocios privados. Sin embargo, este país presenta grandes retos en materia de derechos de las comunidades indígenas, donde aproximadamente el 70% de las comunidades indígenas rurales carecen de títulos para sus tierras, y todavía se producen desalojos forzosos, aunque técnicamente son ilegales. Las comunidades indígenas lucharon cada vez más para defender sus derechos a la tierra en 2017 contra los buscadores de petróleo y gas, así como para recuperar tierras tradicionales.⁵⁹

Los argentinos disfrutaban de una amplia libertad con respecto al matrimonio y el divorcio. El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido legal en todo el país desde 2010. Una ley de identidad de género de 2012 permite a las personas cambiar legalmente su género. En materia de violencia contra la mujer, sigue siendo otro de los retos del Estado Argentino, donde según la Corte Suprema, en 2016 murieron 254 mujeres como resultado de la violencia de género.⁶⁰ El acceso al aborto es legal solo en los casos en que la vida o la salud de la madre están en peligro o si el embarazo es el resultado de una violación; caso similar al colombiano tras la sentencia de la Corte Constitucional del 2006.

En materia de derechos laborales, se encuentra que en algunos sectores de las industrias productoras de carbón y de ladrillos, las grandes compañías se benefician del trabajo forzoso de hombres, mujeres y niños tanto de Argentina como de países vecinos; el trabajo forzoso también está presente en el sector agrícola y entre los trabajadores domésticos y los vendedores ambulantes. Hombres, mujeres y niños están sujetos al tráfico sexual.⁶¹

Conclusiones

A partir de los datos arrojados por Freedom House, en su medición sobre las libertades en los Estados, analizando el respeto por los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, con garantías a nivel del Estado de derecho, justicia, libertad de expresión, religiosa y creencias, derecho de reunión y asociación, pluralismo político y participación, autonomía personal y derechos individuales, se encontró que, en una escala de 0 a 7, siendo cero el **respeto de los derechos civiles y políticos** y 7 el **no respeto de los derechos civiles y políticos**, Argentina se ubica en la casilla

⁵⁹ FREEDOM HOUSE. Leyes, políticas y prácticas de igualdad. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

2, siendo un estado **totalmente libre**, que respeta en gran medida los mencionados derechos, y por tanto, que cumple el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, en lo que respecta a Colombia, se ubica en la casilla 3, lo que la clasifica como un Estado **parcialmente libre**.

Método para obtener el porcentaje de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los Estados a partir del índice de libertad de freedom house

La propuesta que se plantea para calcular el porcentaje de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la siguiente:

$IL = X/7$
$IL\% = X * 100/7$
$100\% - IL\% = \%CPIDCP$

- **IL**= Índice de libertad (0-7).
- **IL%**= Índice de libertad en porcentaje.
- **%CPIDCP**= Porcentaje de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La propuesta que se plantea para calcular el porcentaje de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la siguiente:

PRIMERO: A partir el Índice de Libertad arrojado por Freedom House “Freedom in the World Scores”, el cual es presentado en una escala de 0 a 7 (0 más libre - 7 menos libre), teniendo en cuenta que este índice se obtiene del análisis del grado de incumplimiento de disposiciones propias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aplicando la fórmula $IL\% = X * 100/7$, se convertirá el Índice de Libertad a porcentaje (0% - 100%).

SEGUNDO: En la metodología utilizada por Freedom, se calcula el índice de Libertad, a partir del análisis y observación del incumplimiento de distintos aspectos, propios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de esta manera, en la escala de 0 a 7, el Estado que obtenga el porcentaje más bajo de incumplimiento, se clasifica como más libre, y el que lo obtenga más alto, como menos libre. Es por esto, que la fórmula aplicada en el paso anterior, permite concluir que el porcentaje de Índice de Libertad equivale al porcentaje de incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

TERCERO: Teniendo el porcentaje de Índice de Libertad (= % de incumplimiento del PIDCP), aplicando la fórmula $100\% - IL\% = \%CPIDCP$, se obtiene el porcentaje de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aplicando el método planteado al caso concreto, la comparación entre Colombia y Argentina, se obtienen los siguientes datos:

COLOMBIA:

IL= 3/7
$3 * 100/7 = 42,86\%$
$100\% - 42,86\% = 57,14\%$

ARGENTINA:

IL= 2/7
$2 * 100/7 = 28,57\%$
$100\% - 28,57\% = 71,43\%$

Figura 13
Porcentaje de Cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Freedom in the World Scores. Freedom House)

Porcentaje de Cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Freedom in the World Scores - Freedom House)



Elaboración propia.

En conclusión, a partir del método planteado, utilizando la imprescindible herramienta de Freedom in the World Scores - Freedom House, se observa un cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 71,43% en Argentina, ubicándose 14,29% por encima de Colombia, quien alcanza un nivel de cumplimiento del 57,14%.

Bibliografía

- RBERIS, Julio. “El concepto de tratado internacional”. Anuario Español de Derecho Internacional. Universidad de Navarra. España. 1982. (3-28), p. 10.
- UNHCR ACNUR. “¿Qué es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?”. Agencia de la ONU para los Refugiados. Comité Español. Tomado de <https://eacnur.org/blog/pacto-internacional-derechos-civiles-politicos/>.
- ABRISKETA, Joana. “Pactos internacionales de Derechos Humanos”. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. Tomado de <http://www.dicc.hegoa.chu.es/listar/mostrar/165>.ÁLVAREZ, Molinero. “La evaluación de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes”. AA.W. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus cincuenta aniversarios. Un estudio interdisciplinar. Universidad de Deusto. Bilbao, p. 178.
- FRONT LINE DEFENDERS. *Derechos civiles y políticos*. Herramientas para los DDHH. Tomado de <https://www.frontlinedefenders.org/es/right/civil-political-rights>.
- ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1966.
- RED-DESC. *Una introducción a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Introducción a los DESC. Tomado de <https://www.escri-net.org/es>.
- FREEDOMHOUSE. *Visión de conjunto*. Freedom in the world Scores. Colombia. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.
- FREEDOMHOUSE. *Visión de conjunto*. Freedom in the world Scores. Argentina. Tomado de <https://freedomhouse.org/>.
- TALEVA, ORLANDO. *Derechos Humanos*. Tercera edición. Valletta Ediciones. Buenos Aires, Argentina. 2011. Página 156.
- FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN. *18 meses después... Cómo va la paz*. Bogotá, Colombia. 2018. Tomado de <http://www.pares.com.co/18-meses-despues-como-va-la-paz/>.
- IFEX. *Reforma del Código Penal para la despenalización de la difamación aprobada por el Senado*. Intercambio Internacional por la Libertad de Expresión. Toronto, Canadá. 2009.

El jefe de gabinete en las conversaciones previas al Pacto de Olivos. Vicente López como sede de entendimientos históricos

Juan Marcelo Gavalda¹

Introducción

El primer eje de este trabajo versa sobre los antecedentes previos a la firma del Pacto de Olivos, pues si bien este instrumento está instalado en la memoria colectiva de los argentinos como el único antecedente del proceso de reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, no debe olvidarse el valioso aporte realizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado por el gobierno de Alfonsín en el año 1985, así como tampoco, la realización de ciertos acuerdos que, en el orden provincial, fueron celebrando los principales partidos políticos del país que jalonaron la vida democrática desde 1983.

Esta línea de colaboración y de consensos entre la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista, tiene como punto de arranque los acuerdos celebrados por estas fuerzas durante la década del setenta, los cuales posibilitaron el fin del gobierno de facto de Lanusse y el retorno a la vida democrática del país en 1973 y se traducen simbólicamente en el abrazo Perón-Balbín.

Dichos avances fueron truncados por la última dictadura militar y luego reflatados por las dos fuerzas mayoritarias en 1983, con la recuperación de la democracia.²

El segundo eje se refiere a la trascendencia del Partido de Vicente López como escenario de sucesos históricos que –en mayor o en menor medida– podrían considerarse como antecedentes previos a la firma del Pacto de Olivos.

Si nos limitáramos a considerar a la Residencia Presidencial de Olivos como el único escenario de tales acontecimientos, estaríamos haciendo un análisis histórico incompleto, pues tal como podrá verse a continuación, el destino ha querido que otros sitios –que también se encuentran ubicados dentro del Partido de Vicente López– sirvieran de sede, tanto para las negociaciones informales previas a la firma

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista para la Magistratura (Universidad Nacional de Gral. San Martín). Profesor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Relator en la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal. Profesor Adjunto Interino de Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho Constitucional en la Universidad de Belgrano. Docente de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de José C. Paz. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Asoc. Arg. de Derecho Constitucional. juanmarcelogavalda@yahoo.com.ar.

² Cafiero, Antonio. *Militancia sin Tiempo*. Editorial Planeta. Buenos Aires, 2011, p. 486.

del Pacto de Olivos, así como también para otros encuentros históricos, que –en mi opinión personal– son el punto de arranque de una serie de entendimientos entre las dos fuerzas políticas mayoritarias de la Argentina de la segunda mitad del Siglo XX.

El tercer eje de estudio consiste en tratar de dilucidar si se ha podido concretizar el ideario de Alfonsín, en miras a morigerar el poder presidencial, de conformidad a lo propuesto en 1986 por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, en la inteligencia de que –con la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros al texto constitucional– se lograría atenuar el hiper-presidencialismo de nuestro sistema republicano de gobierno.

En estos días, se está cumpliendo un cuarto de siglo de la firma del Pacto de Olivos. La fecha y el ámbito en el que nos encontramos resultan una oportunidad propicia para repasar el camino transitado para arribar a un acuerdo tan trascendente; el rol de Vicente López como escenario de encuentros históricos y, finalmente, poder reflexionar acerca de los resultados efectivos de la limitación del poder presidencial pretendida.

II. La comprensión final

Antonio Cafiero ha señalado que en el diálogo político que Perón y Balbín mantuvieron, ambos líderes tenían presente la necesidad de fortalecer la democracia y diseñar una reforma constitucional siguiendo el modelo de Francia de 1958, que implementó un sistema semiparlamentario.

Tan importante fue el grado de acercamiento entre las dos figuras que llegaron a plantearse la posibilidad de integrar una fórmula presidencial “Perón-Balbín”.

Como una premonición histórica, estas conversaciones tuvieron lugar en la residencia privada de Perón, ubicada en la calle Gaspar Campos 1065 del Partido de Vicente López.

El 25 de noviembre de 1972, representantes de 28 partidos políticos, más la Confederación General del Trabajo y la Confederación General Económica, celebraron una reunión multipartidaria en el Restaurante “Nino”, también en Vicente López,³ donde se logró un acuerdo de concertación nacional, que sentaba las bases de la convivencia futura y la vuelta del país al orden democrático y constitucional, tras el final del régimen de facto encabezado por Lanusse.

Durante su tercera y breve presidencia, Perón ya mencionaba la necesidad de una reforma constitucional integral, en un acuerdo común con radicales y otras fuerzas políticas, para buscar una nueva Constitución acorde a los tiempos que corrían, en vez de reinstaurar la Constitución de 1949, pues consideraba que ese texto había sido superado por la nueva época que había que afrontar.

Lamentablemente, el 1 de julio de 1974 muere el Presidente Perón sin que las buenas intenciones puestas de manifiesto entre los dos principales líderes políticos pudieran ver la luz.

³ Yofre, Juan Bautista. *La Trama de Madrid*. Sudamericana. Buenos Aires, 2013, p. 308.

Al despedir los restos de Perón ante la Asamblea Legislativa, Balbín hizo referencia a la “comprensión final” con el presidente muerto y terminó por reivindicar a su viejo adversario al despedirlo como un amigo.

Ese entendimiento final entre ambos líderes, sentaría las bases para que, una vez superada la noche oscura que significó el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” y vuelto el país al orden constitucional, se pudiera retomar el diálogo entre radicales y peronistas.

III. El Consejo para la Consolidación de la Democracia

El gobierno de Alfonsín posibilitó un amplio debate sobre el problema de la vigencia de las instituciones democráticas, que se instaló a partir de la creación del Consejo para la Consolidación de la Democracia y que concluyó en varias recomendaciones a favor de una reforma Constitucional.

En marzo de 1986, el Presidente Alfonsín pidió a este Consejo que recopile antecedentes y opiniones sobre la posibilidad de reformar la Constitución, particularmente en lo relativo a su parte orgánica para hacer más ágil y eficaz el funcionamiento de los diversos poderes del Estado y para profundizar la participación democrática, la descentralización institucional, el control de la gestión de las autoridades y el mejoramiento de la Administración Pública.

Este organismo, bajo la coordinación de Carlos Nino, estuvo conformado por dirigentes de todo el espectro político y por referentes de los ámbitos académicos, culturales y de organismos de derechos humanos, se expidió mediante un dictamen preliminar que constaba de una serie de anexos con documentación elaborada por los equipos técnicos del Consejo, conteniendo una síntesis de las opiniones recogidas en el interior del país.

Cabe destacar que, con una mirada verdaderamente federal, el Consejo envió delegaciones para visitar los principales centros urbanos de las provincias, recogiendo inquietudes y opiniones de muy diversos sectores de la vida del país, con un criterio amplio y pluralista.

Concretamente, se concluyó que era necesaria y oportuna la reforma parcial de la Constitución, promovida sobre la base de un amplio consenso que debería mantenerse en todas las etapas del procedimiento de reforma, con un respeto escrupuloso de los diversos pasos del procedimiento, y bajo la idea rectora de que una Constitución no podía surgir sólo de un sector político ni de un equipo de especialistas, por mejores que sean sus intenciones y sus recursos técnicos, pues debía resultar de un amplio proceso de reflexión y discusión entre todos los sectores de la sociedad.

En relación al Poder Ejecutivo, el Consejo recomendó desconcentrar el cúmulo de tareas que agobiaba al Presidente y dar más flexibilidad a la institución presidencial en situaciones de tensión o crisis, propiciando a tal fin instituir la figura de un Primer Ministro, a designar por el presidente quien, a propuesta de aquél, nombraría también a los demás integrantes del Gabinete.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

Se proponía que, tanto el Primer Ministro como los restantes ministros, fueran removidos por el Presidente, sin perjuicio de la responsabilidad frente a la Cámara de Diputados. A tal fin, se había diseñado un sistema de responsabilidad política ante la Cámara de Diputados, que podría –por la mayoría absoluta de sus miembros y a pedido de un tercio de ellos– formular mociones de censura respecto del Primer Ministro y/o cualquiera de los integrantes del Gabinete.

El Presidente debería remover a los censurados.

En el caso de que una moción de censura exitosa afectase al Primer Ministro y con él, necesariamente, a todo el Gabinete, el Presidente necesitaría contar con la confianza de la mayoría simple de la Cámara de Diputados para designar nuevo Gabinete. Si no la obtuviera, podría disolver la cámara baja y convocar a elecciones generales para que se constituya nuevamente.

La nueva Constitución debía deslindar las competencias del Presidente y del Primer Ministro y su Gabinete, de modo que, en su papel de Jefe Supremo de la Nación, el Presidente, sin necesidad de refrendo ministerial, pudiese ejercer atribuciones privativas tales como designar el Primer Ministro; disolver la Cámara de Diputados; dictar reglamentos de necesidad y urgencia; ejercer el cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas; promulgar y vetar las leyes; hacer todos los nombramientos que requiriesen acuerdo del Senado; ejercer la iniciativa legislativa en lo que atañe a sus facultades privativas; etc.

A su vez, el Primer Ministro ejercería las atribuciones propias del Jefe de la Administración Pública y las que por decreto le delegase en un futuro el Presidente de la Nación.⁴

El Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación para la Democracia fue presentado al Presidente Alfonsín para su estudio el 7 de octubre de 1986, respondiendo a su pedido del mes de marzo para recopilar antecedentes y opiniones sobre la posibilidad de reformar la Constitución.

IV. Los frutos del entendimiento

Considero pertinente reivindicar aquí un verdadero hito histórico en la política argentina del Siglo XX y que sin dudas contribuyó al dialogo posterior entre radicales y peronistas en miras a la reforma constitucional.

Durante la semana santa de 1987 un grupo de militares se sublevó en Córdoba y en Campo de Mayo, poniendo en jaque a la primavera democrática de Alfonsín.

Por primera vez en la historia, el principal partido político de la oposición, el Partido Justicialista, salió a las calles y plazas a respaldar a un gobierno de distinto signo, el de la Unión Cívica Radical.

En las imágenes del Presidente Alfonsín dirigiéndose al país desde el balcón de la Casa de Gobierno durante la crisis militar de 1987 –en momentos difíciles para

⁴ Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. EUDEBA. Buenos Aires, 1986.

la estabilidad institucional del país— puede verse al primer mandatario acompañado por Antonio Cafiero (Presidente del Partido Justicialista) y, posteriormente por Ítalo Argentino Luder (ex candidato presidencial del Partido Justicialista, que fuera derrotado por el mismo Alfonsín en las elecciones de 1983), en una clara señal de apoyo al gobierno.

La “comprensión final” entre Perón y Balbín no había sido en vano. Ahí estaban sus frutos, pues allí estuvo presente el peronismo defendiendo la restauración democrática y constitucional que lideraba el Presidente Alfonsín, quebrando así una vieja y nefasta tradición de traiciones mutuas en la política nacional.

Estos nuevos entendimientos gravitaron profundamente en el afianzamiento de las relaciones entre gobierno y oposición. Se inició un proceso de confianza y madura relación entre los dos grandes partidos políticos argentinos: la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista.

Unos meses más tarde de la sublevación militar de abril de 1987, ambas fuerzas comenzaron a intercambiar opiniones acerca de la necesidad de una reforma constitucional y tuvo lugar la primera reunión de delegados expertos en el tema: Carlos Nino y Ricardo Gil Lavedra, por el radicalismo y Alberto García Lema y Héctor Masnatta por el peronismo.

Dentro del Partido Justicialista se creó una Comisión de Reforma Constitucional, que celebró plenarios en La Falda, Bariloche y Parque Norte, entre los meses de mayo y noviembre de 1987.

Mientras tanto ambas fuerzas continuaron avanzando en paralelo, si bien todavía no habían comenzado a hablar sobre el “contenido” de la reforma, al menos ya hablaban sobre la “necesidad” de la misma.

En las elecciones de 1987 el peronismo triunfa en varias provincias, entre ellas la de Buenos Aires.

En su discurso de asunción como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, el 10 de diciembre de 1987, Cafiero señaló: *“El país está preparado para tratar una reforma integral y consensuada, cuyos tres ejes principales son consolidar el sistema democrático, la vigencia de los derechos humanos y el afianzamiento de la justicia social”*⁵

Al respecto, la ex gobernadora bonaerense Elba Roulet señaló: *“El día en que puse en funciones como gobernador a Cafiero en el Senado, él quedó en funciones y lógicamente yo me retiré, de modo que me enteré después cuál había sido el contenido del discurso. Una de las cosas que él anunció es que como gobernador de la provincia iba a trabajar con el presidente de la Nación para la reforma de la Constitución Nacional. Y en esto se avanzó hasta el punto que hubo una cantidad de grupos que se habían creado dentro del partido peronista sobre la base de esa óptica que coincidían enormemente con los estudios que se habían hecho en el Consejo de la Consolidación de la Democracia, que fue presidido por Carlos Nino, eminencia en materia constitucional y hermosísima persona”*⁶

⁵ Cafiero, Antonio. *Militancia sin Tiempo*. Editorial Planeta. Buenos Aires, 2011, p. 488.

⁶ Spina, María Paula y Antonelli, Julieta. “Entrevista a Elba Roulet”, *Revista N E*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 2015, p. 282.

Tiempo después, el Presidente Alfonsín y el Gobernador Cafiero se reunieron en Casa de Gobierno y avanzaron en la necesidad de atenuar el presidencialismo, tomando la decisión de impulsar la reforma.

En orden a la pretendida reforma, creyeron conveniente que, a través de amplias consultas, debates públicos y estudios técnicos, se obtenga un consenso para favorecer mecanismos que protejan al órgano ejecutivo del desgaste de las cuestiones políticas cotidianas, desconcentrando funciones que no corresponden estrictamente a la jefatura del Estado; flexibilizando la marcha de la Administración según las situaciones políticas y electorales cambiantes; examinar el acortamiento de los mandatos y hacer más estrecha y coordinada la relación entre el Ejecutivo y el Parlamento, permitiendo acuerdos interpartidarios en su seno que faciliten la agilidad y eficiencia de la administración y su contralor por el Congreso.

V. El primer intento de reforma

Alfonsín y Cafiero consideraron que, si el Congreso de la Nación acogiera favorablemente la iniciativa de una reforma, sería deseable que la elección de la Asamblea Constituyente se efectuara simultáneamente con la elección de autoridades nacionales prevista para el año 1989 y que su labor finalizara antes la asunción del nuevo gobierno surgido de dicho proceso electoral.

La reforma estaba en marcha.

En 1989 finalizaría el mandato de Alfonsín y, ante ello, Partido Justicialista anticipó su interna presidencial y, de este modo, el 8 de julio de 1988, el entonces Gobernador de la Provincia de la Rioja, Carlos Saul Menem, contra todos los pronósticos, derrotó a Antonio Cafiero por escaso margen y fue proclamado como candidato a Presidente de la Nación por el Partido Justicialista para las elecciones presidenciales de 1989.

A partir de allí, el camino de entendimiento y de trabajo conjunto entre las dos principales fuerzas políticas del país entró en un impasse, pues si bien la reforma constitucional formaba parte de la agenda del oficialismo y de la oposición, lo cierto es que la derrota imprevista de Cafiero en la interna presidencial peronista congeló todas las conversaciones al respecto.

Al respecto, Alfonsín diría años más tarde: *“La idea de la reforma ya estaba instalada, pero la sorpresiva derrota de Antonio Cafiero frente a Menem en la interna del PJ derrumbó esa iniciativa. Desde un principio se notó que el futuro presidente no tenía ningún interés en reformar la Constitución tal como se había planteado en el Consejo sobre la base del consenso, así que, ante eso, decidí dejar de lado la idea para más adelante”*⁷

El 14 de mayo de 1989 la fórmula presidencial “Menem-Duhalde” (por el peronismo) se impuso sobre la fórmula radical “Angeloz-Casella” y el 8 de julio de 1989, Carlos Menem asumió la presidencia, tras la renuncia presentada por el Presidente

⁷ Pérez, Ana Laura. “Logramos una reforma progresista”, entrevista a Raúl Alfonsín. *Revista Encrucijadas*. Universidad de Buenos Aires, 2004.

Alfonsín, quien resignó 6 meses de su mandato para facilitar la asunción anticipada del nuevo gobierno, en el marco de una situación de crisis económica.

En uno de los primeros reportajes que concedió Menem ni bien asumió la presidencia, se manifestó contrario a la Reforma Constitucional y la iniciativa quedó totalmente paralizada.

En efecto, tal como señaló Elba Roulet: *“la llegada del doctor Menem al gobierno abrió un paréntesis de cuatro años”*.⁸

VI. Menem impulsa la reforma

Corría el año 1993, se acercaba el final del mandato presidencial de Menem, cuya finalización estaba prevista para diciembre de 1995 y este hizo pública su intención de obtener su reelección, pero la Constitución se lo impedía.

El Consejo Nacional del Partido Justicialista respaldó por unanimidad la reelección del Presidente Menem, quien durante todo ese año procuró obtener el respaldo del Congreso a su proyecto reeleccionista.

Primero había que reformar la Constitución y ello no le iba a resultar fácil, pues si bien en el Senado el oficialismo contaba con una amplia mayoría, distinta era la situación en Diputados.

En julio de 1993 el proyecto de reforma llegó al Senado y obtuvo su aprobación sin mayor dificultad, mientras que en la Cámara de Diputados se discutía si la necesidad de reforma debía declararse con 2/3 de los miembros de cada cámara o solamente con 2/3 partes de los miembros presentes.

Por un lado, el “menemismo” interpretaba que era suficiente con 2/3 de los miembros presentes de cada cámara, mientras que el radicalismo sostenía que para poder aprobar la necesidad de reforma se requerían 2/3 del total de los miembros de cada Cámara y discutieron sobre el punto durante varios meses.

En otras palabras, en tal estado de situación, el Presidente Menem no contaba con los votos necesarios para obtener de la Cámara de Diputados la media sanción a la ley de declaración de necesidad de reforma constitucional.

Estaba muy claro que debía que buscarse un acuerdo con la Unión Cívica Radical, para que la iniciativa fuese aprobada.

En las elecciones legislativas del 3 de octubre de 1993, el menemismo triunfó ampliamente en casi todo el país, incluida la Ciudad de Buenos Aires, distrito que siempre fue esquivo a los candidatos peronistas.

Ante el respaldo electoral, el gobierno convocó a un plebiscito –no vinculante– para que la propia ciudadanía se expresara acerca de la necesidad o no de una reforma constitucional.

De inmediato, la Convención Nacional de la Unión Cívica Radical se expidió en sentido contrario a la reforma constitucional y al plebiscito.

⁸ Spina, María Paula y Antonelli, Julieta. Entrevista a Elba Roulet. *Revista N E*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 2015, p. 282.

Solo 3 gobernadores radicales apoyaron la iniciativa del presidente Menem, pero lo hicieron motivados en su propio afán de ser reelectos en sus respectivos mandatos provinciales.

El plebiscito ya estaba en marcha; se llevaría a cabo el domingo 21 de noviembre y la Justicia Nacional Electoral ya se aprestaba a designar las autoridades para las mesas de votación, juntamente con todo lo necesario para organizar su realización.⁹

Los pronósticos vaticinaban que la consulta popular voluntaria sería favorable a la reforma, lo que –en términos políticos– significaría un respaldo popular a la reelección de Menem y –pese a no ser vinculante– y terminaría legitimando al oficialismo en su afán de aprobar en la Cámara de Diputados la declaración de la necesidad de reforma, solamente con 2/3 partes de los miembros presentes.

Tal escenario hubiera desembocado en una reforma constitucional legítima porque no se estaban respetando las mayorías requeridas por el artículo 30 de la Constitución para la declaración de la necesidad de reforma.

VII. La casa de Dante Caputo

Con la reforma trabada en diputados, se iniciaron tratativas por intermedio de dos negociadores informales: Hugo Barrionuevo por el peronismo y Enrique Nosiglia por el radicalismo, quienes lograron convencer, respectivamente, al Presidente Menem y al Ex Presidente Alfonsín para concurrir a una reunión absolutamente reservada y confidencial para conversar acerca de la necesidad de la reforma constitucional.

Con el visto bueno de los dos líderes políticos, el operador radical Enrique Nosiglia avanzó en otro paso: telefoneó a la esposa del Ex Canciller Dante Caputo y le pidió prestada la casa para realizar allí una reunión muy importante, a lo que, el dueño de casa –quien se encontraba en Haití en una misión oficial de Naciones Unidas– accedió de inmediato.

El motivo de la elección de la casa de Caputo fue que, al ser un ámbito particular, ofrecía más privacidad como punto de encuentro secreto que la Residencia Presidencial de Olivos, que se encuentra repleta de policías, custodios, granaderos y empleados.¹⁰

El otro motivo era que se encontraba a unas pocas cuadras de la residencia presidencial, en las inmediaciones del cruce entre las calles Corrientes y La Rioja.

Nuevamente el destino quiso que sea Vicente López el escenario de tan trascendente reunión.

Así las cosas, el 4 de noviembre de 1993, en la casa de Caputo, se realizó la reunión secreta entre ambos líderes.

⁹ Mediante decreto 2181/93, el Poder Ejecutivo convocó a la ciudadanía a expresar voluntariamente su opinión en una consulta en relación a la reforma constitucional y a su oportunidad.

¹⁰ Gallo, Darío y Álvarez Guerrero, Gonzalo. *El Cotti*, Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 2005, p. 259.

Alfonsín concurrió acompañado por Enrique Nosiglia y Mario Losada, mientras que el Presidente Menem lo hizo juntamente con el operador Hugo Barrionuevo, el Secretario General de la Presidencia Eduardo Bauza y con el Gobernador de la provincia de Buenos Aires Eduardo Duhalde.

El radicalismo planteó la importancia de un acuerdo entre los dos partidos políticos más importantes del país y sacar una reforma constitucional por consenso, que debería contemplar una mayor participación del Congreso en la gestión del gobierno.

Alfonsín en persona propuso limitar el poder presidencial, a lo que Menem respondió que sabía que el radicalismo prefería la figura del Primer Ministro, pero que él no compartía la idea de sacarle atribuciones al Poder Ejecutivo.

Finalmente conversaron sobre la idea de un Jefe de gabinete elegido por el Presidente pero con poder de censura del Congreso.

Al respecto, Alfonsín señaló: *“yo creía que si volvíamos al acuerdo logrado con Antonio Cafiero obtendría la conformidad de mi partido para la reforma de la Constitución. Puse especial énfasis en la necesidad de limitar las facultades presidenciales. Estuvimos de acuerdo en comenzar la discusión sobre la base de las coincidencias a que habíamos arribado con el doctor Cafiero, el levantamiento del plebiscito y la no consideración del proyecto del Diputado Durañona y Vedia sobre la interpretación del artículo 30 de la Constitución”*¹¹

A los pocos días, el encuentro se filtró a la prensa y el diario *Ámbito Financiero* salió con una tapa denominada *“SE REUNIÓ EN SECRETO MENEM CON ALFONSÍN. SUSPENDERÍAN PLEBISCITO Y HABRÍA APOYO PARA LA REFORMA”*

A los dos días, el Presidente Menem reconoció la existencia de la reunión; unos días más tarde Alfonsín fue electo como Presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical y, seguidamente, el Presidente Menem ordenó la suspensión del plebiscito convocado para el 21 de noviembre.

Para ese entonces Gil Lavedra y García Lema tenían listo un primer borrador con los principales objetivos que el radicalismo y el peronismo llevarían a la Convención Constituyente¹²

VIII. La Residencia Presidencial de Olivos

En un principio fue una chacra de propiedad del Sr. Carlos Vilate, quien legó al gobierno nacional, parte de su Cabaña Azcuénaga, situada en el Partido de Vicente López, en la Provincia de Buenos Aires y que constaba de aproximadamente 35 hectáreas delimitadas hacia el norte con la actual calle Villate y al sur con la actual calle Malaver, al oeste con lo que hoy sería la Av. Maipú y al este con el Río de la Plata.¹³

¹¹ Pérez, Ana Laura. “Logramos una reforma progresista”, entrevista a Raúl Alfonsín. *Revista Encrucijadas*. Universidad de Buenos Aires, 2004.

¹² Gallo, Darío y Álvarez Guerrero, Gonzalo. *El Coti*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 2005, p. 262.

¹³ Vallejos, Soledad. *Olivos. Historia secreta de la quinta presidencial*. Aguilar. Buenos Aires, 2017, pp. 50/51

En 1921 el Estado Nacional tomó posesión del bien, para destinarlo a residencia de verano y quinta de descanso para los fines de semana del Presidente de la Nación y su familia.

En ese entonces, los presidentes todavía residían en el Palacio Unzué, ubicado en las calles Austria y la actual Avenida del Libertador, en plena Capital Federal, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Nacional, en cuanto a que las autoridades que ejercen el Gobierno Federal residen en la Capital Federal, sin embargo, tras la demolición del Palacio Unzué en el marco de la política de “*damnatio memoriae*” llevada a cabo por el régimen de facto de Aramburu en 1955,¹⁴ el Gobierno Nacional se quedó sin residencia en la Ciudad de Buenos Aires y, en consecuencia, desde entonces, todos los presidentes viven en la “Quinta de Olivos” (ubicada en la Provincia de Buenos Aires), convertida en residencia presidencial habitual.

Su historia es tan rica que enumerar todos los acontecimientos allí ocurridos, es una misión imposible.

Sin lugar a dudas, el Pacto de Olivos es uno de los más trascendentes de ellos.

IX. El Pacto

El 14 de noviembre de 1993, en la Residencia Presidencial de Olivos, Menem y Alfonsín suscribieron el denominado “Pacto de Olivos” el cual, en lo que aquí importa, señalaba que los dirigentes del PJ y la UCR coincidieron en impulsar un proyecto de reforma constitucional, cuyos puntos eran –entre otros– perfeccionar el equilibrio de poderes, incluyendo la atenuación del sistema presidencialista por medio de la incorporación de un Jefe de Gabinete o Ministro Coordinador.

Dicho instrumento fue ratificado por la Convención Nacional de la Unión Cívica Radical el 3 de diciembre de 1993 y el 14 de diciembre, mediante la firma del denominado “Acuerdo de la Rosada” se terminó de completar el Núcleo de Coincidencias Básicas, conformado por trece propuestas concretas de reforma, acordadas por Menem y Alfonsín, y basadas en los acuerdos y reuniones interpartidistas correspondientes a los documentos anteriores.

En su texto se fijaron los alcances de la ley de necesidad de reforma y se delimitó el margen de acción de la Convención Constituyente.

Mediante la sanción de la ley 24.309, el Congreso aprobó la declaración de necesidad de reforma y convocó a elecciones de convencionales constituyentes, que se realizaron el 10 de abril de 1994.

Finalmente, la convención se ciñó a los límites establecidos por la mencionada ley, la cual, a su vez, había seguido los lineamientos de las propuestas acordadas por Alfonsín y Menem en el “Pacto de Olivos”.¹⁵

¹⁴ Gavaldá, Juan Marcelo. “*Damnatio memoriae* y peronismo. Una perspectiva material y simbólica”, *Cuadernos de Antropología*. Universidad Nacional de Lujan, 2017, pp. 65/80.

¹⁵ La ley de reforma fue sancionada el 29 de diciembre de 1993 y promulgada en el día por el Poder Ejecutivo.

Las sesiones de la Convención comenzaron el 24 de mayo de 1994 y concluyeron el 22 de agosto de 1994, dentro del plazo de noventa días ordenado por la ley.

El texto de la Constitución reformada se publicó en el Boletín Oficial el 23 de agosto, y entró en vigor el 24 del mismo mes.

El Pacto de Olivos fue uno de los hechos más trascendentes de la democracia argentina, pues se trató de un pacto constitucional surgido a partir de un acuerdo político y no de un derramamiento de sangre.

Su denominación no solo se debe a la quinta presidencial, sino también a la casa en la que el Ex Canciller de Alfonsín prestó para la celebración del primer encuentro informal.

X. El Jefe de Gabinete

Tal como se ha dicho, uno de los objetivos fundamentales que perseguía la reforma constitucional era la atenuación del sistema presidencialista.

A tal fin se instituyó la Jefatura de Gabinete, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación y con una leve mirada hacia el sistema parlamentario europeo.¹⁶

De este modo la conducción de la administración aparece desdoblada, pues si bien se le encomienda al Jefe de Gabinete, el ejercicio de la administración general del país, la responsabilidad política de la administración ha quedado en cabeza del Presidente de la Nación, diferenciándose la titularidad de la administración y el manejo de la misma.

Tanto el gobierno como la administración continúan en cabeza del Jefe de Estado, de modo tal que puede afirmarse –con toda seguridad– que la figura del Jefe de Gabinete, tal como ha sido instituida dista bastante de la figura de un “Primer Ministro”, recomendada en 1986 por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, máxime cuando es el Presidente quien lo designa y remueve, difiriendo así de los mecanismos propios del sistema parlamentario europeo.

Rodolfo Barra señala que se ha diseñado un sistema original, que no es más el presidencialismo puro tomado del texto constitucional norteamericano, pero establece, como allí, un presidente fuerte y definido en su rol de conducción suprema, que tampoco es el sistema parlamentario, del que tiene más diferencias que semejanzas, aunque estas sean igualmente importantes, ni se mimetiza con el sistema semipresidencialista francés, del que también guarda grandes diferencias de funcionamiento.¹⁷

¹⁶ En lo que aquí importa, el Punto A del Núcleo de Coincidencias Básicas dice textualmente: “ATE-NUACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIALISTA. Se promueve la creación de un jefe de Gabinete de Ministros, nombrado y removido por el Presidente de la Nación, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, que podrá también removerlo mediante un voto de censura”.

¹⁷ Barra, Rodolfo. *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 95.

En cuanto al control parlamentario hacia el Jefe de Gabinete, resulta un avance muy valioso e interesante, la concurrencia del Jefe de Gabinete al Congreso una vez por mes; así como también la posibilidad de su interpelación a partir de una moción de censura y, finalmente, su remoción por la mayoría del total de los miembros de las Cámaras, pues se trata de un atisbo de sistema parlamentario.

Ello así, aun cuando durante años, los jefes de gabinete no se hicieron presentes en las cámaras, y no se han registrado antecedentes del Congreso decidiendo una moción de censura de un Jefe de Gabinete de Ministros.

Por su parte, Juan Carlos Cassagne entiende que el Jefe de Gabinete contribuye a la atenuación de los poderes presidenciales, a partir de la descentralización de competencias ejecutivas, tomando en consideración la dimensión que la institución adquiriría en épocas de crisis institucionales y habla de la atenuación en una “mínima proporción” del sistema presidencialista de gobierno”.¹⁸

En ese mismo sentido, María Angelica Gelli considera que, más allá de la idea de aligerar la tarea administrativa del Presidente, con la instalación del Jefe de Gabinete se propiciaba contar con un funcionario capaz de descomprimir eventuales crisis políticas de gobierno, con el costo de sacrificar su permanencia en el gabinete, preservando la figura presidencial.¹⁹

Al presente, el Jefe de Gabinete resulta ser un “superministro” que intermedia entre el Presidente y los demás ministros y su labor tiene la finalidad de aliviar la carga de tareas del Presidente en el despacho diario de la administración, pues, tal como se ha dicho, el Presidente (Jefe de Estado) continua siendo el titular del Gobierno y es el responsable político de la administración general del país, cuya jefatura conserva, por cuanto lo que corresponde al Jefe de Gabinete es el “ejercicio” pero sin detentar la titularidad de la Administración.

En tales condiciones, del modo en que ha sido instituida la figura del Jefe de Gabinete, solo se ha verificado una descarga de tareas ejecutivas que hacen a la administración general del país, mientras que la titularidad de la administración continúa al 100% en manos del Presidente de la Nación.

Si bien Alfonsín pensaba en cambiar el modo de Gobierno para que la gestión del Ejecutivo sea menos “presidencialista” (el ex mandatario pensaba que la Argentina debía girar hacia un régimen “parlamentario”), primero intentó imponer una figura que en principio denominó “primer ministro”, y ante la negativa del Presidente Menem, devino en una figura diferente, el “Jefe de Gabinete”, con las características que hemos comentado, las que distan bastante de la idea inicial de Alfonsín.

¹⁸ Cassagne, Juan Carlos. *Estudios sobre la reforma constitucional*. Editorial Depalma, Buenos Aires, pp. 251/252.

¹⁹ Gelli, María Angelica. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley. Buenos Aires, 2005, pp. 872/876.

Conclusiones

Si seguimos la tesis según la cual, el punto de arranque de la línea de consensos y colaboración entre radicales y peronistas que permitió arribar al Pacto de Olivos, data de los acuerdos celebrados en la década del setenta, nuevamente deberemos mirar hacia Vicente López para detenernos en el acuerdo de unidad nacional que las principales fuerzas políticas firmaron en el Restaurante “Nino” (hoy ya demolido y que se encontraba en la intersección de la Av. Del Libertador y la calle Urquiza, Vicente López) y en las conversaciones que Perón y Balbín mantuvieron en la residencia particular de la calle Gaspar Campos 1065, también en Vicente López y que se sintetizan en el histórico abrazo que ambos líderes se brindaron.

En efecto, la comprensión final a la que arribaron Perón y Balbín, se hizo presente —una vez vuelta la democracia, a partir de 1983— en el dialogo que el Presidente Alfonsín, en miras a la reforma constitucional, mantuvo con Antonio Cafiero (Presidente del Partido Justicialista, Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y precandidato presidencial por el peronismo para las elecciones de 1989) y luego, ya como Ex Presidente, con el Presidente Menem.

Ese mismo camino, el de los entendimientos previos, sentó las bases para que Alfonsín y Menem se reunieran para conversar informalmente en el domicilio particular del ex-canciller Dante Caputo, ubicado en cercanías a la intersección de las calles Corrientes y La Rioja, también de Vicente López y, posteriormente, en la Residencia Presidencial de Olivos para suscribir el Pacto de Olivos cuyo contenido concreto es el Núcleo de Coincidencias Básicas que enmarcó a la reforma constitucional de 1994.

Oficialmente, uno de los principales objetivos que la reforma perseguía era el control del poder presidencial, es decir, la limitación del llamado “hiperpresidencialismo”.

Son varias las cláusulas constitucionales que se incluyeron o reformaron a tal fin.

Como es sabido, Alfonsín le propuso a Menem la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, a quien correspondería el ejercicio de la administración general del país, para liberar al Presidente de esas funciones y servir de respuesta política frente al cambio de las mayorías parlamentarias o de fuertes confrontaciones con la política gubernamental, pretendiendo, a la vez un mayor control del Congreso sobre el Poder Ejecutivo y la Administración Pública.

Sin embargo, dicha propuesta difería bastante de la recomendación formulada a Alfonsín por el Consejo para la Consolidación de la democracia en 1986.

Desde una perspectiva político institucional, María Angélica Gelli advierte que, cuando se puso a prueba la nueva estructura creada en la reforma constitucional de 1994, la Jefatura de Gabinete de Ministros fue incapaz de detener la crisis presidencial desatada en diciembre de 2001, haciendo evidente cuán presidencialista es nuestro país y cuánto pesa en el imaginario popular la figura del Presidente de la Nación para atribuirle responsabilidad por los errores y los fracasos de las políticas públicas.²⁰

²⁰ Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley. Buenos Aires, 2005, pp. 872/876.

En efecto, tal como señala Alberto Bianchi “*El liderazgo político del Presidente argentino es altísimo y por lo general, en el mejor de los casos, se mantiene en el límite mismo de la Constitución, pero también la desborda*”.²¹

Tal vez debamos dejar descansar a los constitucionalistas y recurrir al auxilio de otras disciplinas como la historia, la sociología y la psicología para tratar de escudriñar los motivos de este fenómeno.

Mientras tanto, quisiera reivindicar aquí, como receta para superar el presente y para un mejor futuro, el inmenso valor del dialogo y del consenso; del acuerdo y el encuentro, en un país maltratado por tantos desacuerdos y tantos desencuentros y, al mismo tiempo, reconocer a la Ciudad de Vicente López, como un verdadero “santuario” para el encuentro de los argentinos.

Bibliografía

a. Libros:

Barra, Rodolfo. *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Cafiero, Antonio. *Militancia sin Tiempo*. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2011. p. 486.

Cassagne, Juan Carlos. *Estudios sobre la reforma constitucional*. Editorial Depalma, Buenos Aires.

Gallo, Darío y Álvarez Guerrero Gonzalo. *El Coti*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 2005.

Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. La Ley. Buenos Aires, 2005.

Vallejos, Soledad. *Olivos. Historia secreta de la quinta presidencial*. Aguilar. Buenos Aires, 2017.

b. Revistas:

Gavaldá, Juan Marcelo. “*Damnatio memoriae y peronismo. Una perspectiva material y simbólica*”, *Cuadernos de Antropología*. Universidad Nacional de Lujan, 2017.

Spina, María Paula y Antonelli, Julieta. “*Entrevista a Elba Roulet*”, *Revista N E*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 2015.

Pérez, Ana Laura. “*Logramos una reforma progresista. Entrevista a Raúl Alfonsín*”, *Revista Encrucijadas*. Universidad de Buenos Aires, 2004.

Bianchi, Alberto. “*El poder del Poder Ejecutivo*” DISCURSO DE INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS DE BUENOS AIRES. Disponible en www.youtube.com. 12/5/18.

²¹ Bianchi, Alberto. “*El poder del Poder Ejecutivo*” DISCURSO DE INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS DE BUENOS AIRES. disponible en www.youtube.com. 12/5/18.

Pactos Nacionales e Internacionales y el Derecho del Administrado a ser tratado en condiciones de dignidad por parte de la Administración

Flavio Ismael Lowenrosen¹

I. Palabras preliminares

Cuestión esencial a los fines de determinar la procedencia de un tema en materia jurídica, y considerar la trascendencia que el porta, resulta importante analizar los derechos que involucra, quienes son los actores de la situación o relación jurídica que se analizará y el equilibrio de fuerzas entre ellos.

En este contexto, entendemos que la selección del tema depende, fundamentalmente, de la asignación de valores² vinculados a la trascendencia de la cuestión sometida a estudio, como también del tema elegido, principalmente en lo concerniente, a su naturaleza, objeto y efectos.

En este trabajo tratamos una cuestión que, lato sensu, entendemos propende a generar nuevas ideas con respecto a las relaciones entre la Administración y los administrados, las que de imponerse, con prisa y sin pausa, permitirá, en el mundo real, la constitución de un nuevo sistema de interrelaciones en la cual las personas sean verdaderamente tuteladas y protegidas en sus derechos, todo ello para que estos no sean meras abstracciones,³ pero también conduciendo a que estas asuman compromisos y obligaciones frente y ante el Estado y a terceros.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y del Consumidor. Director del Suplemento de Derecho del Consumidor y Regulación de los Servicios Públicos de eldial.com. Ganador del Premio Formación Judicial 2010– Edición del Bicentenario– del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA, Eje: Usuarios y Consumidores. Autor de libros y artículos en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo, del Consumidor, Comercial y Civil. frabogado@hotmail.com; frabogado@gmail.com; Derecho del administrado a ser tratado en condiciones de dignidad por parte de la Administración.

² Se ha entendido que a los fines de desarrollar pensamiento científico, hay que considerar que las prácticas y teorías científicas están cargadas de valores de todo tipo, no solo verdad, simplicidad, predictividad, consistencia, rigor y precisión, sino también valores económicos, sociales y éticos propios del contexto político en el que tiene lugar la investigación. En este sentido, Gómez, Ricardo; “La dimensión valorativa de las Ciencias”, 2014, ISBN 978-987-558-304-7

³ En el estudio de la epistemología, se ha sostenido que la búsqueda de “...crear una ciencia unificada que pueda servir exitosamente para cambiar el mundo”. Neurath, Otto (1983): *Philosophical Papers 1913-1946*, ed. y trad. por Robert S. Cohen y Marie Neurath, Dordrecht: Reidel, página 42. Siguiendo ese paradigma en el ámbito del derecho, podemos decir que el análisis integral del mismo, basado en nuevas ideas que se generen considerando la situación de los sujetos, sus obligaciones y sus necesidades, conduce a una ciencia jurídica que sustentada en la equidad promueve un cambio tendiente a que prime una verdadera igualdad en las relaciones jurídicas.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

Así las cosas, entendemos que un tema trascendente, que necesita su abordaje –bajo conceptos actuales y reales, y de acuerdo a una visión del derecho que exceda sus meros límites técnicos–⁴ es el relativo al trato digno que debe darle la Administración a los administrados, a las personas que se vinculan por ella en el marco de relaciones contractuales y extra-contractuales.

En principio no olvidamos que las autoridades públicas deben adoptar medidas en pos de resguardar a los administrados en general⁵ y usuarios⁶ y consumidores⁷ en particular, en lo que hace a sus derechos. No hay duda de eso.

Pero también, es importante destacar que los administrados deben actuar en forma positiva a los fines de colaborar con las autoridades públicas a los efectos que estas puedan cumplir con sus objetivos constitucionales y legales.

En esa actividad que debe ser interrelacionada, se advierte que las misma debe propender a satisfacer, dentro del contexto estatal, los derechos de las personas.

Entre los principales derechos de las personas se encuentra el de la dignidad humana. Entendida esta en sentido general y amplío, lo que abarca el derecho a vivir en condiciones regulares, para lo cual debe:

1. Acceder a bienes y servicios que tiendan a satisfacer sus necesidades básicas, sin que dicho acceso signifique, en todos los casos, liberación total de gastos por el uso y goce de esos bienes y servicios.
2. Ser objeto de trato que no ponga en riesgo su integridad física
3. Ser objeto de trato que no impacte negativamente en su psiquis.
4. Ser objeto de trato que no implique que no implique poner en situación degradante o vejatoria al individuo frente y ante terceros.

Este análisis no es caprichoso y se sustenta en la circunstancia que, tanto como consecuencia de las imposiciones nacionales, como de las convenciones internacionales,

⁴ Realzaremos un descriptivo, basado en la observación, como también en cuestiones vinculadas a la génesis de los derechos involucrados. Por otra parte, señalamos que se ha sostenido que: “La invención de nuevos principios, la resolución de aparentes contradicciones, la distinción de soluciones diversas inexactamente confundidas, la eliminación de prejuicios o mitos inexplicados y reiterados por la simple inercia, la edificación de un sistema institucional capaz de explicar todas sus reglas y de hacerlas jugar en el sentido de su mejor función social, son obra de la dogmática, no de la mera práctica o de simples ocurrencias”, García de Enterría, Eduardo, opinión dada en el prólogo al libro de Huergo, Alejandro, “Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas”, Madrid, 1998, p. 13.

⁵ Las personas habitantes de un país.

⁶ Los usuarios son aquellos que usan servicios con el objeto de satisfacer sus necesidades. También es usuario aquel que integra el grupo familiar o social conviviente del usuario originario. Por una cuestión semántica-operativa, a los efectos de este trabajo de doctrina utilizaremos como sinónimos los conceptos de Consumidor y Usuario.

⁷ Consumidor es el que consume bienes. También es consumidor aquel que integra el grupo familiar o social conviviente del usuario originario. Además es consumidor el que se subroga por derivación del consumidor originario, sucediendo esto, por ejemplo, cuando una persona adquiere al consumidor originario un producto que aún esta en garantía. El último adquirente, el sucesivo, se subroga en los derechos que tenía el comprador originario frente al proveedor (y los demás obligados) en materia de garantía.

los Estados a través de los órganos pertinentes deben adoptar las medidas que correspondan a los efectos que los administrados puedan verse tutelados en sus derechos.

Por ejemplo, no olvidemos que la Constitución Nacional establece que: **“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”**.⁸

Esos derechos no son abstractos, ya que se dan dentro de la relación de consumo, pero, amén de ello, debe destacarse que la Constitución impone quienes son los obligados a adoptar las medidas necesarias y suficientes para que los administrados y consumidores puedan ver satisfechos los mismos.

Al respecto la Constitución establece que: **“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”**.⁹

Esa obligación que recae sobre las autoridades públicas con respecto a que deben instrumentar las medidas de rigor a los efectos que se protejan efectivamente los derechos de los administrados usuarios y consumidores es una manda que recae sobre ellos, con el objeto que estos últimos puedan disfrutar y gozar sus derechos con regularidad, lo que significa conforme al orden normativo en cuanto a calidad y alcances y con continuidad, lo que significa que estarán a su disposición siempre y cuando los necesiten y requieran.

Se ha dicho, en este contexto, que: **“El artículo 42 de la Constitución Nacional tiene una doble proyección: el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos y el correlativo deber del Estado y de los proveedores de bienes y servicios”**.¹⁰

Es importante decir, entonces, que:

- Las autoridades públicas deben adoptar en concreto medidas a los fines que los administrados usuarios y consumidores puedan ejercer sus derechos constitucionales.
- El concepto autoridades debe ser entendido en forma amplia, incluyendo por ende a todos los poderes del Estado, es decir al que:
 - Reglamenta legislativamente, Órgano Legislativo, elaborando y sancionado las normas que establecerán el régimen jurídico tutelar.
 - Ejerce las funciones de policía que permiten la ejecución de las normas, Órgano Ejecutivo, y amén de ello también dicta reglamentos de Ejecu-

⁸ Artículo 42 de la Constitución Nacional, 1º párrafo.

⁹ Artículo 42 de la Constitución Nacional, segundo párrafo.

¹⁰ CNFCA, Sala IV, 23 de febrero de 1999, “Unión de Usuarios y Consumidores C/Secretaría e Transporte y Otros”, *Revista La Ley* del 17/09/1999, SAd, p. 28.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

ción (de plena naturaleza ejecutiva) a los efectos de operativizar las leyes, y Delegados y de Necesidad y Urgencia (de pleno carácter legislativo) en los casos permitidos y previstos en los artículos 76¹¹ y 100 inciso 3^o¹² de la Constitución respectivamente.

- Resuelve los conflictos, a través del Órgano Judicial.

Por otra parte, no debemos olvidar que los Tratados y Convenciones Internacionales que son parte del ordenamiento constitucional,¹³ establecen que las personas tienen que ser objeto de trato digno, principalmente quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad,¹⁴ o de debilidad en las relaciones jurídicas.¹⁵

En este contexto no olvidamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la dignidad es una condición humana,¹⁶ y que a los fines de su protección se deben adoptar medidas concretas, aun a favor de declarar, en caso de

¹¹ Reza el artículo 76 de la Constitución Nacional que: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

¹² Dispone el artículo 99 de la Constitución Nacional que el Presidente de la Nación “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”. (inciso 3°).

¹³ Artículo 75 inciso 2° de la Constitución Nacional.

¹⁴ La CSJN entendió que: “La Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios públicos a brindarles un trato digno a los consumidores (art. 42, Constitución Nacional), que en el caso del pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que éste sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece, y ello incluye la adopción de las diligencias mínimas para que el tren, una vez en marcha, circule con las puertas correctamente cerradas, y para evitar que viajen pasajeros ubicados en lugares peligrosos para la seguridad del transporte.”; autos “*URIARTE MARTÍNEZ HÉCTOR VÍCTOR Y OTRO c/TRANSPORTES METROPOLITANOS GENERAL ROCA S.A. Y OTROS s/ORDINARIO*”, U. 55. XLIII. RHE, fallo del 09/03/2010, Fallos: 333:203.

¹⁵ Sostuvo la CSJN que: “...la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.”; autos “*ÁLVAREZ MAXIMILIANO Y OTROS c/CENCOSUD S.A. s/ ACCIÓN DE AMPARO*”, A. 1023. XLIII. RHE, fallo del 07/12/2010, Fallos: 333:2306

¹⁶ Sostuvo la CSN que: “las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que persiguen la protección de la dignidad humana,...”; autos “*Villamil, Amélia Ana c/Estado Nacional s/daños y perjuicios*”, V. 203. XLVIII. REX, fallo del 28/03/2017, Fallos: 340:345.

duda, la inconstitucionalidad de las normas cuando se encontraren comprometidos los derechos de los más débiles (discapacitados, mujeres, menores, minusválidos).¹⁷

Así las cosas, tanto el orden nacional, como el internacional, amén de la jurisprudencia que los recepta a ambos, entiende que corresponde brindar trato digno a los administrados, valuando o mensurando al mismo según el grado de vulnerabilidad de la persona.

II. Todas las personas tienen el derecho a ser tratadas en condiciones de dignidad, no exclusivamente quienes actúen como consumidores

Las personas gozan del derecho a que se les respete su dignidad, tanto en lo concerniente a que se adopten medidas que la resguarde, como en lo atinente al trato que reciben.

Leída la frase precedente, seguramente la mayoría entenderá que la misma tiene por destino la situación de los proveedores por un lado, y de los usuarios y consumidores por el otro.

Ello así, en virtud que, expresamente, tanto la Constitución nacional,¹⁸ como la de la Provincia de Buenos Aires,¹⁹ la de la Ciudad de Buenos Aires,²⁰ y también otras,²¹

¹⁷ Se sostuvo que: "...la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado criterios de control de constitucionalidad más estrictos al juzgar acerca de la validez de normas que afectan los derechos de personas pertenecientes a grupos desaventajados (extranjeros, mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad, entre otras categorías que se derivan del art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o del art. 75.23 CN).", Expediente N° 3.061/2017, autos "CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/EN- DNM S/ AMPARO LEY 16.986", fallo del 22/03/2018, CNACAF, Sala V.

¹⁸ Artículo 42. Señala esta norma que: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".

¹⁹ Artículo 38. Reza esa norma que: "Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz. La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores".

²⁰ Artículo 46. "La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación. Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos. El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley".

²¹ Por ejemplo la Constitución de Río Negro en su artículo 30 establece que: "El Estado reconoce a los consumidores el derecho a organizarse en defensa de sus legítimos intereses. Promueve la correcta infor-

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

como la normativa específica que consagra principios destinados a la protección y tutela de los derechos de los usuarios y consumidores,²² se refieren expresamente a que los mencionados deben ser objeto de **trato digno**.²³

En realidad, no tenemos la intención de abocarnos, en este trabajo de doctrina, al **trato digno** que le deben dispensar los proveedores a los usuarios, sino que, por el contrario, el que la Administración debe brindarle a los administrados.²⁴

Pero, esa obligación, de trato digno, si bien expresamente –dentro del texto de la Constitución Nacional– está destinada a ser impuesta para tutelar a los consumidores o usuarios,²⁵ no está expresamente consignada ni en la Constitución Nacional,²⁶ y recientemente luego de muchos años de ausencia de una obligación expresa en tal sentido,²⁷ ha sido incorporado en las normas administrativas nacionales a través del Decreto N° 891/2017 denominado de “Buenas Prácticas Administrativas”.²⁸

mación y educación de aquellos, protegiéndolos contra todo acto de deslealtad comercial; vela por la salubridad y calidad de los productos que se expenden”. La de Entre Ríos, en su artículo 30 establece que: “Se garantiza la defensa de los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos y privados. Las autoridades provinciales y municipales proveerán a la educación para el consumo responsable, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales y al de la calidad, regularidad y continuidad de los servicios. Estos derechos son protegidos, controlados y su prestación regulada por un ente provincial o municipal. La norma establecerá los procedimientos para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios, previendo la participación de asociaciones de consumidores y usuarios. Existiendo organismos de defensa del consumidor en los municipios, éstos ejercerán las funciones en su jurisdicción. El Estado debe garantizar en los servicios públicos concesionados la fijación de un sistema tarifario justo, razonable y transparente”.

²² Ley N° 24.240.

²³ Reza el artículo 8bis de la Ley N° 24.240 que: “Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”.

²⁴ Entendemos por administrado a toda persona.

²⁵ Aunque entenemos que se trata de un derecho implícito al individuo, no enumerado, contemplado en el artículo 33 de la Constitución Nacional.

²⁶ No se expresa en concreto la CN con respecto a la dignidad de las personas, aunque lo hace en forma no enunciada a través del artículo 33 de su texto, y al incorporar los Tratados Internacionales que protegen la dignidad humana.

²⁷ Por ejemplo la Ley nacional N° 19.549, ni el Decreto CABA N° 1510/97, ni el decreto Ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires, expresamente se refieren a que la Administración debe tratar en condiciones de dignidad a los administrados. Tampoco dicen eso, expresamente, las constituciones de las jurisdicciones mencionadas.

²⁸ Decreto de fecha 01/11/2017.

En paralelo con lo señalado en el párrafo anterior “in fine”, no debemos olvidar que, en los últimos años, se dictaron diversas normas destinadas a auto-obligar a la Administración a que adopte medidas concretas destinadas y dirigidas a que los administrados sean tratados en condiciones de dignidad e igualdad, bajo el paraguas de la buena fe, cuando acceden a sede administrativa, y hasta cuando se vinculan con la Administración.²⁹

Importante es destacar que las normas, a las que nos referimos en el párrafo anterior, no han sido dictadas como una gracia por las autoridades legislativas o administrativas, sino que se ciñen al derecho implícito, no enumerado, que recae a favor de las personas administradas, **como lo es el ser tratadas en condiciones de dignidad**, ello a los efectos de garantizar que estas puedan desarrollar su vida en condiciones de regularidad, lo que significa sin afectaciones o impactos negativos en su salud física o síquica.

En este contexto, decimos que si bien del texto de la Constitución no emerge, expresamente, que las personas son titulares del derecho a ser tratadas en condiciones de dignidad, ese derecho existe, esto en virtud que:

- Las personas son titulares de derechos esenciales que garantizan su integridad, por ese mero carácter, los cuáles son ínsitos a su carácter de seres humanos, inescindibles a su personalidad, ello sin perjuicio que estén, o no, mencionados en el texto constitucional, pues los derechos básicos existen, independientemente, de si el texto constitucional los enuncia, o no.³⁰
- La autoridad estatal debe respetar los derechos básicos de los administrados, entre ellos, lógicamente, el de la dignidad.
- El trato digno es un medio para resguardar la vida y la salud de los administrados, razón por la cual, si el fin del Estado es la custodia de ellos, sin dudas deberá actuar con pericia y diligencia a los fines de brindarle, en tiempo oportuno, trato digno a los administrados.
- La dignidad es un derecho esencial que poseen las personas, transversal, que promueve:
 - Que no se discrimine a la persona.³¹

²⁹ El artículo 7° establece que: “Las regulaciones que se dicten deben partir del principio que reconoce la buena fe del ciudadano, permitiéndole justificar a través de declaraciones juradas situaciones fácticas que deban acreditarse ante los organismos del Sector Público Nacional”.

³⁰ Son los denominados derechos no enumerados, del artículo 33 de la Constitución Nacional. Sostuvo la CSJN que: “La Constitución Nacional organiza una república en la que los ciudadanos, que participan de la formación del orden jurídico mediante la elección de quienes sancionarán las leyes, ostentan derechos de jerarquía supralegal, y el reconocimiento que la Ley Fundamental efectúa de aquellos derechos, como preexistentes a su sanción, inclusive no enumerados, pero igualmente válidos –art. 33 de la Constitución Nacional–, traduce la existencia de una zona de reserva de los habitantes de la Nación en cuanto al ejercicio de sus derechos básicos, que se refleja en el sistema de control de constitucionalidad.”, Fallos: 326: 417.

³¹ Autos “GALLARDO, Ricardo Adolfo c/PLUSMAR S.A. s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, fallo del 10/07/12, CNACiv, Sala C.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

- Que no se veje a la persona, colocándola en situación vergonzante ante y frente a terceros.³²
- Que se la atienda con pericia y diligencia, a fin de evitar que pueda afrontar situaciones que la afecten física, emocional y hasta patrimonialmente.
- Los animales también deben ser objeto de trato digno,³³ ya que portan derechos, más allá que para el Código Civil vigente sean considerados cosas.³⁴ No obstante, con ese criterio coexiste con ese criterio normas, específicas, que tutelan los derechos de los animales, las que impiden que sean objeto de maltrato o de trato cruel.³⁵

³² Se sostuvo que: “la empresa de transporte que deniega un pasaje una persona por su condición de discapacitada, está menoscabando del derecho del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la mencionada ley, evidenciando un menosprecio por los derechos individuales del mismo con clara incidencia colectiva para el resto de las personas con ‘capacidades diferentes’”. Autos “GALLARDO, Ricardo Adolfo c/PLUSMAR S.A. s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, fallo del 10/07/12, CNACiv, Sala C.

³³ La Sala II de Casación Penal, en el caso “Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales (Afada)”, en diciembre de 2014, sostuvo (con la firma de los camaristas Slokar, Ledesma y David) que: “A partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.

³⁴ “Hace seis décadas que tenemos una ley que tipifica como delitos los actos de crueldad y de maltrato: hay países que recién ahora están considerándolo. Pero al mismo tiempo, nuestro código civil sigue considerando a los animales como cosas y no como seres sintientes. En Francia y de acuerdo con una reciente enmienda adoptada por la comisión de leyes de la Asamblea Nacional, se los considera como “seres vivos dotados de sensibilidad”; <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/se-sigue-considerando-a-los-animales-como-cosas-y-no-como-seres-sintientes-5248.html>

³⁵ Ley N° 14.346. Esa norma establece que cualquier trato que impacte negativamente en los animales será considerado maltrato. Al respecto señala, en su artículo 2°, que: “Serán considerados actos de maltrato: 1) No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos. 2) Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas. 3) Hacerlos trabajar en jornadas excesivas, sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas. 4) Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado. 5) Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos. 6) Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas”.

Esa norma, penaliza los actos de crueldad contra los animales. Su artículo 3° reza que: “Art. 3°: Serán considerados actos de crueldad: 1) Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizadas para ello. 2) Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad. 3) Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo en casos de urgencia debidamente comprobada. 4) Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia. 5) Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en la experimentación. 6) Causar la muerte de animales grávidos, cuando tal estado sea patente en el animal y salvo en el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato. 7) Lastimar o arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios, o matarlos por

En este estado de situación, y atendiendo a que la preservación de la integridad de las personas que habitan en la jurisdicción bajo su actividad potestataria es una de las finalidades del Estado³⁶ (quizás esa la esencia primaria de su constitución, de su creación, por lo menos en teoría)³⁷, razón por la que este debe adoptar medidas para resguardar esos derechos, pues ello es su obligación.³⁸

En este contexto, podemos señalar que:

- El trato digno es independiente de su consagración normativa, ya que es preexistente a ése, claramente ello en el caso de las personas físicas³⁹ que tienen que ser objeto del mismo en forma constante y regular.
- La dignidad es un derecho esencial, ya que es un medio que garantiza la integridad de las personas.
- Todas las personas tienen derecho a ser tratadas en condiciones de dignidad, por parte:

el sólo espíritu de perversidad. 8) Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias, en que se mate, hiera u hostilice animales”.

³⁶ Se sostuvo que: “Cabe hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta contra una Provincia por la madre derivados de la muerte de su hijo quien cumplía condena en una Unidad penitenciaria dependiente del Servicio Penitenciario local y próximo a recuperar su libertad, en ocasión de una disputa entre internos que le provocó graves heridas de arma blanca y su posterior fallecimiento, pues resulta comprometida la responsabilidad del Estado local al haberse acreditado que aquél servicio incumplió con sus deberes primarios, lo que constituye una irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria.”, Fallos: 332:2842.

³⁷ A lo largo de la historia, durante el periodo de conformación y consolidación del Estado, se puede observar que ese fin tuitivo de la sociedad se distorsionó, en menoscabo de los derechos individuales de la mayoría y en abierto beneficio de quienes lo gobernaron

³⁸ “Si bien la ley 21.541 se preocupa de precisar las distintas condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse presente que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos, que considera son ya de técnica corriente y no experimental. Es el derecho a la vida lo que está fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”, Fallos: 302:1284.

³⁹ Denominadas “personas humanas” por el Código Civil y Comercial, aprobado por Ley N° 26.994, cuya vigencia, por imperio de la Ley N° 27.007, comenzará el 1° de agosto de 2015. Esa diferenciación que distingue persona humana de otro tipo de persona, abre la puerta para que se consideren a ciertos primates superiores (antropoides, por ejemplo bonobos, orangutanes, chimpancés y gorilas) como personas, en la medida que se interprete que los mismos, en virtud de compartir más del 90% de ADN, poseen sentimientos, sufren padecimientos, estrés, etc., al igual que los humanos. Se sostuvo que: “«una persona no humana que mantiene lazos afectivos, razona, siente, se frustra ante el encierro, toma decisiones, llora las pérdidas, aprende, se comunica y es capaz de transmitir lo aprendido». La Cámara de Casación Penal aceptó la figura del hábeas corpus, que se utiliza para pedir la inmediata liberación de personas ilegalmente detenidas. Para el tribunal, Sandra debe ser reconocida como persona jurídica no humana y gozar de la vida en libertad. Por sus cualidades no puede ser considerada un objeto, sino un sujeto con derechos” <http://www.laverdad.es/murcia/sociedad/201412/23/mono-hizo-hombre-20141223000418-v.html>.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

- Del propio Estado,
 - De quienes le proveen bienes y servicios,
 - De otras personas.
- El derecho a ser destinatario de trato digno, si bien en principio recae a favor de personas físicas, en ciertas ocasiones cuando a través del mismo se garantiza un trato no discriminatorio y no vejatorio, puede alcanzar a personas jurídicas, públicas o privadas, por ejemplo, cuando:
 - El trato digno está dirigido a evitar situaciones de discriminación hacia determinados países o nacionalidades, o razas, o religiones.
 - Se adoptan medidas destinadas a impedir que una organización sea des- tratada, vejada, por manifestaciones de terceros, colocándola en una posición vergonzante ante terceros, que no hace más que descalificarla.

En este contexto, recuerdo que cierta doctrina se ha manifestado a favor del llamado daño moral colectivo.⁴⁰

También hasta entendí, en algunos pocos casos puntuales, que las instituciones pueden ser afectadas por daño moral, ello cuando se las menoscaba frente y ante terceros, colocándola en una situación decorosa que puede afectar su nombre y su prestigio,⁴¹ aunque la posición mayoritaria es la de rechazar que esas personas puedan soportar afectaciones morales, ya que carecen de sentimientos y son sólo ficciones jurídicas.⁴²

⁴⁰ Álvarez, Agustín; “EL DAÑO MORAL COLECTIVO: Comentario al fallo “Casa Millán”. Sostiene el autor que: “Señala GALDÓS, que el “daño moral colectivo” es un instituto jurídico de síntesis. Ello porque su estructura supera aparentes contradicciones gracias a la confluencia de distintas ramas del ordenamiento jurídico: derecho constitucional e infraconstitucional, derecho público y derecho privado, derecho materia y derecho procesal. Lo define como la lesión en la esfera social de una clase o categoría de sujetos por el menos cabo de bienes públicos o por la afectación global de intereses no patrimoniales colectivos”.

⁴¹ Se sostuvo que: “Entiende la sentencia que tanto las personas físicas como las personas jurídicas son susceptibles de padecer daños morales y, por tanto, de pretender su reparación y de verlos resarcidos. Ahora bien, el daño moral en los individuos es angustia, sufrimiento, reocupación que, de forma innegable, disminuye la situación de utilidad o el nivel de bienestar de las víctimas. En el caso de las personas jurídicas, se nos dice, el daño moral “...se manifiesta en el prestigio y estima moral (en su deterioro o desmerecimiento, más bien habría que decir) en el concepto público...”. Y este daño moral para la empresa Aerpons queda acreditado en el caso, de acuerdo con el Tribunal Supremo, por el impacto de la falsa noticia sobre clientes y proveedores, los cuales inmediatamente manifestaron sorpresa, asombro o preocupación, quedando afectado negativamente el negocio de la compañía, pues algunos exigieron el pago inmediato de los fletes, cancelaron encargos o se abstuvieron de emitir conocimientos aéreos.”, Gómez Pomar, Fernando; “Comentario a la sentencia del Tribunal supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas”, http://www.indret.com/pdf/105_es.pdf

⁴² En autos “Free Way SRL contra IATA Internacional (Air Transport Association) sobre daños y perjuicios”, la CNCIV - SALA H, el 09/04/2002, sostuvo que: “Se ha dicho que “no cabe ninguna reparación de índole moral a favor de una sociedad comercial, dado que su capacidad jurídica esta limitada por el principio de la especialidad (art. 35 Cód. Civ. Y 2 de la ley 19.550) y que su finalidad

III. Normas dictadas por la Administración, con el objeto de auto-obligarse a actuar de modo determinado, ello a los efectos de brindar condiciones de dignidad a los administrados

Del análisis antes desarrollado emerge que, las autoridades públicas deben adoptar medidas para tratar con dignidad a los administrados en general, y no sólo a los usuarios, ya que nosotros expandimos lo señalado en el artículo 42° de la Constitución Nacional, a todos los casos.

No reducimos la obligación de tratar a la persona en condiciones de dignidad solamente a los casos en los que actúa como usuaria y consumidora, ello debido a que estimamos que:

- Los usuarios y consumidores poseen los mismos derechos que los administrados en general, pero especificados, exclusivamente, a una relación de consumo.⁴³
- Los derechos específicos que pueden portar los consumidores, se extienden a los administrados en general, ya que los primeros no son más que los segundos, pero bajo un rol particular.⁴⁴

propia es la obtención de ganancias (art. 1 ley cit.). Por ende, todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución a sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, pues se trata de entes no susceptibles de sufrir padecimientos espirituales” (CNCiv., Sala G, 19/3/1999, in re: “Bira SA c/Consortio Av. Pueyrredón 923”, JA 2001-I, p. 87)...”, <http://ari-derechomercantil.blogspot.com.ar/2009/07/dano-moral-en-las-personas-juridicas.html>. También se sostuvo que: “El daño moral solo puede ser experimentado por una persona individual. Las personas jurídicas, que carecen de subjetividad, no pueden ser sujetos pasivos de daño moral, ya que si bien, tienen algunos de los atributos similares a los de las personas humanas, como la denominación, el prestigio, la reputación externa, etc., - que serían similares a la intimidad o el honor -, carecen de espíritu o sentimientos. Consecuentemente, cualquier lesión que les produzca perjuicio mensurable en términos económicos, como rentabilidad, prestigio, imagen, no puede ser resarcido sino sobre la base de una mensuración efectiva a título de daño material en función del perjuicio económico sufrido”, CCC. Quilmes, sala 2, fallo del 14-05-2002, “Industrias Fuhr SA c/Banco de la Plata SA s/ Daños y Perjuicios”, JUBA B2951492.

⁴³ En “La inacción del Estado constituye una conducta omisiva que puede lesionar los derechos de los administrados y de los consumidores” sostuvimos que: “En este contexto, podemos decir, a mero título final, que se lesionan los derechos de los administrados en general y de los usuarios y consumidores en particular, cuando las autoridades legislativas y las administrativas haciendo caso omiso a lo que establece la Constitución, o las leyes, o las normas administrativas, no reglamentan derechos, o no conforman los órganos administrativos respectivos, o no designan autoridades que estarán a cargos de organismos que prestarán servicios públicos o actuarán en lo que concierne a la protección de los derechos de las personas”, Citar: elDial.com - CC2720.

⁴⁴ “El usuario es un administrado. No hay dudas de ello. En la medida que tomemos conciencia de ello, adoptaremos conductas que tiendan o promuevan la custodia de nuestros propios derechos, ya que todos somos consumidores, todos somos usuarios. Consideramos que es vital para la tutela de los derechos, reconocer cual es el rol que le cabe asumir a las personas que son titulares de los mismos, saber cual es su posición en el mundo, y, una vez tomada conciencia de ello, encontrar el rumbo para poder defender la plena e intangible vigencia y ejercicio de los mismos. Lo primero que debe reconocer el usuario, es que es un administrado, en el sentido lato del concepto. Y ello es así, pues, el usuario, es un administrado que

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

En este contexto, es decir entendiendo que la Administración debe tratar en condiciones de dignidad a todas las personas, cualquiera fuere el rol que ocupan en un momento determinado, ya que todas ellas son administradas, y, consecuentemente, merecedoras de trato que garantice:

- Su igualdad ante la ley.
- Su vida y salud.
- Su derecho a armar una familia en condiciones de plena libertad y voluntad.
- La intangibilidad de sus derechos, cuando atraviesan circunstancias especiales, lo que genera que, por ejemplo, se dicten leyes que, en su texto, consagran derechos a favor de unos limitando los de otros (mediante, por ejemplo, la imposición de obligaciones) ellos a los efectos de:
 - Evitar abusos de unos sobre otros, por ejemplo, de los empleadores sobre los trabajadores,⁴⁵ de los proveedores sobre los consumidores y usuarios;⁴⁶ es decir a fin de impedir que el sujeto fuerte pueda aprovecharse de esa situación en desmedro de los derechos del débil, del inexperto, del profano, del necesitado.
 - Asegurar que ciertas personas, en condiciones económicas desfavorables (por la zona donde viven, por su situación social, por su edad, por estar jubiladas, etc.) puedan acceder a bienes y servicios básicos (suministro de agua potable, por ejemplo), ello en pos que puedan vivir en condiciones básicas de dignidad de dignidad, para lo cual se establecen planes y programas de subsidios que tienden a fomentar tarifas sociales.⁴⁷

ejecuta una actividad especial, consumir, que permite se lo reputa como usuario, ya que consume, ya que es parte de una relación de consumo, con el objeto de satisfacer sus necesidades, y poder, así, ejercer sus derechos constitucionales y sociales, como ser, entre otros, el gozar de una vida digna, de salud, de alimentarse, de educación, de seguridad, de defensa, etc. Cuando nos referimos al usuario como administrado, lo hacemos en el sentido que lo consideramos como sujeto titular de todos los derechos emergentes de su calidad de persona, de todos los que derivan de la ciencia del derecho, y de todos los que surgen del texto constitucional. Es decir, el usuario es un administrado que consume, pues todos consumimos insumos, productos y servicios básicos, pues para poder ejercer regularmente nuestra vida, todos debemos hacerlo. Entonces, si todos somos administrados, por nuestro mero carácter de personas, y si todos los administrados consumen como condición para poder vivir, es evidente que cuando consumen las personas actúan como administrados.”, Lowenrosen, Flavio Ismael “Es importante que, el usuario, asimile que es un administrado”. <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-legislacion-detalle.asp?Base=99&id=2440>

⁴⁵ Ley N° 20.744.

⁴⁶ Ley N° 24.240. Artículo 42 CN, artículo 46 Constitución CABA.

⁴⁷ Por ejemplo: “El Programa de Tarifa Social de los servicios de agua potable y desagües cloacales en el Área Metropolitana de Buenos Aires es un instrumento de política social que tiene por objetivo dar respuesta a las necesidades de aquellos hogares e instituciones sin fines de lucro que presentan dificultades económicas para afrontar el pago de dichos servicios. El Programa cuenta con un nuevo marco normativo, renovado durante el año 2014. Su reglamento fue aprobado por la Disposición SSRH N° 16/14 y sus Criterios de Inclusión y Asignación del Beneficio a través de la Resolución ERAS N° 46/14”. <http://www.eras.gov.ar/tarifa-sociales/>

- Resguardar la salud de aquellos que se encuentran atravesando condiciones especiales, dado su avanzada edad, dado que tiene capacidades diferentes, o por estar embarazadas.

Nos detendremos en el último punto, las normas que se dictaron, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos que, la Administración, garantice la dignidad de los administrados en general, cuando acceden a sus instalaciones, sin desconocer que normas de ese tenor se dictaron, también, en otras jurisdicciones.⁴⁸

Sobre el particular señalamos que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó diversas normas con el objeto de brindar trato digno a los administrados que se apersonan a sus dependencias.

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ejercicio de poder de policía regulatorio, sancionó, por ejemplo, la siguiente normativa, a saber:

a) La Ley N° 2982, “de Atención Prioritaria”

La norma en cuestión establece que: **“Todos los establecimientos públicos dependientes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los establecimientos privados en el ámbito de la misma que brindan atención al público a través de cualquier forma y/o modalidad deben garantizar la atención prioritaria a mujeres embarazadas, personas con necesidades especiales o movilidad reducida transitoria y personas mayores de sesenta y cinco (65) años, sin otro requisito que demostrar su edad con un documento de identidad válido.”** (artículo 1°). Agrega la norma que: **“Se entiende por prioritaria a la atención prestada en forma inmediata evitando ser demorado en el trámite mediante la espera de un turno.”** (artículo 2°) y a eso adiciona que: **“Los establecimientos señalados en el artículo 1° de la presente Ley, deberán exhibir con carácter obligatorio y a la vista del público el texto completo de la misma con las dimensiones que establezca la reglamentación”.** (artículo 3°)

De una simple lectura de la normativa transcripta surge que:

- La Ley tiende a darle un estatus especial a las personas que se encuentran atravesando una situación física especial (embarazadas, ancianos, personas con movilidad reducida, tienen necesidades especiales), ello a los fines de resguardar su salud.
- La norma obliga a la administración a adoptar ciertas medidas que tiendan a proteger a las personas que atraviesan circunstancias especiales, y que, por ello,

Asimismo, la Ley N° 26.522, establece en su artículo 73 que: “Los prestadores de servicios de radiodifusión por suscripción a título oneroso, deberán disponer de un abono social implementado en las condiciones que fije la reglamentación, previa audiencia pública y mediante un proceso de elaboración participativa de normas. La oferta de señales que se determine para la prestación del servicio con abono social, deberá ser ofrecida a todos los prestadores a precio de mercado y en las mismas condiciones en todo el país”.

⁴⁸ Ley Nacional N° 24.314, Ley Provincial 14.564, entre muchas otras.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

necesitan de una tutela específica y directa. Esas auto-imposiciones, insoslayables para las dependencias oficiales de la CABA, son, entre otras, las siguientes:

- Atender con premura y dando prioridad a ciertos administrados.
 - Colocar cartelera en lugar visible de sus dependencias, informando a los administrados, que acceden a ellas, sobre sus derechos.
- La norma retrae los derechos de administrados que se encuentran en mejor situación que los beneficiarios, ya que establece deberán cederle el lugar de atención.

Los derechos que consagra la Ley de la CABA N° 2982 surgen, claramente, del texto constitucional nacional, en cuanto el mismo propende a que los administrados en general (sin importar si son usuarios y consumidores) sean: i) Protegidos en su salud,⁴⁹ ii) Objeto de trato equitativo y digno,⁵⁰ iii) Debidamente informados sobre la naturaleza, alcances y efectos de la relación de consumo,⁵¹ iv) Educados sobre sus derechos,⁵² v) Objeto de tutela especial por parte de las autoridades públicas, las que deben adoptar, en consecuencia, las medidas de rigor.⁵³

La norma dispone que las personas que tienen más de una edad determinada, o que se encuentren en una situación física especial (embarazadas, con problemas de movilidad) o sean discapacitadas, tienen derecho a ser atendidas bajo un régimen de prioridad en dependencias públicas provinciales, y también en las entidades privadas que atienden público, en el marco de la venta o comercialización de servicios y/o de bienes.

⁴⁹ Artículo 42 de la Constitución Nacional. Asimismo, entre muchos fallos, se pronunciaron en el sentido que los usuarios deben ser protegidos en su derecho a la salud, los siguientes: a) Autos “ANTELO ALVAREZ JUAN JOSE Y OTROS C/TELEFONICA DE ARGENTINA SA S/INCUMPLIMIENTO DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES”, CAUSA N° 18.210/96, fallo del 04/11/97, CNACyCF, Sala 1; b) Autos “CANTERAS MALAGUEÑO S.A.C.I.F. C/GAS DEL ESTADO S/REPETICION”, CAUSA N° 6759/94, fallo 09/11/94, CNACyCF, Sala 3.

⁵⁰ Artículo 42 de la Constitución Nacional. Artículo 8 bis de la Ley N° 24.240. Entre muchos otros fallos, entendieron que los usuarios deben ser objeto de trato equitativo y digno: a) Causa N° 6.986/08, autos “UNION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA s/INCUMPLIMIENTO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES”, fallo del 13/08/09, CNACyCF, Sala 1; b) Causa N° 7.712/09, autos “I. G. A. Y OTROS C/SWISS MEDICAL SA S/INCUMPLIM. DE PREST. DE OBRA SOC./ MED. PREPAGA”, 17/12/2013, CNACyCF, Sala 1.

⁵¹ Artículo 42 de la Constitución Nacional, que establece que los usuarios deben ser objeto de información adecuada y veraz. Artículo 4° de la Ley N° 24.240.

⁵² Artículo 60 de la Ley N° 24.240.

⁵³ Artículo 42, segundo párrafo, de la Ley N° 24.240. Se ha sostenido que: “El art. 42 de la C.N. tiene una doble proyección; el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos, y el correlativo deber del Estado de asegurarlos; deber que también es exigible a los proveedores de bienes y servicios. Estas garantías son operativas, y no dependen de su reglamentación, atento a su naturaleza y a la vía jurídica que se prevé expresamente en el art. 43 de la C.N.”, autos “Youssefian, Martín c/E.N. –Secr. de Comunicaciones s/amparo ley 16.986”, Causa N° 22.776/97, fallo del 23/06/1998, CNACF, Sala IV.

Por eso, siguiendo los preceptos constitucionales y normativos, se advierte que la Ley CABA N° 2.982 pretende la tutela de la salud de los usuarios y consumidores, de los administrados en general, como así también que sean objeto de un trato digno, no discriminatorio, no vejatorio.

Ello así, pues se pretende, a través de la norma en cuestión, que las personas que, por razones de edad, o necesidades físicas coyunturales, o discapacidades permanentes, que requieran de atención especial, gocen de trato prioritario, ello a los fines de no generarles esperas que puedan resultar contrarias a su salud o a la de sus niños infantes.

Y si bien la aplicación norma (Ley N° 2982) en ciertos casos en los que la “espera” no agrava la salud de las personas beneficiadas puede parecer discriminatoria (ya que les da una consideración especial a diversas personas, cuando no se amerita ello), no es posible determinar estándares de atención que consideren situaciones diferenciadas, ni que puedan diferenciar a quienes las “esperas” les causan agravio, y a quienes no.

Por eso se establecen categorías generales de beneficiarios, a saber: i) Embarazadas, ii) personas mayores de 65 años, iii) personas con movilidad reducida, iv) personas con discapacidades.

- La Ley incluye en su análisis situaciones jurídicas distintas, a saber:
 - Por una parte, **la de las personas que deben ser reputadas administradas**, lo que ocurre cuando realizan trámites y gestiones típicamente administrativas, que involucran actividad ejecutiva por parte de la Administración municipal.⁵⁴
 - Por la otra, **la de las personas que concurren a establecimientos**, en su carácter de usuarios o consumidores, para adquirir bienes y servicios. Estas personas están protegidas por el artículo 42 de la Constitución Nacional, por el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la Ley nacional N° 24.240 y por las leyes de la ciudad que resulten aplicables.

⁵⁴ Cuando nos referimos a actividad ejecutiva, lo hacemos con relación al ejercicio de potestades administrativas típicas, como lo son las derivadas de las potestades administrativas: a) de elaboración e imposición de políticas públicas, b) de gestión y tramitación de peticiones, solicitudes, impugnaciones y recursos, c) de prestación de servicios de “postestas” pública (seguridad, justicia, iluminación en la vía pública, educación pública, etc.), d) de reglamentar, e) de verificar el cumplimiento de la reglamentación impuesta, y sancionar a quienes no cumplan con la normativa. Para Marienhoff, las potestades administrativas son las siguientes: a) Imperativa o de mando, b) Reglamentaria, c) Sancionatoria, e) De Gestión y tramitación, d) Jurisdiccional, resolviendo de forma preliminar reclamaciones de los particulares, decisiones que deberán ser revisadas por el órgano judicial. Marienhoff, Míguel; “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1970, páginas 573/580.

b) La Ley N° 962

Esta norma establece la obligatoriedad de construir rampas, en edificios públicos y privados con el objeto de favorecer la accesibilidad a ellos, y permitir así que los administrados puedan, en el caos de los primeros, presentar solicitudes, iniciar actuaciones, efectuar reclamos, o cumplir obligaciones con la Administración estatal.

Significa esto que las personas (públicas o privadas) que atienden público (y hasta los edificios particulares) tienen la obligación de construir rampas que permitan la accesibilidad personas con movilidad reducida.⁵⁵ Y, no olvidamos, cuando los proveedores no han cumplido con ello, fueron condenados en sede judicial, por vulnerar los derechos de los usuarios, en virtud del trato discriminatorio e indigno que le han dispensado.⁵⁶

Asimismo, debe destacarse que las rampas no son el único mecanismo que garantizan la accesibilidad a sede administrativa, ni tampoco a los proveedores. Y esto debe ser tenido en cuenta por la Administración a los efectos de brindar un trato digno a los Administrados.

Ello así, ya que las rampas sólo resguardan a accesibilidad de las personas con movilidad reducida, pero no la de los no videntes o de los sordomudos, quienes necesitarán, por ejemplo, que:

- Las guías de trámites, condiciones administrativas, contratos y otros documentos que rijan las condiciones administrativas o de consumo, estén escritas lenguaje braille, o grabadas en un CD, en el caso de los no videntes.
- Toda información sea brindada de modo escrito, en el caso de los individuos sordomudos o con hipoacusia.

⁵⁵ Ley nacional N° 24.314. Ley provincia de Buenos Aires N° 10592, Ley CABA 962.

⁵⁶ En autos “Machinandiarena Hernández c/Telefónica Móviles Argentina S.A. S/daños y perjuicios”, se resolvió el planteo del actor, persona discapacitada motriz, que no pudo acceder a efectuar un reclamo a la empresa demandada, ya que no había rampa de acceso. Por ello por lo que se vio en la necesidad de solicitar ayuda al personal de seguridad de la empresa. Luego de esperar quince minutos en un día de muy baja temperatura, fue atendido por una empleada quien le manifestó que no podían brindarle la asistencia requerida porque “el seguro no los cubría si les pasaba algo” subiéndolo por la escalera. Ante tal estado de cosas, la misma le dijo que podían recibirle el reclamo en la vereda, a lo cual el actor se negó y pidió ser atendido como cualquier persona dentro de la oficina. solicitando que se hablara con algún supervisor a fin de resolver el problema. Al cabo de otros quince minutos volvió la misma empleada respondiéndole que tampoco el personal directo podía colaborar a que accediera al edificio, por lo cual, finalmente, fue atendido en la entrada del local. La Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo, en el 2012, al resolver el caso que: “que de acuerdo con el art. 1 de la ley 23.592, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados; y que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios (conf. art. 42 de la Carta Magna y el nuevo art. 8 bis de la ley de defensa del consumidor; fs. 235)”.

Entendemos que, siguiendo lo escrito, se resguarda íntegramente el derecho del administrado de acceder a la Administración, y conocer lo que esta dispone.

Y, a todo evento, no olvidamos que la Ciudad debe actuar con presteza y diligencia a los efectos de resguardar los derechos de las personas con capacidades especiales, y permitir que estas puedan ejercerlos con regularidad, ya que ello es un imperativo constitucional.⁵⁷

c) La Ley N° 4.389, “de Esperas”

La norma establece que: **“Establécese el carácter de “práctica abusiva” contraria al “trato digno” al consumidor o al usuario en: a) Toda práctica y/o conducta que la autoridad de aplicación determine contraria a la establecida en el art. 8 bis de la Ley Nacional de Defensa al Consumidor (Ley N° 24.240). b) Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas con esperas mayores a 30 minutos. c) Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas a la intemperie en el exterior de instituciones y/o locales comerciales. d) Toda práctica de atención al público que obligue a esperas en instituciones y locales comerciales mayores a 90 minutos, incluso aunque: se provea de suficientes asientos, existan instalaciones sanitarias y el orden de atención sea según ticket numerado.”** (artículo 1°).

Si bien, la norma en cuestión, en principio está dirigida a los proveedores de bienes y/o servicios que atienden usuarios y consumidores, nada obsta a que los términos de la misma obliguen a la Administración cuando esta presta servicios y/o provee bienes, ya que ley, claramente, establece que las instituciones (en general) deben cumplir ciertos recaudos.

Esos recaudos, que se deben cumplir, tienen por fin resguardar a los usuarios y consumidores (de bienes y/o servicios provistos por la Administración y por particulares), en sus derechos, pues:

- Tienen a que estos administren con independencia sus tiempos, sin someterlos a largas y estériles esperas, que importan la manipulación de su propia vida.
- Procuran que las personas no estén sometidas a situaciones que puedan impactar negativamente en su seguridad, ya que procura que no hagan filas a la intemperie.

Una lectura de lo antes escrito, nos permite entender que, por los derechos protegidos (administración del propio tiempo, resguardo a la vida, salud y patrimonio)

⁵⁷ El artículo 42 de la Constitución de la CABA establece que: “La Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral. Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes”.

III. Pactos Nacionales e Internacionales y la administración pública

los recaudos también deberían ser adoptados por la Administración cuando atiende administrados.

Para eso debe aplicar conceptos análogos y bajo el entendimiento que en materia de protección de derechos las interpretaciones siempre deben ser amplias (contrario sensu a lo que ocurre, cuando se restringen los mismos, caso en que la interpretación debe ser limitativa) ello en pos de permitir un regular,⁵⁸ un pacífico, ejercicio de los mismos, sin cortapisas ni interrupciones.

En este contexto, entendemos que un régimen de atención al público, por parte de la Administración, tendrá que respetar los principios del procedimiento administrativo, como además deberá estar en consonancia con los derechos que, la normativa constitucional y legal, consagra a favor de los administrados.

Así las cosas, todo procedimiento estatal que regule la atención al público, deberá, a los fines de garantizar la dignidad del administrado, como también su derecho de defensa y de acceso a la Administración:

- Construir una estructura de atención con celeridad.⁵⁹
- Promover la diligencia y la pericia en el atender administrativo.⁶⁰
- Promover que la atención a los administrados, con base en el principio de sencillez,⁶¹ lo que tendrá por finalidad evitar que se los obligue a realizar trámites abstractos o meramente dilatorios, o presentar documentación duplicada, o a desplegar cualquier actividad que resulte gravosa para la disposición de su propio tiempo.⁶²
- Establecer plazos razonables para que los administrados puedan cumplir las cargas que le son impuestas por la administración, o para que puedan presentar escritos, solicitudes, peticiones, recursos, impugnaciones,⁶³ etc., ello a

⁵⁸ Entendiendo por regularidad como el apego en el ejercicio del derecho, a los principios jurídicos establecidos, por tratarse de derechos ser insitos a la persona e inescindibles de ella, o por estar consagrados en el ordenamiento constitucional.

⁵⁹ Principio del procedimiento administrativo. Ver, por ejemplo, artículo 1° de la Ley nacional N° 19.549.

⁶⁰ Principios del procedimiento administrativo. Ver, por ejemplo, artículo 1° de la Ley nacional N° 19.549.

⁶¹ Principio del procedimiento administrativo. Ver por ejemplo, artículo 1° de la Ley nacional N° 19.549.

⁶² Todo procedimiento dilatorio que difiera en el tiempo los derechos de los administrados, es ilegítimo e injustificado. Se sostuvo que: “Carece de justificación el procedimiento dilatorio del art. 3 del decreto 1.316/02, instrumentado ante el B.C.R.A. para la ejecución de las medidas cautelares o sentencias, pues la respuesta a esta Sala al oficiar a la autoridad monetaria a los fines simplemente de requerirle informes sobre la existencia y legitimidad de determinadas imposiciones financieras, consistió en un expresivo reconocimiento de la imposibilidad de cumplimentar con lo solicitado.” (Del voto del Dr. Otero, consid. II), Causa N° 29.225/01, autos “Defensor del Pueblo de la Nación c/E.N. –PEN Dtos. 1.570/01 y 1.606/01 s/amparo ley 16.986” y Causa 147.369/02 “Defensor del Pueblo de la Nac. –Inc.Dto. 1.316/02 c/EN-PEN-Dtos.1570/01 y1606/01 s/amparo ley 16.986”, fallo del 13/09/2002, CNCAF, Sala V.

⁶³ La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Parra de Presto, Estella Maris c/Municipalidad de Escobar” sostuvo que: “la doctrina expuesta resulta de estricta aplicación en el sub iudice. En efecto, frente a una sanción de tal magnitud como lo es la cesantía y, no obstante, el informalismo

fin que no se conviertan en abstractos sus derechos en general, y el debido proceso en particular.⁶⁴

- Resguardar los derechos constitucionales básicos de los administrados, como ser:
 - El de tutela de la salud física y síquica.
 - El de trato digno.
 - El de trato no discriminatorio.
 - El de trato no vergonzante.
 - El de una debida información.

Reiteramos, la tutela a los administrados en general, no es completa ni absoluta, cuando no se les garantiza una atención expedita y diligente en sede administrativa.

Consideramos que todos los principios del procedimiento administrativo, que procuran una atención diligente, sencilla, con celeridad, razonable y donde se resguarde la salud y la dignidad de las personas, deben recaer a favor de todos los individuos.

Por ello, entendemos que no hay que limitar la aplicación de esos principios, únicamente, a quienes padecen enfermedades, discapacidades, o se encuentran en una situación física especial de coyuntura, como ser las embarazadas, todas estas personas que son beneficiarias de la Ley de “Atención Prioritaria”, N° 2982.

Así las cosas, como condición para garantizar el trato digno que debe serle dispensado al administrado, se promueve una atención expedita, sin dilaciones, que respete, básicamente, la administración de su tiempo por parte de la persona que accede a sede estatal.

Se entiende que el trato digno al administrado, se garantiza con una atención diligente y especializada, que tenga por fin satisfacer las consultas y gestiones del administrado, sin “idas y vueltas”, que lo único que hacen es hacerle perder tiempo, dilatar el ejercicio de sus derechos, y que hasta afectan su patrimonio, lo que sucede cuando, por ejemplo, se lo hace ir distintas dependencias estatales, o regresar al otro día, o cuando se le piden documentos innecesarios.

Para evitar daños al usuario, deben arbitrar medidas tendientes a evitar esperas innecesarias (como también no deben efectuársele requerimientos suplicados o inúti-

del procedimiento administrativo, el actor debe contar con un plazo razonable que le permita fundar adecuadamente el recurso deducido contra esa medida separativa. En el caso, la exigencia de deducir el recurso de revocatoria del art. 89 de la ordenanza general 207 dentro del plazo de 24 horas, computadas a partir de la notificación del acto, torna ilusorio el derecho de defensa del agente municipal, toda vez que, sin duda alguna, en ese breve período no se pueden, razonablemente, rebatir los fundamentos dados por la administración en oportunidad de disponer su baja. En consecuencia, la interposición inoportuna del recurso obedece a la imposibilidad de deducirlo con un margen de tiempo extremadamente breve y no, como lo sostiene el a quo, a un accionar negligente del apelante”.

⁶⁴ Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos “Parra de Presto, Estella Maris c/Municipalidad de Escobar”.

les) que afecten la salud de las personas, que impacten negativamente en su derecho a disponer libremente de sus tiempos, sin manipulaciones de terceros.⁶⁵

De esta forma se evita que los administrados, “pierdan tiempo”, lo que, sin dudas, reiteramos, puede ser considerado “pérdida de vida”,⁶⁶ lo que se traduce en un trato indigno, como también que soporten impactos negativos en su patrimonio.

Más allá de lo dicho con respecto al tiempo de las esperas, se entiende, también, que las mismas deben ser llevadas a cabo en condiciones que resguarden la integridad física, síquica y patrimonial del administrado.

Por ello, deben eliminarse todo tipo de medidas que pueda adoptar la Administración y que pongan en situaciones de manifiesta incomodidad y/o vejamen a las personas que se personan a sede administrativa.

En este sentido, se puede señalar que constituyen prácticas de la Administración, que afectan la dignidad (y también de acuerdo a cada caso en particular, la vida o la salud) de los administrados:⁶⁷

- No poner a disposición de los administrados, durante largas esperas, instalaciones sanitarias, y, eventualmente, elementos para hidratarse, principalmente en épocas estivales.
- Hacer esperar por largo tiempo a los administrados, en instalaciones donde no haya bancos, o sillas, o, eventualmente, aire acondicionado o calefacción, cuando haga mucho calor, o frío, respectivamente.
- Hacer esperar en la vía pública o en la intemperie,⁶⁸ a los administrados que realizan trámites y gestiones o formulan denuncias o presentan peticiones y/o solicitudes en oficinas públicas.

Ello así, ya que esas condiciones de atención pueden:

- Disuadir el acceso a sede estatal, a fin de efectuar planteos, o formular reclamos, o de cancelar obligaciones.⁶⁹

⁶⁵ Se sostuvo que: “La pérdida de tiempo –que no es otra cosa que pérdida de vida– constituye un daño cierto y no conjetural; y que cuando ella es causada por la voluntad de quien presta el servicio de transporte aéreo internacional puede proyectarse en daños materiales, y siempre involucra una acentuación indudable del estado de estrés que conciente o inconcientemente padecen los pasajeros”. Causa N° 15.383/04, autos “THOMSON, DIEGO PEDRO c/IBERIA LINEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA s/daños y perjuicios”, fallo del 04/12/2007, CNACyCF, Sala 3.

⁶⁶ Autos “FAIRSTEIN, JUAN CARLOS Y OTRO C/VARIG S.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Causa N° 10.482/01, fallo del 10/12/2003, CNCyCF, Sala 2.

⁶⁷ Corti, Alexis; Dorio, Laura; “Trato Digno a los Consumidores y Usuarios”, Revista de Derecho Privado; Año III, N° 8, Infojus, Argentina, 2014, p. 7.

⁶⁸ La Ley N° 4.389 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires considera a esta una práctica abusiva. Dice la norma que: “Establécese el carácter de “práctica abusiva” contraria al “trato digno” al consumidor o al usuario en: . . . c) Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas a la intemperie en el exterior de instituciones y/o locales comerciales”.

⁶⁹ Algunos autores entienden que las demoras en atender a los consumidores cuando hacen reclamos, puede generar desgaste en ellos y, consecuentemente, causar que “desista de su reclamo ante de que

- Generar desconcierto en el administrado.
- Poner en riesgo la seguridad de los administrados, si están haciendo fila en la calle, y es sabido que tienen dinero, pues están esperando a los efectos de cancelar una obligación.
- Poner en riesgo su salud, cuando por ejemplo llueve, hace frío, calor excesivo, etc.

III. Palabras finales

La dignidad de los administrados debe ser resguardada y protegida por la Administración, con decisiones activas y concretas.

Los derechos básicos (vida, salud, condiciones dignas de vida) son ínsitos al individuo, y existen sin perjuicio que una norma los consagre, o no, expresamente.⁷⁰

Entendiéndose a la dignidad como un derecho humano, es evidente que la Administración los violenta cuando no adopta medidas en pos de brindarle al administrado un trato que garantice esas condiciones.

Así las cosas, consideramos que la Administración está obligada a atender al administrado en condiciones que resguarden íntegramente sus derechos, ya que este, además de ser el objeto final de la tutela del Estado, es un colaborador de éste, y no un mero súbdito ni subordinado.⁷¹

Amén de lo dicho, entendemos que las autoridades públicas deben actuar, con constancia, en pos de la protección de los derechos de los Administrados.

Ello así, a los fines de asegurar la dignidad de las personas, para lo que deben actuar con diligencia, pericia, buena fe y de acuerdo a las finalidades de su función.

Todo esto, con el objeto de evitar que las personas sufran lesiones a sus derechos, como también, con el fin de no obtener (esas autoridades, o sus allegados, o terceros que actúan en connivencia con ellas) beneficios no previstos en la norma, que puedan ser considerados incursos en vicio de poder.⁷²

pueda ser oído”. Corti, Alexis; Dorio, Laura; “Trato Digno a los Consumidores y Usuarios”, Revista de Derecho Privado; Año III, N° 8, Infojus, Argentina, 2014, p. 8.

⁷⁰ “Es el derecho a la vida lo que está fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”, Fallos: 302:1284, Voto de los Dres. Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino.

⁷¹ “A su vez, las garantías procesales son: el informalismo en favor del administrado (o, más propiamente, formalismo moderado a causa del carácter de colaborador que a éste corresponde reconocerle), un concepto amplio de legitimación y el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo.”, Comadira, Julio; Escola, Héctor; “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, p. 12.

⁷² “Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley... Casos de desviación de poder:

El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad del acto, encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.

El funcionario actúa con una finalidad personal. Trataríase de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado al contravenir su finalidad.

El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros. Ello ocurre cuando, también aquí, sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración. Este es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etc.”; Gordillo, Agustín; http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo09.pdf

CAPÍTULO IV

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LOS SUJETOS DE DERECHO NO HUMANO. DERECHO ANIMAL

Régimen jurídico Internacional en materia de bienestar animal

Eva Maricel Wamba Ortiz¹

I. Introducción

Poco a poco cada vez más Estados reconocen que el Bienestar Animal debe ser explícitamente abordado en el plano Internacional.

El interés en salvaguardar los derechos de los animales está avanzando, partiendo desde nuevos ámbitos de discusión. El creciente interés por salvaguardar los derechos de los animales está suscitando un gran avance en el debate sobre cómo articular la defensa del derecho animal desde nuevos ámbitos de discusión. Ese ámbito de discusión se centra en no sólo otorgar a los animales el apelativo de “animales no-humanos”, sino tratarlos como personas jurídicas o persona no humanas sujeto de protección.

En este trabajo no sólo se estudiará los principales ordenamientos internacionales en defensa del derecho animal, sino que se intentará explicar cómo fue avanzando la política y el derecho internacional en materia del bienestar animal.

II. ¿Qué es el Bienestar Animal?

Son Cinco las Libertades o necesidades básicas del bienestar animal están referidas a una adecuada cantidad y calidad de agua, alimento y aire para mantener buena salud y producción; contacto social con otros animales; suficiente espacio para pararse, echarse, estirarse, asearse y realizar patrones normales de comportamiento (incluyendo movimiento y ejercicio); protección de enfermedades y lesiones, y acceso a tratamiento adecuado si estas ocurren; protección contra extremos climáticos. Desde un sentido práctico, el bienestar animal es un conjunto de acciones y procedimientos empleados en un sistema productivo, desde el nacimiento, pasando por la etapa de cría, obtención de productos como leche, huevos y otros; transporte, comercialización hasta la faena, cuando se trate de obtener el producto carne; o los productos leche, huevos u otros, que permiten brindar confort animal, tanto en lo relativo al bienestar físico y pautas de comportamiento, como a su estado de armonía con el ambiente.

La Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ONU) (Río de Janeiro, 20-22 de junio de 2012) trata de la protección del bienestar animal a través de los objetivos de “consumo y producción sostenibles”.

¹ evamaricel2007@hotmail.com.

Una declaración adoptada por la Asamblea General de la ONU sobre este tema hizo hincapié en la necesidad de “proteger el bienestar animal [...] para las generaciones futuras” y establece el objetivo de “respetar el bienestar animal”, entre los “objetivos del milenio relacionados con el consumo [...] para el período 2012-2020.

Con el fin de “mejorar el bienestar de los animales” al nivel mundial, una Declaración Universal sobre el Bienestar Animal es propuesta por numerosos gobiernos y organizaciones de protección animal para su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Lo que se pretende en primer lugar, se establece como principio fundamental que:

“Los animales son seres sensibles” y que su “bienestar debe ser respetado” (art. 1). Luego se define el “bienestar animal” como un “estado positivo de bienestar” (“físico y psicológico”) cuando “el individual está en condiciones, sana y libre de sufrimiento” (art. 2). Asimismo, se especifica que los “animales sensibles” se refieren a “todos los vertebrados” y “ciertos invertebrados” teniendo “la capacidad de sentimientos, incluyendo el dolor y el placer” con “un nivel de conciencia elevado” (art. 3). Por último, se establece la obligación general para todos los Estados miembros de adoptar “todas las medidas adecuadas para prevenir la crueldad hacia los animales y reducir sus sufrimientos” (art. 4). A fin de lograr este objetivo, “políticas apropiadas, legislación y normas “deben ser desarrolladas e implementadas (art. 5 y 6) y “todas las medidas necesarias “deben ser adoptadas” para cumplir estos principios acordados” (art. 7). En términos generales, este proyecto de declaración no es un instrumento obligatorio. Aun así, su adopción sería un primer paso de vital importancia para construir una protección del bienestar animal en derecho internacional y permitir un mayor desarrollo en este campo. Además, una protección universal complementaría la protección del bienestar animal ya existente a los niveles nacional, regional e internacional. Esta protección puede ser encontrada en numerosas leyes en el mundo desde el siglo 19, en varios instrumentos europeos desde la década de 1970 (al nivel regional), y en las normas de la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) desde los principios del siglo 21 (a nivel internacional). En esta continuidad, una protección universal sería el último paso de la extensión geográfica de la consideración del bienestar animal en el Derecho al nivel mundial.

En Argentina, según SENASA, la producción primaria de los bovinos es necesario tener en cuenta lo siguiente:

a. Para su manejo: las características comportamentales de esta especie permiten utilizar un manejo racional y compatible con los principios de bienestar animal, basado en considerar que son animales de manada y de fuga. Asimismo, reconocer el orden social de los bovinos que se presenta sobre todo entre los machos:

- El uso de estimulantes de movimiento. El maltrato y el sufrimiento de los animales disminuyen trabajando con banderas. En ningún caso se podrán usar palos para golpear al ganado, debiendo reducirse el uso de la picana a casos

excepcionales. El ganado debe ser desplazado con serenidad, al paso y con el recaudo de no causarle dolor, estrés o angustia innecesarios.

- La marcación. Se realizará cuidadosamente y a cargo de personas idóneas para no causar dolor o estrés innecesarios a los animales durante y después del marcado
- La castración. La edad recomendada para la castración de los terneros dependerá de la técnica a utilizar. Se podrá realizar a partir de las 24 horas de nacido y hasta no más de dos meses de edad, no debiendo efectuarla en el momento del destete o después, evitándose las complicaciones sobrevinientes poniendo en práctica todos los recursos de antisepsia y desinfección tanto del material a utilizar como de la zona escrotal.
- El destete. El destete natural es la condición ideal que permite que prevalezcan los imperativos biológicos naturales, siempre que las condiciones de salud y sanidad de la madre y el ternero no se vean modificadas o alteradas. Cualquier práctica de manejo, circunstancia y/o modalidad en que se practique el destete deberá llevarse adelante con calma y tranquilidad de manera de reducir el estrés.
- El descorne. Esta práctica es conveniente efectuarla antes de los 15 días previos al destete o a partir de los 15 días posteriores.

b. Instalaciones: los establecimientos deberían contar con instalaciones para el manejo compuestas por corrales de encierre, toril, manga, mecanismo de sujeción adecuado al tipo, temperamento y cantidad de ganado a manejar, donde los corrales de encierre anexos a la manga deberán disponer de una fuente de agua, iluminación artificial, reparo y sombra.

Rampas de carga y descarga. Resulta conveniente que el sector de rampas cuente con una adecuada iluminación a los efectos de generar un mínimo de sombra y donde la pendiente de las rampas no debiera superar el 20% de inclinación,

c. Alimentación: todos los animales deben recibir una alimentación nutritiva adecuada a su edad, condición productiva y época del año para satisfacer sus requerimientos de crecimiento, desarrollo, mantenimiento, producción y reproducción conservando un estado de salud óptimo durante el mayor tiempo posible a lo largo de su vida.

d. Provisión de agua para el ganado: para su abastecimiento, los animales deberán contar con acceso libre a agua limpia y fresca “apta para consumo animal”, debiendo el establecimiento proveer el suministro de agua necesaria para cubrir los requerimientos cualitativos y cuantitativos en todas las etapas de producción que conforma la dotación del establecimiento y garantizar ese suministro asegurando los estándares mínimos de calidad microbiológica y físico química.

III. Normativas Internacionales

Algunos de los acuerdos y organizaciones internacionales son:

a. Declaración Universal de los Derechos de los Animales

Este texto definitivo ha sido adoptado por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales afiliadas tras la tercera Reunión Sobre los Derechos del Animal, celebradas en Londres del 21 al 23 de septiembre de 1977. La declaración proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas que se asocien a ellas, fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y posteriormente, por la ONU.

Un animal no-humano es considerado poseedor de derechos.

El resultado del desconocimiento y desprecio de dichos derechos son la comisión de crímenes contra la naturaleza y contra los animales.

El reconocimiento por parte de la especie humana de los derechos a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo (y, por tanto, la total superación y abandono progresivo del especismo).

El hombre comete genocidio al vulnerar esos derechos y existe la amenaza de que siga cometiéndolo.

El respeto hacia los animales no-humanos por el hombre está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos.

Y, finalmente, la educación debe enseñar desde la infancia a observar, comprender, respetar y amar a los animales.

La Declaración Universal de los Derechos de los Animales es una norma internacional NO obligatoria para los países que firman el Tratado Internacional, derivando en un conjunto de buenos deseos (como lo señala el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*: “los tratados se hicieron para cumplirse”).

Esta Declaración fue adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977, que la proclamó al año siguiente. Posteriormente, fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Es importante esta Declaración porque es un punto de partida para que los países comiencen a crear leyes que protejan a los animales, pero para que dicho logro sea un hecho, es necesario redefinir el rol de los animales frente al Derecho.

El problema principal que tienen los países para que la Convención sea real y eficaz, es el carácter con el que los animales son considerados frente a la ley, siendo contados los Estados que consideran que los animales deben ser protegidos como seres sintientes.

La Declaración tiene 3 ideas principales como pilares:

- El derecho a la vida.

- Prohibición del maltrato.
- Protección de sus libertades.

La situación en Argentina en cuanto a la Protección Animal, está regulada en la ley 14346, que regula los delitos de maltrato y Crueldad Animal, algunas leyes como la ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República Argentina. Además, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), reconoce que la “fauna silvestre”, en sus variadas formas, constituye “un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra, tiene que ser protegida por esta generación y las venideras”. Y establece que la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de la misma “contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional”. Que, en dicha convención, aprobada por ley 22.344 (decreto reglamentario 522/1997), las especies se encuentran incluidas en listados, denominados “Apéndices 1, 11 Y 111”, según su grado de amenaza.

Que en nuestro país, en la causa CSJ 431/2013-(49-C) /CS1 “Fothy, Esteban Andrés s/pta. Inf. Ley 22.421”, del 27 de noviembre de 2014, el señor Procurador Fiscal manifestó, en cuanto a las conductas presuntamente ilícitas cometidas respecto de los restantes animales silvestres que eran objeto de la contienda, que resultarían inescindibles de aquellas que se habrían perpetrado con relación a los cauquenes. En consecuencia, entendió que las conductas debían ser investigadas y juzgadas en el fuero federal. En tal sentido, citó el fallo Competencia CSJ 185/2012 (48-C) / CS1 “Del Campo, Mario Eduardo y Del Campo, Enrique s/pta. acopio de armas y municiones”, resuelta el 13 de noviembre de 2012. En lo que se refiere al cauquén, el Estado Nacional ha manifestado un gran interés en su protección y preservación, al punto tal que su caza y captura se encuentra prohibida en todo el territorio del país.

En cuanto al papel de un animal frente al Derecho, se considera que no pueden tener los mismos derechos que las personas, pero tampoco los podemos considerar objetos; la solución es considerarlos como sujetos de protección social.

b. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, la cual suscribieron 21 países el 3 de marzo de 1973 en Washington D.C., Estados Unidos de América, entro en vigor el 1º de julio de 1975, tras su décima ratificación.

Argentina ratifica la Convención CITES, mediante la Ley 22344 y comienza formar parte de la CITES a partir del año 1981. En nuestro país la Autoridad de Aplicación, según el Decreto 522/97 (que reglamenta la Ley 22344), es la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable (SRNyDS). A su vez existe una Autoridad Administrativa, la Dirección de Fauna y Flora Silvestres de la DRNyDS. Esta Autoridad Administrativa es la encargada de otorgar permisos de exportación e im-

portación de ejemplares de especies incluidas dentro de los apéndices de la CITES, elaborar estadísticas de esas exportaciones e importaciones, proponer enmiendas de los apéndices (inclusión o exclusión de especies o poblaciones) y nombrar, como Autoridades Científicas a diferentes organismos científicos y académicos de reconocida autoridad técnica en diferentes temas.

Cada dos años los países parte de la Convención se reúnen en diferentes Estados, para tratar aspectos relacionados con el funcionamiento interno de la Convención y su aplicación y para revisar el listado de especies incluidas dentro de sus diferentes apéndices.

Los diferentes apéndices (categorización de acuerdo al grado en que se pretende controlar el tráfico o comercio de una especie para su conservación), se encuentran una serie de Especies vegetales de distribución geográfica en nuestro país.

APÉNDICE I

Incluye las especies que se encuentran en peligro de extinción, cuyo comercio ha de estar sometido a una reglamentación particularmente estricta y se autoriza solamente bajo circunstancias excepcionales (por ejemplo, aquellas especies del Apéndice I que sean reproducidas en forma artificial).

APÉNDICE II

Incluye las especies que si bien en la actualidad no se encuentran necesariamente amenazadas de extinción podrían llegar a encontrarse en esa situación si el comercio no se regula estrictamente. Además, figuran en él las especies denominadas especies similares, que son objeto de control en razón de su similitud con otras especies reguladas, lo que promueve un control más eficaz.

APÉNDICE III

Incluye las especies sometidas a reglamentación dentro de la jurisdicción de una Parte (país) y cuya explotación no se puede prevenir o limitar sin la cooperación de otras Partes.

En la última reunión de la CITES, realizada en el mes de junio en Harare, Zimbabwe, se modificaron, después de largos debates, los apéndices por exclusión o inclusión de algunas especies.

Como cambios más trascendentales, podrían citarse el caso del Elefante Africano (*Loxodonta africana*). En este caso se aprobó la transferencia del apéndice I al II de las poblaciones de Botswana, Namibia y Zimbabwe, con las siguientes anotaciones, para permitir:

- a) Exportación de trofeos de caza sin fines comerciales;
- b) Exportación de animales vivos sólo a destinos adecuados y apropiados;
- c) Exportación de pieles sólo Zimbabwe;
- d) Exportación de manufacturas en cueros y colmillos con propósito no Comercial (sólo Zimbabwe);

- f) El comercio internacional de marfil no es permitido antes que se cumplan 18 meses de la transferencia al apéndice II (18 de marzo de 1999), después de dicho plazo estos países podrán exportar de forma experimental a Japón y de acuerdo a las condiciones establecidas, las siguientes cantidades: Botswana 25.3 toneladas, Namibia 13,8 toneladas y Zimbabwe 20 toneladas.

Fue rechazada una propuesta cubana que proponía pasar las poblaciones de Cuba de Tortuga Carey (*Eretmochelysimbricata*), con el fin de posibilitar el uso sustentable por este país caribeño.

También fueron rechazadas las propuestas de Japón y Noruega para pasar del Apéndice I al II varias especies de ballenas, para que se permita, a partir del establecimiento de cupos, su captura. Estas propuestas se contradecían con los acuerdos logrados en la Comisión Ballenera Internacional, a la cual CITES adhiere.

Después de largos debates y numerosas negociaciones la propuesta original de Bolivia y Estados Unidos de América, de incluir a la Caoba (*Swieteniamacrophylla*) en el Apéndice II, fue modificada. Los países opositores a la misma, liderados por Brasil, consiguieron que dicha especie se incluya en el Apéndice III y sólo las poblaciones americanas.

En cuanto a especies argentinas, sólo para dos de estas, la Vicuña y el Yacaré Overo, se ha modificado parcialmente su status dentro de la CITES. En el caso de la Vicuña (*Vicugnavicugna*) fueron transferidas del Apéndice I al II las poblaciones de la Provincia de Jujuy y los ejemplares en semi-cautiverio en las provincias de Jujuy, Catamarca, Salta, La Rioja y San Juan. Podrá ser comercializada internacionalmente la fibra obtenida de Vicuñas vivas y las prendas confeccionadas con esta bajo la marca "Vicuña Argentina". Algunas poblaciones de Bolivia también fueron transferidas al Apéndice II, con lo cual ya los cuatro países del área de distribución de la especie, están en condiciones de comercializar internacionalmente la fibra. Para el Yacaré Overo (*Caimanlatirostris*) se resolvió, a partir de la propuesta presentada por Argentina, la transferencia de las poblaciones de nuestro país del Apéndice I al Apéndice II, bajo la Resolución de Ranching de la CITES.

c. La Ley Nacional N° 22.421

Una vez sentado tal marco, vamos a concentrarnos en la Ley 22.421, de Conservación de la Fauna, dictada el 5 de marzo de 1981 (5) y que reemplazó a la anterior, a la Ley 13.908.

La ley declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República y se propone su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional. Regula la caza, hostigamiento, captura o destrucción de sus crías, huevos, nidos y guaridas, tenencia, posesión, tránsito, aprovechamiento, comercio y transformación de la fauna silvestre y sus productos o subproductos. Autoriza a la autoridad nacional de aplicación a que esta pueda prohibir la importación, introducción y radicación de ejemplares vivos, semen, embriones, huevos para incubar y

larvas de cualquier especie que puedan alterar el equilibrio ecológico, afectar actividades económicas o perturbar el cumplimiento de los fines de la ley, y prohíbe introducir desde el exterior productos y subproductos, manufacturados o no, de aquellas especies de la fauna silvestre autóctona cuya caza, comercio, tenencia, posesión y transformación se hallen vedadas en toda la región de su hábitat natural sin permiso previo de la autoridad nacional de aplicación.

También regula el comercio nacional e internacional, lo referente al desmonte, secado y drenaje de tierras inundables, modificaciones de cauce de río, construcción de diques y embalses que puedan causar transformaciones en el ambiente de la fauna silvestre.

Finalmente, la ley establece una serie de sanciones administrativas, y tres tipos penales que concitan nuestro interés:

Art. 24: «Será reprimido con prisión de un –1– mes a un –1– año y con inhabilitación especial de hasta tres –3– años, el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida en el Artículo 16, inciso a».

Art. 25: «Será reprimido con prisión de dos –2– meses a dos –2– años y con inhabilitación especial de hasta cinco –5– años, el que cazare animales de la fauna silvestre cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación».

»La pena será de cuatro –4– meses a tres –3– años de prisión con inhabilitación especial de hasta diez –10– años cuando el hecho se cometiere de modo organizado o con el concurso de tres –3– o más personas o con armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación».

Art. 26: «Será reprimido con prisión de dos –2– meses a dos –2– años y con inhabilitación especial de hasta cinco –5– años el que cazare animales de la fauna silvestre utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación».

Art. 27: «Las penas previstas en los artículos anteriores se aplicarán también al que a sabiendas transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de la caza furtiva o de la depredación».

Respecto de estos delitos previstos en la Ley 22.421, en los casos que han llegado a nuestro conocimiento y que resolviera hasta el año 2006, la Corte Suprema les asignó el carácter de «nacionales».

En tal sentido, existen distintos precedentes jurisprudenciales como:

▪ **1. «Fothy»**

La Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental presentó una denuncia en el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro, y sostuvo que el señor Fothy, a través de un sitio de internet, ofrecía excursiones organizadas para la caza de animales silvestres (cauquenes, gansos, tórtolas, palomas, patos «mai-

cero» y «picazo», carpinchos, ciervos axis, antílopes, búfalos de agua, carneros de cuatro cuernos, chanchos cimarrones y jabalíes) en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Entre Ríos, actividad prohibida respecto de algunos ejemplares y reglada en relación con otros. El procurador recuerda los antecedentes jurisprudenciales citados en el apartado anterior respecto a que, para los delitos previstos en la Ley 22.421 no se ha establecido la jurisdicción federal, pero «en el caso» advierte directamente afectado un interés de la nación, dado que el Estado nacional ha manifestado un marcado interés por la protección y preservación del ave cauquén, a punto tal que su caza y captura se encuentran prohibidas en todo el país, así como también vedados el tránsito interprovincial, el comercio en jurisdicción federal, la importación y exportación de sus ejemplares vivos, productos y subproductos. También resalta que la comunidad jurídica internacional ha manifestado su marcado interés por los cauquenes, que se encuentran en los anexos de especies consideradas en peligro y cuya conservación requiere acciones coordinadas de los países miembros de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres.

Expresa que, dadas las características migratorias de las especies, las acciones que se desarrollen en una provincia pueden tener repercusiones en otra; lo cual en los términos del art. 7 de la Ley 25.675, conduce a que surja la competencia federal en razón de la interjurisdiccionalidad de la cuestión.

Finalmente, señala que no conviene separar la investigación respecto de las conductas llevadas a cabo en contra de otras especies de animales silvestres, por lo que corresponde unificar toda la causa en el fuero federal.

La mayoría de la Corte (Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni) hace suyo el dictamen en forma íntegra, mientras que un voto en minoría (Highton y Maqueda) comparte el dictamen, excepto en cuanto sostiene que la naturaleza migratoria de ciertas especies hace recomendable atribuir competencia federal.

▪ 2. «UFIMA s/denuncia»

Trata de una disputa similar entre un juzgado federal y otro provincial, declarándose ambos incompetentes. El primero de ellos había recibido originariamente la denuncia referida a una página web que ofrecía cazar palomas, ciervos colorados, pumas, jabalíes, ciervos axis, búfalos, antílopes y cauquenes, entre otras especies.

El Alto Tribunal señala que el planteo es prematuro, en tanto el juzgado que había recibido originariamente la denuncia debía –primero– iniciar la investigación y –recién después– declinar la competencia cuando tuviera elementos suficientes para afirmar que la causa no le correspondía.

Por otro lado, bajo la hipótesis de que hubiera un delito previsto en la Ley 22.421, indica que hasta que no se establezca en qué provincia ha de ser la caza –se ofrecen especies que pueden encontrarse en más de una provincia–, también corresponde que investigue la justicia federal.

El fallo introduce un elemento interesante, al indicar que «hay que mencionar que el art. 1 de la Ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República Argentina».

A su vez, destaca que la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), reconoce que la fauna silvestre constituye un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra, incluyendo especies amenazadas en sus anexos, de entre las que se encuentran las que motivaron la pesquisa penal.

Recuerda el precedente «Fothy», donde se sentó que el Estado nacional ha manifestado gran interés en la protección y preservación del cauquén, y que la investigación al respecto es inescindible de la concerniente a otras especies.

Finalmente, en este caso, también se justificaría la competencia federal porque al denunciado se le habrían atribuido concurrentemente otros delitos federales, como portar ilegítimamente armas de fuego y exportar clandestinamente productos y subproductos provenientes de la caza furtiva.

▪ **3. «N.N.»**

A instancias de una denuncia de la UFIMA se encontraron en un acuario tortugas de agua, iguanas verdes, ranas, escorpiones emperador, gekos y otros animales.

La Corte ordena al Juzgado Federal que continuara investigando hasta precisar bien las circunstancias del caso antes de declararse incompetente.

Recuerda que el art. 1 de la Ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita el territorio de la República Argentina, que las tortugas de agua son una especie vulnerable, según la Res. 1055/13 de la Secretaría de Ambiente; y que las iguanas verdes, ranas, escorpiones emperador y gekos son especies exóticas incluidas en el apéndice de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre).

Agrega que el asunto también debe ser analizado en la justicia federal, ya que los animales pudieron haber ingresado desde otra provincia (interjurisdiccionalidad) o desde otro país vulnerando controles aduaneros.

▪ **4. «Club de Caza de Tandil»**

El último caso trata también de una denuncia de la UFIMA en un juzgado federal ante la oferta de caza de ciervos colorados, ciervos axis, antílopes, pumas y cauquenes entre otros. Tras la contienda de competencia, el Máximo Tribunal manda al tribunal federal que intervino primero a que continuara la pesquisa hasta establecer concretamente en qué figura delictiva encuadra el hecho denunciado y en qué provincias habría de concretarse la caza, ya que el hábitat de las especies en cuestión abarca más de una.

Vuelve a señalar que el art. 1 de la Ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita el territorio de la República Argentina, que las especies en cuestión se encuentran en los apéndices del CITES, que según el precedente «Fothy», el Estado Nacional ha manifestado interés en la protección y preservación del cauquén y que

las conductas presuntamente ilícitas cometidas respecto de los restantes animales silvestres resultan inescindibles de las que refieren a los cauquenes. También aquí justificarían la competencia federal el hecho de que concurrentemente al denunciado se le habrían atribuido otros delitos federales, tales como portar ilegítimamente armas de fuego y exportar clandestinamente productos y subproductos provenientes de la caza furtiva.

d. Comisión Ballenera Internacional (CBI)

La Comisión Ballenera Internacional (CBI), en inglés, International Whaling Commission (IWC), es un organismo internacional creado el 2 de diciembre de 1946 por la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, firmada en Washington, que se fundó con la finalidad de regular la caza y el comercio de cetáceos.¹ La sede central de la CBI se encuentra Brighton, Inglaterra. Consta de tres comités principales;

- Científico.
- Técnico.
- Finanzas y administración.

Tradicionalmente, la CBI se reúne anualmente los meses de mayo o junio. Cada estado participante está representado por un comisionado, que puede estar acompañado de expertos y asesores.

La CBI está conformada por 88 países miembros, entre los cuales se encuentran Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, España, Inglaterra, México, Países Bajos, Nueva Zelanda y Perú.

Dentro de los países miembros de la CBI hay dos posturas: los países que buscan proteger y conservar a los cetáceos y aquellos países que promueven la caza controlada para uso comercial, como son Noruega, Islandia y Japón.

e. La legislación de la Unión Europea (UE) es de fundamental importancia para los estados miembros y ha impulsado la agenda para el bienestar de los animales hacia adelante notablemente

El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) estipula que, como seres sensibles, se deberán tener plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales. La UE tiene por objeto evitar a los animales todo dolor o sufrimiento innecesario y obligar tanto a los dueños como a los cuidadores de animales a respetar unos requisitos mínimos de bienestar.

En 2012, se adoptó un plan de la UE de cuatro años para mejorar el bienestar de los animales. Con ello, se pretende simplificar la legislación en materia de bienestar de los animales con el fin de aumentar la transparencia de las declaraciones en materia de bienestar de los animales para que las condiciones de competencia sean

las mismas para todos los productores; centrarse en los resultados para los animales; mejorar la formación de los que manipulan a los animales.

Asimismo, tiene por objeto garantizar un mejor cumplimiento de las leyes existentes y mejorar la información dirigida a los consumidores, los minoristas y la industria alimentaria.

Aunque el bienestar de los animales se aborda principalmente a escala de la UE, no es de su competencia exclusiva. Las cuestiones como el uso de animales en espectáculos y eventos culturales o deportivos son responsabilidad de los países de la UE a escala nacional.

f. El Consejo de Europa (COE), también ha acordado sobre un conjunto de convenciones para el bienestar de los animales, que son comprensivos y proporcionan material de cabildeo útil para los países de una Europa más amplia

Algunas decisiones: Decisión 2001/298/CE de 30 de marzo de 2001, por la que se modifican los anexos de las Directivas 64/432/CEE, 90/426/CEE, 91/68/CEE y 92/65/CEE del Consejo, así como la Decisión 94/273/CE de la Comisión, en lo que respecta a la protección de los animales durante el transporte.

- Decisión 2000/50/CE, de 19 de diciembre, de la Comisión, relativa a los requisitos mínimos para la inspección de las explotaciones ganaderas.
- Decisión de la comisión de 14 de noviembre de 2006 por la que se establecen requisitos mínimos para la recogida de información durante la inspección de unidades de producción en las que se mantengan determinados animales con fines ganaderos.
- Decisión de la Comisión, de 26 de noviembre de 2003, por la que se establece un modelo de pasaporte para los desplazamientos intracomunitarios de perros, gatos y hurones.
- Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la celebración del Protocolo de enmienda del Convenio Europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos.
- Decisión del Consejo de 23 de marzo de 1998 relativa a la celebración por la Comunidad del Convenio Europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos
- Decisión 2001/298/CE de 30 de marzo de 2001, por la que se modifican los anexos de las Directivas 64/432/CEE, 90/426/CEE, 91/68/CEE y 92/65/CEE del Consejo, así como la Decisión 94/273/CE de la Comisión, en lo que respecta a la protección de los animales durante el transporte.
- Decisión 2000/50/CE, de 19 de diciembre, de la Comisión, relativa a los requisitos mínimos para la inspección de las explotaciones ganaderas.

- Decisión de la comisión de 14 de noviembre de 2006 por la que se establecen requisitos mínimos para la recogida de información durante la inspección de unidades de producción en las que se mantengan determinados animales con fines ganaderos.
- Decisión de la Comisión, de 26 de noviembre de 2003, por la que se establece un modelo de pasaporte para los desplazamientos intracomunitarios de perros, gatos y hurones.
- Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la celebración del Protocolo de enmienda del Convenio Europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos.
- Decisión del Consejo de 23 de marzo de 1998 relativa a la celebración por la Comunidad del Convenio Europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos.

g. La Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE)

La Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) es una organización intergubernamental creada por un convenio internacional el 25 de enero de 1924, firmado por 28 países. En mayo de 2004, la OIE contaba con 167 Países Miembros. Su sede está en París, Francia. Conocida original en 1924 como la Oficina Internacional de Epizootias (OIE). Desde 23 de mayo de 2003 tiene su actual denominación pero conservando las siglas originales.

▪ La Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS)

La Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (también conocido como “Convenio de Bonn”, no debe confundirse con el Acuerdo de Bonn) persigue conservar las especies marinas y terrestres y de aves migratorias en todo su ámbito de aplicación. Es un tratado intergubernamental, concluido bajo la égida del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que se ocupa de la conservación de la vida silvestre y de los hábitats a una escala global. Desde que la convención entró en vigor, la lista de países miembros ha crecido de forma constante hasta incluir a 100 signatarios de África, América Central y Sudamérica, Asia, Europa y Oceanía. La Convención fue firmada en 1979 en Bonn (de ahí su nombre) y entró en vigor en 1983.

Las especies migratorias amenazadas de extinción están recogidas en el Apéndice I de la Convención. Los países signatarios de la Convención de Bonn se esforzarán en la protección estricta de estos animales, conservando y restaurando los lugares en donde viven, mitigando los obstáculos a la migración y controlando los demás factores que puedan ponerlas en peligro. Además del establecimiento de las obligaciones para cada uno de estos Estados firmantes, la Convención de Bonn

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

promueve las acciones concertadas a lo largo de los ámbitos estatales de muchas de estas especies.

Las especies migratorias que necesitan o que serían beneficiadas significativamente por la cooperación internacional están listadas en el Apéndice II de la Convención. Por esta razón, la Convención anima a los Estados firmantes a concluir acuerdos regionales o globales.

A este respecto, el Convenio de Bonn actúa como un convenio marco. Los Acuerdos pueden abarcar desde Tratados legalmente vinculantes (llamados Acuerdos) a instrumentos menos formales, tales como los memoranda de entendimiento, y pueden adaptarse a las necesidades de cada región. Una capacidad única de la Convención de Bonn es el desarrollo de modelos a la medida de acuerdo con las necesidades de la conservación a lo largo del ámbito migratorio.

Hasta la fecha se han concluido varios acuerdos bajo los auspicios de la Convención de Bonn. Buscan la conservación de:

- Las poblaciones de murciélagos europeos (EUROBATS)
- Los Cetáceos del Mar Mediterráneo, del Mar Negro y de la Zona Atlántica Contigua (ACCOBAMS)
- La conservación de los pequeños cetáceos del Báltico, del Atlántico Nororiental, y de los Mares de Irlanda y del Norte (ASCOBANS)
- Las focas del mar de Frisia (Acuerdo del Mar de Frisia)
- Las aves acuáticas migratorias afro-euroasiáticas (AEWA)
- Los Albatros y Petreles (Acuerdo sobre la Conservación de Albatros y Petreles)
- Los Gorilas y sus hábitats (Acuerdo sobre Gorilas)

Además, varios memoranda de entendimiento se han llevado a término bajo los auspicios de la Convención de Bonn. Buscan la conservación de: la grulla siberiana, el zarapito fino, las tortugas marinas de la Costa Atlántica de África, las tortugas marinas del Océano Índico y del Sudeste de Asia, las poblaciones centroeuropeas de avutarda común, el ciervo de Bactriana, el carricerín cejudo, las poblaciones de África Occidental del elefante africano, el antílope saiga,

Una Secretaría proporciona apoyo administrativo a la Convención, bajo el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Tiene su sede en el Campus de las Naciones Unidas en Bonn, Alemania. El órgano de toma de decisiones de la Convención es la Conferencia de las Partes. Un Comité Permanente proporciona las líneas administrativas y políticas entre las reuniones regulares de las Conferencias de las Partes. Un Comité Científico formado por personas expertas aportadas por cada uno de los estados miembros y por la Conferencia de las Partes, proporciona asesoramiento en los asuntos técnicos y científicos.

▪ **Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB) y otros**

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) quedó listo para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

Hasta la fecha hay 193 Partes.

Los componentes de la diversidad biológica son todas las formas de vida que hay en la Tierra, incluidos los ecosistemas, los animales, las plantas, los hongos, los microorganismos y la diversidad genética.

Con sus tres objetivos, el CDB es considerado a menudo como el principal instrumento internacional para el desarrollo sostenible.

Los ecosistemas, las especies y los recursos genéticos deberían ser utilizados en beneficio del ser humano, pero de manera que no lleve a la pérdida de diversidad biológica.

Para conservar la diversidad biológica hacen falta cuantiosas inversiones, pero se obtendrán considerables beneficios ambientales, económicos y sociales.

El enfoque por ecosistemas, una estrategia integrada para gestionar recursos, es el marco de acción del Convenio.

Según el principio de precaución, cuando haya peligro de considerable reducción o pérdida de diversidad biológica, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas que impidan o minimicen dicho peligro.

▪ **La Declaración Universal sobre Bienestar Animal (DUBA)**

La Declaración Universal sobre Bienestar Animal (DUBA) es una propuesta de acuerdo intergubernamental para reconocer que los animales son seres capaces de sentir y sufrir, que tienen unas necesidades de bienestar que deben ser respetadas y que la crueldad hacia ellos debe terminar. De ser aprobada por Naciones Unidas, la DUBA sería un conjunto de principios que animarían a los gobiernos nacionales a crear o mejorar las iniciativas y legislaciones de protección a los animales.

El bienestar animal es importante no sólo para los animales, además tiene una relación cada vez más evidente con el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria y otros asuntos que son preocupación de Naciones Unidas. Por eso se dice que la DUBA podría ayudar a alcanzar algunos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que esa organización se propuso en 2000.

La Declaración Universal sobre Bienestar Animal (DUBA) fue concebida por la Sociedad Mundial para la Protección Animal WSPA,¹ la cual funciona como secretariado para la iniciativa apoyada por otras de las organizaciones más importantes de bienestar animal a nivel mundial como la Humane Society of the United States (Sociedad Humanitaria de los Estados Unidos. La Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) declaró su apoyo a la DUBA en 2007.

Conclusión

De la misma manera que la protección del medio ambiente se convirtió en un nuevo campo del derecho internacional a finales del siglo pasado, la protección del bienestar animal es una preocupación creciente en el comienzo de este nuevo milenio. La Asamblea General de la ONU ha reconocido el bienestar animal como merecedor de su consideración a través del desarrollo sostenible, si no como una prioridad digna de consideración en sí misma en la Conferencia de 2012.

Lo que hay que empezar a hacer es:

Considerar a los animales sujetos de derechos o personas no humanas titulares de derechos. Es importante establecer “claros fundamentos teóricos”, con el fin de desarrollar una base de protección fiable en derecho internacional. A continuación, sería la adopción de instrumentos internacionales positivos para proteger efectivamente el bienestar de los animales en todos los países del mundo. En este sentido, la adopción de la propuesta de Declaración Universal sobre el Bienestar Animal por la Asamblea General de la ONU constituiría un paso preliminar de importancia fundamental para abrir el camino hacia una eventual convención internacional sobre la protección del bienestar animal, estableciendo una base común sobre el principio universal de “respeto de los seres sensibles”.

El derecho internacional puede evidenciar una preocupación compartida y considerar la protección del bienestar animal como un objetivo común por todos los Estados del mundo.

Por eso, el derecho internacional debería reflejar esta sensibilidad universal y disuadir los sufrimientos innecesarios para mejorar la protección del bienestar de los animales en todo el mundo. Después de la conservación de las especies (protección contra su extinción), el derecho internacional debe considerar el bienestar de los animales como individuos (protección contra su sufrimiento). Por último, esta afirmación sería compatible con el concepto de evolución del derecho internacional como un sistema adaptativo, capaz de responder adecuadamente a las nuevas preocupaciones de la sociedad internacional.

Bibliografía

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO (19-10-05).

21 Cf. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 4th ed., 1990.

Las primeras leyes de bienestar animal se adoptaron en Inglaterra (“Actto Preventthe Cruel and Improper Treatment of Cattle”, 1822) y en los Estados Unidos (“New York anti-cruelty Act” de 1829).

Lista de las principales leyes nacionales de protección de los animales (resultado de investigaciones personales) en línea: [Http://www.animallaw.info/nonus/articles/art_pdf/arbrelssabine2012.pdf](http://www.animallaw.info/nonus/articles/art_pdf/arbrelssabine2012.pdf).

http://www.animallaw.info/nonus/articles/art_pdf/aranimalwelfareeuropean.pdf.

14 Normas Internacionales de Bienestar Animal de la OIE: <http://www.oie.int/es/bienestar-animal/temasprincipales/>.

El Bienestar Animal en las legislaciones de América Latina (Publicado en la Revista de Ciencias Veterinarias de la Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica. *Cienc. Vet.* 24, 185-221, 2006).

<https://derechoanimal.info/es>.

El derecho de los seres sintientes no humanos a través del activismo judicial como reflejo de pactos nacionales e internacionales

Claudia Martínez Londoño¹

Alvaro Camargo Solano²

*“Crece una ecología superficial o aparente
que consolida un adormecimiento
y una alegre irresponsabilidad”*

Carta encíclica LAUDATO SI

PAPA FRANCISCO, sobre el cuidado de la casa común

Sumario

I. Activismo Judicial II. El activismo judicial en materia ambiental III. Breves Reflexiones. IV. Bibliografía

Las grandes revoluciones sociales han permitido el rompimiento de paradigmas que en tiempos distintos jamás podrían concebirse y que por lo tanto de ninguna manera se podrían desarrollar, uno de ellos es el reconocimiento de verdaderos sujetos de derecho y por lo tanto legitimados procesalmente a todos los seres sintientes no humanos, entiéndase estos como: la naturaleza, los animales, los ríos, los ecosistemas, los árboles, las montañas y hasta el mismo aire que respiramos, entre otros, esto en razón a que se ha logrado evidenciar de manera clara como la afectación que los seres

¹ Doctoranda en Derecho Universidad Nacional del Mar del Plata-Argentina– Magister en Derecho Administrativo, Docente titular de Derecho Público e Investigadora de la Universidad La Gran Colombia Bogotá Facultad de Derecho. Investigadora principal del proyecto: “El medio ambiente: el nuevo sujeto de derecho. El mecanismo efectivo para la protección ambiental”, grupo de investigación Derecho Constitucional Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad, línea de investigación Derecho Constitucional y Responsabilidad del Estado. Líder del semillero de investigación Ciro Angarita Barón. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico claudia.martinez@ugc.edu.co

² Doctor en Educación de la UPEL, Magister en Investigación, especializado en Derecho Administrativo, Docente titular de derecho público y laboral e investigador de la Universidad La Gran Colombia. Investigador principal del Proyecto “La oralidad, un legado ancestral” grupo de investigación Derecho Constitucional Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad, línea de investigación Derecho Constitucional y Responsabilidad del Estado. Líder del Semillero Ciro Angarita Barón. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico alvarocamargolaboralista@hotmail.com

humanos sin distinción, hemos causado a nuestro entorno el cual ha sido de tal magnitud que tenemos nosotros mismos que interponernos un freno para evitar una mayor catástrofe ambiental y hasta un debacle de la humanidad, esto anudado al compromiso con las generaciones futuras y a la propia supervivencia de la raza humana.

En este reconocimiento ha sido de los más importantes avances que ha dado el derecho como un compromiso ético que tiene las ciencias sociales para con el medio ambiente, y lo ha desarrollado a través del activismo judicial, en donde los tribunales Constitucionales y los jueces han colocado su grano de arena en una amplia avanzada de pensamiento, dejándonos en claro cuál es el papel de la comunidad internacional, de los Estados, de las entidades públicas y hasta de la misma sociedad en un intento de recuperación de lo que hasta ahora se ha degradado y que debemos recuperar. Por ello la pregunta que orientadora la presente investigación es ¿Cuál ha sido el papel de los jueces y los tribunales Constitucionales en el reconocimiento de los seres sientes no humanos como verdaderos sujetos de derecho?

Este trabajo pretende, por lo tanto, plantear como el activismo judicial y su relevancia en el derecho moderno como “nuevo derecho” permite el reconocimiento de este “nuevo sujeto de derecho” al cual se le concederán protecciones especiales buscando su amparo. Recopilando información que estará al servicio de la comunidad jurídica para la continuidad del planteamiento de este paradigma ambiental.

Finalmente, con el presente escrito se pretende analizar el papel de los jueces y los tribunales Constitucionales frente al reconocimiento de los seres sientes no humanos como verdaderos sujetos de derecho en sus fallos.

I. El activismo judicial

El “*activismo judicial*” representa actualmente un papel importante en las ciencias jurídicas y como ciencia social que es, analiza las relaciones constantes de la sociedad y sus sujetos. El papel de los jueces dentro del neoconstitucionalismo demuestra como en la aplicación de la Constitución Política se garantiza el surgimiento de nuevos sujetos de especial protección constitucional, demostrando que este comportamiento judicial no es ajeno a las problemáticas ambientales y menos aún al concepto de justicia ambiental, que hoy se encuentra en boga.

Por ello el “activismo judicial” debe entenderse precisamente, como un ímpetu de funciones legislativas a través de decisiones judiciales pero en función social, en contravía total de un juez pasivo e impávido que representa la teoría política de los sistemas democráticos basado en la separación de poderes en razón a la inercia legislativa que pierde el rumbo de sus quehaceres funcionales por dedicarse al ejercicio de la corrupción mediante sistemas de cupos indicativos otorgados por el ejecutivo.

Los teóricos del sistema denominado “*activismo judicial*” han preconizado sus posturas hipotéticas desde diferentes puntos de vista, pero siempre teniendo en cuenta los postulados democráticos y la nueva visión del Estado Constitucional las cuales traemos a colación en el presente escrito, con el único objetivo de ampliar el cons-

tracto teórico para cimentar y desdoblarse cada una de las decisiones judiciales aportadas y referenciadas en el presente escrito. Para Alzate³ “la democracia busca que en el gobierno tengan participación de manera libre e igualitaria todos los ciudadanos, que disfruten de francas posibilidades para acceder al poder y de ejercer control sobre él, que les brinde garantías para desarrollar sus campañas electorales y que les consagre a las minorías derrotadas derechos y canales para seguir defendiendo su opinión y convocando fuerzas que las apoyen”.

Por su parte, Max Weber⁴ al hablar de activismo judicial en 1918 señalaba: “que la democracia permite prever y también alcanzar con mayor probabilidad ciertos fines”. Por su parte Castro⁵ desarrolla el concepto a través del Neoconstitucionalismo —distanciándose así del constitucionalismo tradicional— “se presenta como una concepción del Derecho, contrapuesta al positivismo jurídico, una especie de *Iusnaturalismo*”. A su vez Moreso⁶ busca su concepción desde el Neoconstitucionalismo según el cual “tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”.

El profesor Bazan,⁷ sostiene que “se trata de un modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de derecho, cuya peculiaridad viene representada por las características o funciones de algunas constituciones que aparecen en la segunda posguerra mundial y que se contraponen a las constituciones del constitucionalismo antiguo o decimonónico”. De igual forma, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos ilustra sobre el tema en cuestión mediante en su acepción indicando que: “Doctrina según la cual todos los valores están subordinados a las exigencias de la acción y de su eficacia”.⁸ Por su parte el historiador Colombiano Ocampo,⁹ sustenta que el “Constitucionalismo nació con la independencia, influenciado con el proceso universal de las revoluciones de occidente...”, sugiriendo que este es la génesis del activismo judicial.

De tal suerte que los fundamentos del “activismo judicial” al igual que el papel protagónico de la “jurisdicción constitucional”, tiene su asidero en el neoconstitucionalismo, tal y como se revisó en las nociones anteriores, entendiendo este “como proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces

³ Alzate, F (2006) Fundamentos de sociología jurídica. Colección textos universitarios. 2006.

⁴ Regis De Castro A (1994). Introducción al pensamiento democrático contemporáneo: sus orígenes y desarrollo. Escuela de liderazgo democrático. Editorial Gazeta Ltda. Bogotá. Colombia

⁵ Castro, M (2011). Decretos, leyes y jurisdicción constitucional. Estudios comparados. Ediciones Universidad Salamanca

⁶ Moreso, J (2003) Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. Universitat Pompeu Fabra Barcelona

⁷ Bazán, V (2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. Revista Derecho del Estado No. 20 Diciembre de 2007. Universidad Externado de Colombia:

⁸ <http://dle.rae.es/?id=0cj11pS>

⁹ Ocampo, J (2008) Independencia y estado nación en Historia de las ideas políticas en Colombia. Ediciones Taurus. Colombia.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

están llamados a realizar en una democracia constitucional”¹⁰ los cuales se materializan mediante “nuevos elementos que contiene la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes y el subsiguiente descenso de la ley del sitio que ocupaba en el podio de las fuentes del derecho y el papel del juez en la creación de derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios.”¹¹

El neoconstitucionalismo ha evidenciado que estas nuevas constituciones “se estructuran normativamente a través de principios y reglas, las cuales a su vez exigen prácticas hermenéuticas e interpretativas diferentes¹² y es aquí donde los principios juegan un papel preponderante, llenando los vacíos jurídicos que se presentan bajo una hermenéutica jurídica acuciosa por parte del fallador, concretando el alcance de la Constitución en un caso con fundamento en las reglas y sub reglas que se señalen para ello concreto “razón por la que debe concluirse, que los jueces no crean derechos, sino “descubren los derechos” que contienen los principios.”¹³

Pertinente es entonces aclarar la distinción entre reglas y principios, acudiendo a Alexy señala quien señala que:

“las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios.”¹⁴

¿Cuál es entonces papel del juez dentro del denominado “activismo judicial”? Para ello debemos examinar primigeniamente el papel de la Constitución que como carta magna que orienta al Estado moderno. La primera nación en promulgar una constitución escrita fue los Estados Unidos de América en 1787, “plasmándose en ella la división de poderes permitiéndonos identificar tres criterios que pondrían fin al poder absoluto: (i) la libertad original del hombre; (ii) la voluntad colectiva como sustento del poder Estatal; y, (iii)

¹⁰ Santiago, A (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del Neoconstitucionalismo. Dikakon Año 22 - Núm. 17, 131-155 - Chía, Colombia - Diciembre 2008, p. 135).

¹¹ Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. Justicia Juris, 11(2), pp. 50-57.

¹² Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 21.

¹³ López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. 2ª ed. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, 2008.

¹⁴ Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona 1994, p. 75.

la igualdad resultante del pacto”¹⁵ dejando ver claramente las ideas liberales de Hobbes, primando principios fundamentales tales como la libertad, la igualdad y el interés general, pilares del Estado actual. Por otro lado, la Constitución francesa en 1791 incorporó en su preámbulo la declaración de derechos humanos, pero al igual que la de 1973 sus principios idealistas se evaporaron convirtiéndose en una “Carta Política” de carácter organizacional.

La desnaturalización de la Constitución dio paso a lo que se denominó como “Estado legicentrista” en donde se promulgó constantemente que la Constitución no se considera como fuente de derecho, sino como simplemente como una carta de tipo político que tan solo obligaba al legislador desarrollarla a través de la ley de tal manera que “*al juez se le negó la posibilidad de concreción de la Constitución y con ello la posibilidad de considerarse a la jurisprudencia como otra fuente de derecho, toda vez que se creía que el juez era un mero aplicador de la ley, simplemente era “la boca de la ley”*”, en desarrollo del principio de legalidad. Igualmente, “*se le prohibió al juez discutir la ley y menos se le permitió inaplicarla por inconstitucionalidad, ya que el aforismo imperante era el de “dura lex sed lex”*”.¹⁶

Se consagraba el derecho como puras reglas prevaleciendo el principio de jerarquía normativa y aunque la Constitución definía quién, cómo y cuándo se expedía la ley y esta el reglamento aplicando la norma taxativamente aunque fuera injusta o no imperando el “positivismo jurídico” relegando así el papel de la Constitución como algo lejano difícil de alcanzar.

Sin embargo, la segunda guerra mundial colocó en evidencia como el positivismo jurídico había justificado, bajo la premisa del fundamento de la ley (principal o única fuente de derecho) el holocausto nazi. Alemania con la Constitución de Weimar de 1919 paradójicamente permitió que Hitler expidiera la legislación que consintiera esta masacre de la humanidad bajo la premisa de “*dura lex sed lex*” dejando ver como legal no que en verdad no lo era y accediendo a que el jefe de turno del Estado, en este caso Alemania e Italia, impusieron su voluntad reglada.

El fracaso esta teoría positivista, permitió el resurgimiento del constitucionalismo y es con la expedición de la Constitución italiana del 27 de diciembre de 1947 y la Alemana del 23 de mayo de 1949 donde los Derechos fundamentales volvieron a tener auge con el restablecimiento de la Justicia constitucional “*esta línea de redacción fue seguida en la década de los 70 por Grecia y en parte la antigua Yugoslavia en 1974, Portugal en 1976 y España en 1978. En Latinoamérica este hecho empezó a finales de la década de los ochenta con la Constitución brasileña de 1988, la reforma constitucional costarricense de 1989, la Constitución colombiana de 1991, la reforma argentina de 1994, la Constitución ecuatoriana de 2008, la boliviana de 2010 o la reforma mexicana de 2011, entre otras*”.¹⁷

¹⁵ Andrade Sánchez, Eduardo. Teoría general del estado. 2ª ed. México: Oxford, 2003, p. 163.

¹⁶ Velandía Canosa, Eduardo Andrés. Derecho constitucional convencionalizado y justicia constitucional. Ed. Nueva Jurídica Bogotá, 2011.

¹⁷ Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales. Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2011, p. 25.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

La consagración en estas constituciones determinó que “*los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución con o sin la intervención del legislador, sobre todo cuando se solicita la tutela, protección o amparo de los derechos consagrados en la constitución, a través de las acciones o garantías constitucionales*”¹⁸ cambiando diametralmente la situación que se relató inicialmente con relación al Estado legislador ya que el juez estará siempre obligado a resolver los conflictos jurídicos que se susciten en aplicación directa a la Constitución.

Por ende, el “*activismo judicial*” promueve un replanteamiento del papel del juez en una democracia participativa exigiéndole actuar con responsabilidad, asegurando la efectividad del Estado social de derecho determinado la necesidad de hacer de la jurisprudencia como un punto obligado de referencia.

De otra parte, el activismo del juez conlleva una retórica sobre la misión del “nuevo juez” y del “nuevo derecho” que revela la confianza en la capacidad ampliada del poder judicial para contribuir a la solución de problemas sociales sin ningún tinte politiquero absurdo. En efecto, en los Estados democráticos la rama judicial ha asumido un papel preponderante en la solución de problemas sociales y los jueces son los garantes del Estado de derecho, los tutores de la moralidad, los promotores de los nuevos derechos ciudadanos y los llamados a la solución pacífica de conflictos armados, como el que azoto por más cincuenta años nuestra Nación Colombiana mediante el sistema de la Justicia para la Paz.

Los primeros pronunciamientos progresistas fueron en los Estados Unidos de Norte América en el denominado “constitucionalismo americano” con los casos ***Brown vs. Board of Education of Topeka (1954)*** y ***Rigg Vs Palmer (1889)***.

En el primer caso ***Brown vs. Board of Education of Topeka (1954)*** el tema central fue la que la segregación racial en las escuelas situación que violaba la Décimo Cuarta enmienda, la cual establece que “*ningún Estado podrá... negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de derechos*”.

La precitada sentencia refería:

“...Mr. Oliver L. Brown, de raza negra, demandó a la Concejalía de enseñanza de la ciudad de Topeka, en Kansas, por asignar los colegios a los niños según su raza, lo que obligaba a su hija, de ocho años, a andar más de un kilómetro hasta la parada del autobús que la tenía que llevar a un colegio sólo para alumnos negros, cuando a tan sólo medio kilómetro tenían un colegio —pero sólo para alumnos blancos. A la demanda se unieron otros doce padres, todos de raza negra, exigiendo que se admitiese a sus hijos en los colegios de los blancos. Los demandantes alegaban que las leyes estatales que permitían la segregación racial —en este caso en los colegios, pero de igual forma en los restaurantes, en los transportes públicos, en los hoteles, en los teatros, incluso en las fuentes de agua potable en la calle— les privaban, aún en aquellos casos en que las condiciones materiales de los colegios para blancos y para negros fueran supuestamente las mismas, del igual protección (derecho a una protección igualitaria), derecho que estaba garantizado por la decimocuarta Enmienda. Los tribunales inferiores fallaron a favor de la Concejalía de enseñanza; pero cuando la apelación llegó ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la resolución de éste fue unánime. Se preguntaba

¹⁸ Rozo Acuña, Eduardo. Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

el Tribunal si “la segregación de los niños en las escuelas públicas, hecha únicamente en función de su raza, ¿privaba a los niños de los grupos minoritarios de la oportunidad a una educación igualitaria, incluso cuando los aspectos materiales y otros factores ‘tangibles’ de las escuelas fueran iguales?” - “Creemos que así es”, se contestaba categóricamente el propio Tribunal. Éste llegaba a la conclusión de “que, en el área de educación pública, la doctrina de ‘iguales pero separados’ no ha lugar. Instituciones educativas separadas son inherentemente desiguales”, por lo que el Tribunal consideró que se estaba privando de la protección igualitaria de las leyes garantizada por la decimocuarta Enmienda a todos aquellos que estuvieran en tal situación...”.¹⁹

Allí el Juez Earl Warren demostró que existía un choque entre la orden constitucional y la situación fáctica, por ello decidió acoger una actitud activa en total reconocimiento de los derechos individuales, protegiendo la enmienda:

“... Pese a lo categórico de la resolución *Brown vs. Board of Education*, la “desegregación” de las escuelas no se produjo instantáneamente. Es más, comprendiendo la dificultad de la tarea, el Tribunal dejó al arbitrio de los poderes ejecutivos de los estados determinar las medidas que cada uno de ellos debía tomar para ejecutar la resolución. A pesar de ésta, muchos estados del sur intentaron todas las artimañas posibles para mantener sus escuelas públicas segregadas. Por esa razón, el Tribunal tuvo que dictar varias resoluciones posteriores en las que decidía la inconstitucionalidad de algunas de medidas específicas adoptadas por los estados para mantener la segregación racial en sus escuelas...”.²⁰

En este mismo tema es pertinente estudiar brevemente el famoso caso de la justicia norteamericana denominada **Rigg Vs Palmer**²¹ (1889) consistente en donde un hombre adinerado muere sin más heredero que su nieto, conforme al derecho vigente el nieto es heredero universal y por lo tanto le corresponde toda su herencia. Pero el abuelo expira injustamente a manos de su nieto. El caso se limitó a una sola pregunta con el objeto de resolverlo: ¿Debe este pese a todo heredar la fortuna del abuelo? El derecho vigente norte americano no contemplaba esta excepción, sin embargo, la Corte encargada del caso le negó al nieto el derecho a la herencia sobre la base de un argumento moral que para entonces no formaba parte del derecho: El principio de que “nadie debe beneficiarse de su propio acto ilícito”.

Como se puede apreciar la Corte Norteamericana fallo el caso con base en principios dejando de un lado la norma o la regla que establecía el derecho a adjudicarse la herencia; este asunto nos lleva a determinar cómo los informantes tienen el conocimiento de que en la actualidad existe una justicia moderna en donde para resolver casos difíciles se puede acudir a fallar bajo principios de derecho como Constitucionales, teniendo en cuenta como lo dicen los juristas si chocan dos principios, el juez deberá ponderar y aplicar los que sean más prevalentes a los derechos humanos en especial al derecho de la dignidad humana.

Ahora bien al analizar los jueces y sus fallos, dentro del denominado activismo judicial, existen algunos elementos que dan muestra de las particularidades que definen

¹⁹ Grau, Luis. El Constitucionalismo americano. Universidad Carlos de Madrid. 2011, pp. 261 y 262.

²⁰ Ibid 261.

²¹ <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/positivismo-juridico-dejen-que-herede-palmer.pdf>

como características²² las expresiones del activismo judicial donde el juez fundamenta sus decisiones con base en ciertos rasgos que lo particularizan de aquellos que no preconizan esta corriente tales como: el ser un juez constructor de políticas públicas a través de sus disposiciones, llámense órdenes, mandatos o resoluciones, impactan el ámbito político, social, económico de los estados; el respeto de la Constitución ya que la reconoce como soberana de todas las normas, la que señala los principios a seguir y como orientadora del ordenamiento jurídico establece las pautas del mismo; pretende la solución de los casos de una manera justa, acudiendo a su papel principal, encontrando en ocasiones contradicción entre la norma y los sucesos facticos ya que la posibilidad planteada por la norma es totalmente injusta, por ello él debe acudir a los principios para defender el derecho reclamado; en sus fallos existe un elemento de creatividad en donde cada uno de ellos imparte su sello, deja sentada su posición plantea nuevas formas de ver el derecho en donde busca equilibrar las cargas de las partes y ajustarlas a una decisión justa; sus decisiones, las cuales en ocasiones crean controversias y lo que le permiten tomar un papel protagónico ante la sociedad frente a los graves problemas que nos quejan, planteando nuevas alternativas y llegando a romper paradigmas, modernizando el sistema de justicia.

Igualmente, al estudiar sus particularidades hallamos una cierta clasificación. Traductistas como Duncan Kennedy, fundador de la corriente “*Critical legal Studies*” señala como las decisiones judiciales están enmarcadas en tendencias ideológicas las que los acompañan buscando así normas jurídicas asociadas a su forma de leer el derecho.

Señala Kennedy²³ como se puede clasificar a los jueces según el imperativo de sus decisiones y los organiza en tres categorías:

- **Juez de justificación normativa:** En sus sentencias se denota en la motivación extrajudicial para hacer justas las sentencias, en razón a que conforme al análisis y valoración de la norma, busca la mejor interpretación. Su preferencia es por la interpretación de la norma más no por alguna de las partes en el proceso. “*Su sentencia es formalmente jurídica y refleja su honesta creencia que el derecho exige la respuesta que el juez ha alcanzado con el litigio.*”²⁴
- **Juez de posiciones extremas:** En sus fallos tomas diferentes posiciones son difíciles de enmarcar, con moderación en unas interpretaciones y con más ahínco en otros, cambian sus posiciones con frecuencia. “*Tienen una tendencia constante a alternar entre las ideologías a lo largo del tiempo pues no pertenecen a un campo ideológico que pueda ser el patrón decisional, en las decisiones judiciales, al contrario, resulta difícil predecir su postura ideológica en determinado caso*”²⁵

²² Marianello Patricio. El activismo Judicial un instrumento de Protección Constitucional.

²³ Kennedy, Duncan. Izquierda y Derecho. Ensayos de teorías jurídicas. Buenos Aires ed siglo XXI. 2010.

²⁴ Guzmán, Luis. El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Universidad Externado, 2017, p. 52.

²⁵ *Ibid.*, p. 52.

- **Jueces de posición intermedia:** Establece un punto intermedio entre los tres en razón a que escoge una interpretación de ellos y la aplica a sus sentencias, es el más moderado de los tres. “*considera que las decisiones judiciales tienen un sistema binario “o lo uno o lo otro”, le interesa más la estructura de las normas que las partes particulares del litigio, su papel en el interior del tribunal es sentar una posición moderada desde el punto de vista ideológico*”²⁶

II. El activismo judicial en materia ambiental

Varias han sido las herramientas jurídicas utilizadas por los juristas y estudiosos en derecho para intentar hacer efectiva la protección del medio ambiente, marchando en contra de preceptos jurídicos nacionales impensables a la aplicación de esta causa, e incluso de ideas sociales implantadas desde el nacimiento. Estas acciones han sido encaminadas al reconocimiento de zonas o animales como sujetos de derecho y especial protección, para su resguardo e incondicional protección.

El primer antecedente internacional de orden jurídico respecto a la protección, conservación y mantenimiento del medio ambiente, es la sentencia expedida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América respecto al caso Sierra Club Vs Morton que buscaba la protección del Mineral King Valley.

The Mineral King Valley, según la Corte Suprema es: “*un área de gran belleza natural ubicado en las Montañas de Sierra Nevada en el condado de Tulare, California, adyacente del parque Nacional de las secuoyas. Ha sido parte del Parque Nacional de las Secuoyas desde 1926*”²⁷. En el caso concreto, un reconocido club de la zona cercana al Mineral King Valley presentó ante los tribunales administrativos la herramienta jurídica del mandato para evitar que fuera aprobado el desarrollo de un extenso campo para esquiar dentro del mismo Mineral King Valley, que hacía parte del Parte Nacional de las Secuoyas.

Fundamentando el recurso presentado, la entidad que incoa la petición, no alegó que el desarrollo del campo para esquiar podría afectar al club o a sus miembros en sus actividades, sino que alegó que el proyecto podría de manera adversa cambiar la estética del área y la estética del lugar. La parte accionante se fundamentó en el artículo 10 del *Administrative Procedure Act* que hace referencia al posible daño que pueda ser causado por la ocurrencia de un hecho jurídico. El Tribunal que conoció del caso denegó el reconocimiento del mandato y profirió fallo. Por ello, el grupo Sierra Club presentó la Herramienta jurídica del Certiorati para que la Corte Suprema analizara el caso.

La Corte Suprema dejó en firme la sentencia proferida por su inferior jerárquico por cuanto la sociedad Sierra Club no demostró probados los hechos de daño a razón de una ocurrencia jurídica. La parte vital de esta sentencia radica en el salvamento de voto redactado por el magistrado Justice Douglas, caracterizado por ser la primera sentencia con tinte ambiental. Dentro de su salvamento, expone el supuesto en el que la Corte algún día podría brindarle el reconocimiento de personería jurídica

²⁶ *Ibid.*, p. 53.

²⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 405 U.S., 744, 1972.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

a zonas de importancia ecológica para resolver conflictos de este tipo, por cuanto no existían para la época rutas de solución de este tipo de conflictos.

Respecto a lo anterior, expuso el Magistrado Douglas:

“A veces los objetos inanimados son parte en un litigio. Un barco tiene una personalidad legal, una ficción de derecho que resulta útil para fines marítimos. La corporación única —una criatura del derecho eclesiástico— es un adversario aceptable y en estos casos se halla en juego grandes fortunas. La corporación ordinaria es una “persona” a los efectos de los procesos adjudicatarios, sea que represente causas económicas, espirituales, estéticas o benéficas. Lo mismo puede decirse de los valles, praderas alpinas, ríos, Lagos, estuarios, playas, colinas, bosques, arboledas, pantanos, e incluso del aire que siente las destructivas presiones de la vida y la tecnología modernas. El río, por ejemplo, es el símbolo viviente de todas las formas de vida a las que alberga o nutre: peces, insectos acuáticos, martas, nutrias, ciervos, alces, osos, y todos los demás animales, incluido el hombre, que dependen de él o lo disfrutan por la belleza de su paisaje, el sonido rumoroso de sus aguas o la vida que encierra. El río como parte demandante hablará en favor de la unidad ecológica de la vida que es parte del mismo. Las personas que tienen una relación significativa con esa extensión de agua —sea que se trate de un pescador, un remero, un zoólogo o un hachero— deben ser capaces de hablar en defensa de los valores que el río representa y que están amenazados por la destrucción. Yo no conozco Mineral King. No lo vi ni lo recorrí nunca, pero he leído algunos artículos que describen los planes de “desarrollo” propuestos... El Sierra Club alega en su demanda que “uno de los principales propósitos del Sierra club es proteger y conservar los recursos naturales de las montañas de Sierra Nevada”. El Tribunal de Distrito sostuvo que esta afirmación indiscutida convertía al Sierra Club en una parte “suficientemente agraviada” para tener derecho a entablar juicio en defensa de Mineral King. El Valle de Mineral King puede equipararse, sin duda, a otras maravillas de la Sierra Nevada... Quienes acostumbran a pescar en sus aguas, cazar en sus bosques, acampar a la sombra de sus árboles, realizar largas caminatas por sus senderos o visitarlo simplemente para sentarse a contemplar en silencio tanta maravilla son sus legítimos voceros, sea que se trate de unos pocos o de muchos. Quienes tienen esa íntima relación con el objeto inanimado que está a punto de ser dañado, contaminado o menoscabado de alguna otra manera son sus legítimos voceros.”²⁸

El magistrado Douglas sienta un “precedente sin precedentes” dentro del derecho ambiental internacional cuando plantea que las zonas como bosques, ríos y demás lugares de importancia ambiental deben tener un medio de protección; según Douglas: “Estos miembros inanimados del grupo ecológico no pueden hablar. Pero aquellas personas que visitaron con frecuencia lugar y conocen sus valores y sus bellezas podrán hacerlo en nombre de toda la comunidad ecológica”.²⁹

A raíz de este hito jurídico, varias Naciones han seguido el ejemplo de lo planteado por el Magistrado Douglas. Este es el caso de la India y de Nueva Zelanda. En el caso del país asiático, se alegó la protección jurídica del río Ganges por su importancia ambiental y cultural y su afectación por la constante contaminación del mismo. El Tribunal Superior del Estado en el que nace el río Ganges —Uttarakhand— reconoció al cuerpo hídrico como una entidad viviente y le brindó el reconocimiento de per-

²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 405 U.S., 744, 1972.

²⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 405 U.S., 753, 1972.

sona jurídica con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de una persona humana para así lograr su preservación.

En el caso del país Oceánico, el Parlamento Neozelandés llegó a un acuerdo histórico con las comunidades aborígenes Maorí para la protección del National Park Te Urewera y en la misma medida, para la protección del río Whanganui. Voceros de la comunidad Maori y del Gobierno Neozelandés realizaron una especie de tratado con fuerza vinculante para la protección de esta zona de relevancia internacional en materia ambiental, y en la misma medida, a razón de los lazos ancestrales y religiosos de las comunidades aborígenes con la montaña y los ríos que hacen parte de la zona de protección.

En Colombia también se han dado avances jurídicos ambientales, gracias al desarrollo jurisprudencial y legislativo internacional planteado *ut supra*. Para el caso concreto, se abren paso dos casos relevantes en materia ambiental. El primero de estos casos es el relacionado con la protección río Atrato en el departamento del Chocó. En el caso in examine se interpuso acción de tutela por parte del Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación de varios Consejos Comunitarios representantes de las comunidades campesinas, indígenas, afrodescendientes y mestizas que habitan en las zonas circundantes a las riberas; en contra de la Presidencia de la República y otros.

En este caso, se recurrió a la acción de tutela para:

*“...Detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada –dragas y retroexcavadoras– y sustancias altamente tóxicas –como el mercurio– en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, que se han venido intensificando desde hace varios años y que están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan”.*³⁰

La parte accionante busca que la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes y que como consecuencia de lo anterior, se emitan una serie de órdenes y medida que permitan articular soluciones estructurales ante la grave crisis en materia de salud, socio-ambiental, ecológica y humanitaria que han vivido los pobladores de la cuenca, afluentes y territorios aledaños al río Atrato. Para determinar los supuestos daños ambientales expuestos en el Líbello Genitor, la Corte Constitucional decretó y realizó inspección judicial con un grupo de expertos en la zona, acompañada de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo.

Realizada la Inspección judicial, la Corte Constitucional pudo determinar que:

“El impacto de la minería ilegal en el río es tan fuerte, que hoy es prácticamente imposible determinar el cauce original que alguna vez tuvo el río, sus brazos y sus afluentes, junto a lo que se puede apreciar un crecimiento considerable de zonas deforestadas, dado que la minería ilegal se desarrolla

³⁰ Corte Constitucional, Colombia T- 622, p. 9.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

*tanto en los ríos –minería aluvial– como en tierra –minería de veta a cielo abierto–, explotaciones que sumadas producen graves procesos de deforestación”.*³¹

Argumenta lo anterior diciendo que:

*“Una importante razón para afirmar lo anterior es que las actividades de minería ilegal, aparte de utilizar maquinaria pesada –que transforma y destruye por completo todo a su paso–, también emplean indiscriminadamente sustancias químicas altamente tóxicas como el mercurio que, como se ha visto en los informes ampliamente reseñados a lo largo de esta providencia,³² tienen la potencialidad de afectar la vida y la salud de las poblaciones humanas, así como el medio ambiente y su biodiversidad”.*³³

Es por lo anteriormente expuesto que se comprobó la grave vulneración de los derechos a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños en el marco de lo que se denominó por la Corte como “El Chocó Biogeográfico”. Es por ello, que la Corte decidió: “Se reconocerá al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”.³⁴

Esta sentencia de la Corte Constitucional tiene una relevancia jurídica no solo a nivel nacional –Revestida con un efecto inter comunis– sino también a nivel internacional para brindarle al mundo un precedente ambiental sobre el reconocimiento como de sujeto de derechos a un cuerpo hídrico en específico. Esto, a futuro, permitirá que varios países, entre ellos, la República de Colombia, conviertan en un mandato legal el reconocimiento y la protección de zonas de relevancia ambiental para así, de una manera puntual, evitar el detrimento del entorno en el que se desarrolla la humanidad.

Otro punto jurisprudencial reciente en materia ambiental colombiana y de importancia mundial, es el reflejado dentro de la sentencia expedida este año por la Corte Suprema de Justicia referente a la protección de la Amazonía Colombiana. En este caso, un grupo de 25 personas, entre los que se encontraban niñas, niños, adolescentes y jóvenes adultos entre la edad de 7 y 25 años que habitan en las principales ciudades del país con el mayor riesgo de contaminación a causa del cambio climático solicitaron por medio de la acción de tutela la protección efectiva y razonable de los derechos a la vida, la salud y a gozar de un ambiente sano.

Dentro de este estudio realizado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,³⁵ se relacionaron los derechos constitucionales de vital importancia con la protección del medio ambiente y la protección de la Amazonía por cuanto:

³¹ *Ibid.*, p. 138.

³² *Ibid.*, p. 138. Capítulo 7 fundamentos 7.26 a 7.31; y fundamento 9.14.

³³ *Ibid.*, p. 138.

³⁴ *Ibid.*, p. 159.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, p. 13.

“La conservación de la Amazonía es una obligación nacional y global, se trata del principal eje ambiental existente en el planeta, por tal motivo se le ha catalogado como el “pulmón del mundo”.

Al respecto, señala la Sala de Casación civil que:

“En virtud de lo discurrido, puede predicarse, los derechos fundamentales de la vida, la salud, el mínimo vital, la libertad y la dignidad humana están ligados sustancialmente y determinados por el entorno y el ecosistema. Sin ambiente sano los sujetos de derecho y los seres sintientes en general no podremos sobrevivir, ni mucho menos resguardar esos derechos, para nuestros hijos ni para las generaciones venideras. Tampoco podrá garantizarse la existencia de la familia, de la sociedad o del propio Estado”.³⁶

Es por ello, y por el precedente jurisprudencial de la protección del río Atrato que la Corte decidió:

“...en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, “Sujeto de derechos”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran”.³⁷

Siguiendo estos postulados jurisprudenciales, se puede evidenciar la manera en cómo el derecho ha configurado una ruta de apoyo, encaminada a la protección y cuidado de las zonas con alto impacto ambiental amenazadas por diversos agentes –Minería, deforestación, contaminación con agentes químicos, etc.– que no solo afectan un punto o territorio específico sino que, en la misma medida, atañen a toda la humanidad. Al darse estos precedentes jurisprudenciales dignos de amplio estudio, surgen dudas subsidiarias al respecto. Una de ellas es la siguiente: Si se reconoce montañas, ríos y territorios geográficos como sujetos de derecho de especial protección ¿Puede reconocerse a un ser sintiente no humano como tal? En la misma medida surgiría la pregunta de: Al darle el reconocimiento a los animales de “Sujetos de derechos” ¿Tendrían los mismos derechos y deberes que los seres humanos? Estos interrogantes trataran de tener respuesta a continuación plasmando una serie de casos que tratan el tema concreto.

La primera vez que se reconoció a un animal como sujeto de derechos en el mundo, esto fue en el año 2005, a razón de lo ocurrido dentro del Zoológico de Salvador, en Bahía, Brasil. En este recinto se encontraba retenida una Chimpancé bautizada como “Suiza” de que durante 23 años la mantuvieron aislada en condiciones deplorables para un animal de su especie. Fue entonces que el profesor Herón Santana impetró un habeas corpus a su favor, siendo este reconocido por el Estado Brasileño. Este caso fue hito por cuanto permitió reconocerle la categoría de “animal sintiente y sujeto de especial protección” a un animal. Esta categoría, permitió que dentro de Latinoamérica se desarrollaran precedentes jurisprudenciales reflejando el uso de herramientas jurídicas para la liberación o mejora de condiciones de animales en cautiverio.

³⁶ *Ibid.*, p. 6.

³⁷ *Ibid.*, p. 19.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

En el año 2015, en Argentina se dio el primer caso de reconocimiento de derechos y deberes a un animal. Esto se dio con la presentación de una acción de amparo por parte de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros en contra del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la misma ciudad. Las acusaciones que fundamentan la acción señalan que el Zoológico mencionado mantiene de manera ilegal y arbitraria violando el derecho a la libertad ambulatoria, a no ser considerada un objeto o cosa susceptible de propiedad y el derecho a no sufrir ningún daño físico o psíquico que titulariza como persona no humana y sujeto de derecho a la Orangutana Sandra.

El Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determinó que:

“Todo modo de clasificar y categorizar el mundo, es una construcción social. Y dichos modos de clasificación responden a una manera particular de apropiarse de la realidad.

*Es decir que la decisión de lo que es considerado superior y lo que es considerado inferior, quién o qué debe tener derechos y quién o qué no, es una construcción social, no es algo dado por la naturaleza. Su establecimiento responde a un proceso histórico, científico, social por lo cual se han seleccionado y limitado ciertos sentidos y descartado otros para construirlas como tales. Por lo tanto, lejos de ser “naturales” homogéneas y estáticas, las categorías son “inherentemente” dinámicas, heterogéneas y cambiantes de acuerdo al contexto social que las ha producido. Las modificaciones que puedan sufrir determinadas categorías a lo largo de un período socio-histórico (enfoque diacrónico), y el hecho de que una misma categoría puede ser conceptualizada de diferente manera en un mismo período según diferentes sociedades o grupos sociales”.*³⁸

Igualmente plantea que:

“Entender y darse cuenta que los modos categorizar y clasificar encierran relaciones de poder específicas, que a su vez pueden provocar relaciones de desigualdad, dominación y sometimiento de seres vivientes, nos permitirá la posibilidad de cambiar ciertos modos de ver y actuar sobre nuestra vida cotidiana y sobre la vida de los otros humanos y no humanos.

*Por lo anteriormente expuesto, y analizando las condiciones deplorables en las que se desarrolló el cautiverio de “Sandra”, el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires decidió tutelar los derechos arriba especificados ut supra, dejando en firme que: “la orangutana Sandra tiene derecho a no ser sometida a malos tratos o actos de crueldad ni que ocurran conductas humanas abusivas a su respecto”.*³⁹

Sentando precedente con este trascendental fallo, se discutió en el año de 2016 un tema similar en la Ciudad de Mendoza, Argentina. El asunto a discutir fue sobre la procedencia de la acción del habeas corpus para salvaguardar la vida de una Chimpancé.

La figura jurídica fue presentada por la A.F.A.D.A. en favor de la Chimpancé Cecilia en contra de las autoridades del Zoológico de la Ciudad de Mendoza, Argentina. El Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza plantea el sustento fáctico así:

³⁸ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 10.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, p. 11.

*“Se encuentra viviendo en condiciones deplorables, en una jaula con piso y muros de cemento, extremadamente pequeña para un animal no humano de esa especie con un muy reducido habitáculo. Que no cuenta siquiera con mantas o paja para acostarse, en la cual pueda resguardarse de las inclemencias del tiempo o del propio viento, a lo que los chimpancés le tiene mucho miedo, o de los ruidos y los gritos de las constantes visitas escolares y a público en general que visitan ese establecimiento y de los elementos que a esta le lanzan como mero ‘objeto de burlas’”.*⁴⁰

El peticionario fundamenta el habeas corpus presentado arguyendo que:

*“...Cecilia tampoco ha cometido delito algún para estar padeciendo un sufrimiento innecesario de esta naturaleza, en una situación de confinamiento extremo que no es otra cosa que un encierro ilegítimo e injustificado de un ser sintiente, que no es una cosa y no debe ser tratada como tal, y sin que dicho encierro haya sido ordenado por una autoridad competente –juez–”.*⁴¹

En el caso concreto, los accionantes utilizaron la figura del habeas corpus, por cuanto busca la protección de la libertad corporal ilegalmente restringida, así como también la corrección en las formas o condiciones en que se cumplen las detenciones de una persona. Al configurarse pues, una privación de la libertad corporal de manera ilegal en el caso de Cecilia, es necesario recubrir a los mismos con ciertos derechos específicos para cumplir los mandamientos que conllevan la aplicación de la figura jurídica en el caso concreto.

Por la complejidad del caso, y al no existir precedente de la aplicación de la figura del Habeas corpus para proteger a un animal, se determinó que:

“Dado que ni la regulación procesal de la provincia ni la ley nacional alguna contemplan específicamente una vía procesal para evaluar la situación de animales en estado de encierro en establecimientos zoológicos o de cualquier condición de encierro en contrario a las necesidades básicas y al hábitat natural del animal de que se trate, considero que la acción de habeas corpus es la vía procedente ajustándose la interpretación y la decisión que recaiga a la situación específica de un animal privado de sus derechos esenciales en tanto éstos están representados por las necesidades y condiciones esenciales de la existencia del animal en cuyo favor se acciona.

*Así las cosas, la acción de habeas corpus, en el caso que no ocupa, ha de ajustarse estrictamente a preservar el derecho de Cecilia a vivir en un medio ambiente y en las condiciones propias de su especie”.*⁴²

Así, el Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza determinó: *“Declarar a la chimpancé Cecilia, actualmente alojada en el zoológico de la Provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano”.*⁴³ Y así, decretó realizar con prontitud el traslado de la Chimpancé Cecilia al santuario solicitado por el peticionario –Ubicado en Brasil– realizando dicha actividad en conjunto con las autoridades del país previamente mencionado.

⁴⁰ Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza, p. 2.

⁴¹ Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza, p. 4.

⁴² *Ibid.*, p. 44.

⁴³ *Ibid.*, p. 44.

III. Breves reflexiones

El activismo judicial como parte del nuevo derecho permite que los jueces utilicen un campo de acción más amplio en miras de la protección de los derechos fundamentales de una manera más extensa y sin restricciones normativas, buscando el cumplimiento de los fines del Estado pero desde el punto de vista humano, ensanchando su espectro al tema ambiental donde hay mucho campo por recorrer, mucho que enseñar y demasiadas cosas por exigirle a la humanidad.

Planteados estos escenarios jurídicos dentro del campo ambiental, se puede evidenciar la manera en como, poco a poco ha venido evolucionando, no solo el pensamiento de nuestras sociedades cosmopolitas, sino que, también los escenarios jurídicos de solución de conflictos y creación de rutas para finiquitar o por lo menos pormenorizar los problemas de carácter ambiental.

El medio ambiente y los animales no deben pasar por procesos destructivos o de esclavitud animal para llegar al reconocimiento de sujetos de derecho, sino que, debería legislarse puntualmente sobre el tema y en la misma medida, es necesario reforzar la actividad de los entes gubernamentales para que cumplan a cabalidad con las obligaciones impuestas por el gobierno central. Sin que esto ocurra, será prácticamente imposible cumplir con la reducción del daño ecológico ambiental, y en últimas, se le estaría dando la espalda a las generaciones venideras.

Con el paradigma ambiental el interés individual no tiene preponderancia ya que nos demarca es un conflicto donde se afecta a un bien común y se evidencia interés general. En todo caso los derechos subjetivos deben ser revisados, vistos o analizados desde un punto de vista que no vaya en contravía con la protección ambiental.

El paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro y está dispuesto a limitar los derechos individuales. En su método, transita un camino inverso a los anteriores, ya que parte de lo colectivo para llegar a lo individual. Por ello el paradigma ambiental también opera.

El desarrollo jurisprudencial a través de las sentencias en donde el reconocimiento del río Atrato, del Amazonas, del río Ganges, del National Park Te Urewera, del río Whanganui, la chimpancé Suiza, la orangután Sandra como verdaderos sujetos derechos y de especial protección, nos permiten ver como los jueces y las altas Cortes constitucionales han dado un gran paso en reconocerles este status en razón que todos los seres humanos los debemos claramente proteger, obviamente con la implementación de políticas públicas de cada uno de los Estados que permitan cumplir dichos mandatos y no dejar que se conviertan en letra muerta e inaplicable.

Con las anteriores sentencias se puede evidenciar la necesidad de reconocer la importancia de proteger el medio ambiente por medio de la normativización que plasme verdaderamente las exigencias del mundo moderno que aboga por un menor impacto ambiental.

Bibliografía

- Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona 1994.
- Andrade Sánchez, Eduardo. *Teoría general del estado*. 2ª ed. México: Oxford, 2003,
- Alzate, Francisco J. (2006) Fundamentos de sociología jurídica. Colección textos universitarios. 2006.
- Bazán, Víctor (2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. Revista Derecho del Estado No. 20 Diciembre de 2007. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2011.
- Castro, María (2011). Decretos, leyes y jurisdicción constitucional. Estudios comparados. Ediciones Universidad Salamanca.
- Díaz Vásquez, Rocio. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. Justicia Juris.
- Grau, Luis. El Constitucionalismo americano. Universidad Carlos de Madrid. 2011.
- López Medina, Diego Eduardo (2002). El derecho de los jueces. 2ª ed. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes.
- Maraniello Patricio. El activismo Judicial un instrumento de Protección Constitucional. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>
- Moreso, José (2003) Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. Universitat Pompeu Fabra Barcelona.
- Ocampo, Javier (2008) Independencia y estado nación en Historia de las ideas políticas en Colombia. Ediciones Taurus. Colombia.
- Regis De Castro Andrade (1994). Introducción al pensamiento democrático contemporáneo: sus orígenes y desarrollo. Escuela de liderazgo democrático. Editorial Gazeta Ltda. Bogotá. Colombia.
- Rozo Acuña, Eduardo. (2006) Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Santiago, Alfonso (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del Neoconstitucionalismo. Dikakon Año 22 - Núm. 17, 131-155 - Chía, Colombia - diciembre 2008, p. 135.
- Velandia, Eduardo (2011). Derecho constitucional convencionalizado y justicia constitucional. Ed. Nueva Jurídica Bogotá.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-622. M.P. Palacio, J. Relatoría de la Corte. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia STC-4360. M.P. Tolosa, A. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_c947ae53aeb447bd91e8e9a315311ac5

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2015) EXPTE. A2174-2015/0. Recuperado de <http://www.camoron.org.ar/src/download.php?adjunto=23102015.0.zip&PHPSESSID=b2f2086d939a8798f0317c12cc845312>

PoderJudicialde la Ciudad de Mendoza (2016). EXPTE. NRO. P-72.254/15. Recuperado de <http://www.projetogap.org.br/wp-content/uploads/2016/11/329931683-habeas-corpus-cecilia.pdf>

Justia US Supreme Court. (s.f) Sierra Club V. Morton, 405 U.S. 727 (1972) Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>

<http://dle.rae.es/?id=0cj11pS>

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/positivismo-juridico-dejen-que-herede-palmer.pdf>

El impacto de los Pactos Nacionales e Internacionales y el cambio de paradigma jurídico de los Animales no Humanos

Hugo Zaragoza¹

Introducción

Los animales tienen en nuestro sistema jurídico, la consideración de COSAS, es decir, de ser un objeto de derecho y no un sujeto de derecho.

La palabra COSA (RES) aplicada a los animales tiene su origen en el Derecho Romano. RES indicaba todo aquello que puede ser objeto de derechos y sea susceptible de apreciación económica. Los animales estaban comprendidos en la categoría de cosa mueble semoviente (*res mobiles se moventes*), es decir, que se pueden mover o trasladar de un lado a otro por sus propios medios. Esta misma categoría se aplicaba para los esclavos.

Al día de hoy, en pleno siglo XXI, seguimos insistiendo sobre la naturaleza de “cosa” de los animales. El Diccionario de la Real Academia Española, afirma que Cosa es f. Objeto inanimado, por oposición a ser viviente. Dada esta definición parece incomprensible que aun sigamos insistiendo en ello. Nada es más alejado de la realidad, por lo que entiendo hay dos posturas para poder sostener esto en la actualidad, o bien somos menos inteligentes de lo que creemos, o, somos rehenes de unos pocos que sacan provecho de este atentado a la verdad.

El ordenamiento jurídico es cómplice de esta situación, pero se ha iniciado un camino de descosificación² de los animales. Ha comenzado en el Continente Europeo, principalmente en el Reino Unido y se ha ido extendiendo por distantes partes del mundo, tanto en ámbito del derecho penal como el civil. Es un camino que ha comenzado tíbiamente pero que con seguridad culminará con el efectivo reconocimiento de los animales como sujetos de derechos.

a. ABUSUS

El Derecho Romano fue el primero en incluir a los animales dentro del ordenamiento jurídico, y significó un cambio respecto a otras sociedades en donde los animales y los esclavos existían, pero fuera de la realidad jurídica. Se incorpora de este modo a los animales en el Derecho, como COSAS susceptible de propiedad.

¹ huzaragoza@yahoo.com.ar

² La Descosificación de los animales. Teresa Giménez-Candela.

IV. Pactos Nacionales e Internacionales y los sujetos de derecho no humano. Derecho animal

El derecho Romano consideraba al derecho de propiedad como *exclusivo*,³ *absoluto*⁴ y *perpetuo*.⁵ Había Plena Propiedad sobre una cosa cuando se ejercían los 3 derechos:

- el *usus* (derecho a usar la propiedad),
- el *fructus* (derecho a disponer de sus frutos) y
- el *abusus* (derecho de modificar, vender o destruir el objeto o cosa).

Este legado del Derecho Romano se disemina, a través de la Codificación napoleónica,⁶ al mundo jurídico actual. El Derecho se ha ocupado de los animales dentro del concepto de pertenencia a las cosas y por tanto objeto de derecho.

La principal fuente de inspiración para sostener estos derechos absolutos sobre los animales fue la doctrina de René Descartes,⁷ que los consideraba como máquinas vivientes, “*machina animata*” sin sentimientos ni sufrimientos, y por tanto sin límites respecto a ellos en su uso y abuso. Sostenía que los animales no tienen alma como los seres humanos, sólo cuerpo determinado por el ambiente y reducido a leyes mecánicas.

b. SINTIENCIA

La cuestión de la propiedad y el dominio sobre los animales, ha sido pacífica e indiscutida durante siglos. Hubo sí múltiples voces que surgieron principalmente desde la filosofía, que luego se trasladaron al ámbito político y social, que comenzaron a cuestionar el abuso del derecho de propiedad hacia los animales, teniendo en cuenta que no era posible sostener la asimilación de los animales con las máquinas.

Uno de ellos fue el filósofo alemán Immanuel Kant,⁸ que a pesar de aceptar que los animales son seres sensibles, no existía una obligación directa hacia ellos, sino una obligación indirecta, a fin de evitar que un comportamiento cruel para con los animales pueda trasladarse, en el futuro, hacia el ser humano. De esta forma se acepta lo evidente... ¡los animales sienten!, pero no hay ninguna obligación directa hacia ellos. Esta doctrina antropocéntrica de obligaciones indirectas, continúan siendo sostenidas por quienes amparan la explotación de los animales no humanos.

En oposición encontramos al filósofo Jeremy Benthan que sostenía que la *capacidad de sentir* de los animales, es la única característica necesaria para tener significación moral. De esta forma tenemos la obligación directa de no causar daño a los animales ya que sus intereses son significativos.

³ No era posible concebir una simultaneidad en la titularidad de dos o más personas sobre el mismo objeto o cosa.

⁴ Todas las potestades del titular eran infinitas e indeterminadas.

⁵ No se extinguía por el no ejercicio, ni tampoco llevaba implícita una causal de extinción específica.

⁶ Se promulgó el 21 de Marzo de 1804, Llamado también “la Constitución Civil de los franceses”, es la base de todo el Derecho Civil de Francia.

⁷ Filósofo, matemático y físico francés. (1596-1650).

⁸ Es considerado como uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna y de la filosofía universal. (1724-1804).

Tomar conciencia y reconocer que los animales sienten y sufren, movilizó a las personas a constituirse en Sociedades para combatir la crueldad contra ellos. La primera Sociedad Protectora de animales nace en Inglaterra en el año 1824, cuando se fundó la Real Sociedad para la Prevención de la Crueldad contra los Animales –RSPCA– (*The Royal Society for the prevention of Cruelty to Animals*).⁹ Su influencia logró la sanción de numerosas leyes “animalistas”,¹⁰ con las que consiguieron procesar y sancionar a infractores por crueldad hacia los animales.

Surge así la doctrina del bienestarismo animal, que intenta mejorar las condiciones de vida de los animales sometidos a su explotación. En oposición se encuentran los llamados “defensores de los derechos de los animales” en donde se brega por el fin de la explotación.

La creación del término “Bienestar Animal” (Animal Welfare), proviene de Inglaterra, y se aplica a través de las llamadas cinco libertades, que fueron publicadas en 1965 y describen el derecho al bienestar que tienen los animales encontrándose bajo el control del humano.

Son:

- libre de hambre, sed y desnutrición;
- libre de miedos y angustias;
- libre de incomodidades físicas o térmicas
- libre de dolor, lesiones o enfermedades; y
- libre para expresar las pautas propias de comportamiento.

c. ESTATUTO DE LOS ANIMALES EN EL DERECHO CIVIL

1. La “No Cosa”

El primer reconocimiento a la sintiencia animal se conoció por la aprobación del Protocolo N° 33 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre la protección y el bienestar de los animales en el año 1997. Se estableció que: “LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES, DESEANDO garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles (...)”.

Tal reconocimiento fue de escaso valor jurídico, hasta que en el año 2009 alcanza pleno valor como principio general y constitucional de Derecho de la Unión Europea,¹¹

⁹ El miembro fundador de la RSPCA fue el abogado y pionero del vegetarianismo Lewis Gompertz (1779-1865).

¹⁰ La primera ley sancionada por el Parlamento del Reino Unido con el objeto de proteger a los animales, fue sancionada en 1822 y se denominó Ley de Tratamiento Cruel del Ganado, y penaba el tratamiento cruel sólo del ganado. Ya en 1835 se modificó la ley para incluir (como ganado) a los toros, perros, osos y ovejas, y para prohibir el hostigamiento de osos y las peleas de gallos

¹¹ Un ejemplo de las políticas de la UE, dictadas bajo el paradigma de la sintiencia animal, es la Directiva 2003/15/CE[19], referente a la experimentación animal, que se reflejó en la Directiva 76/768/CEE[20], por la que se prohíbe la experimentación con animales para productos cosméticos (“testingban”).

ya que se estipula en artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) el deber de tener plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar animal, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional. Asimismo, obliga también a los Estados miembros de la Unión Europea a adaptar sus legislaciones al nuevo criterio.

Los primeros países en cambiar sus Códigos Civiles para modificar el estatus jurídico de los animales fueron Austria, Alemania y Suiza. Optan por realizar la fórmula en forma negativa: Los animales *NO SON COSAS*.

▪ **AUSTRIA**

El primero en hacerlo fue Austria en 1988, estableciendo que los animales no son cosas, que están protegidos por las leyes y que las disposiciones referidas a las cosas se les aplican sólo en caso de no existir otra previsión diferente

▪ **ALEMANIA**

El segundo fue Alemania en 1990, afirmando que los animales no son cosas, que están protegidos por leyes especiales y que sólo se les aplicarán las disposiciones de cosas con carácter supletorio.

▪ **SUIZA**

El tercer país en reformar su Código Civil fue Suiza en 2003, reconociendo nuevamente que los animales no son cosas, y que están protegidos por su legislación especial. Consagrado en el Artículo 641 del Código Civil Suizo.

2. Seres Vivientes Dotados de Sensibilidad

Lejos de considerar a los animales como sujetos de derecho, la tendencia actual es reconocer expresamente que los animales son seres dotados de sensibilidad. Así lo hacen en Francia, Portugal, España etc.

▪ **FRANCIA**

Reformó su Código Civil en el 2015 incorporando un nuevo artículo 515-14, que dispone: “Los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”.¹²

▪ **PORTUGAL**

Modificó su Código Civil en el 2017 reconociéndolos como seres sensibles, entre otras medidas de protección.

▪ **ESPAÑA**

En diciembre el 2017, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la toma en consideración (esto es, el inicio de la tramitación) de una proposición de ley

¹² Asimismo, la ley reformó los arts. 522, 524, 528, 533, 564, 2500 y 2501 del Código Civil señalando en cada caso que los animales no son cosas; aunque sujetos al régimen de los bienes.

de reforma del Código Civil para reconocer a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, en lugar de cosas o bienes muebles. Actualmente la tramitación parlamentaria sigue su curso y se encuentra en fase de enmiendas

Fuera del continente europeo, otros países como Canadá, Nueva Zelanda o Colombia también han reconocido en sus legislaciones a los animales (todos ellos) como seres sintientes (sentientbeings).

▪ CANADÁ

El Código Civil del Québec incorpora un nuevo artículo 898.1: que establece: «Los animales no son bienes. Son seres dotados de sensibilidad y tienen necesidades biológicas. Además de las disposiciones de leyes particulares que los protegen, las disposiciones del presente código y de cualquier otra ley relativa a los bienes les son de ahora en adelante, aplicables»

Mientras tanto en ARGENTINA, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) no modificó la situación de los animales, considerando que son cosas. Así el art. 227 se refiere expresamente a los semovientes, al disponer: “Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”.

A modo de conclusión

Desde el Derecho Romano hasta la actualidad hemos avanzado muy poco en el reconocimiento del estatus jurídico que les correspondería a los animales no humanos. La afirmación de la sintiencia animal en los textos legales no tiene el efecto de dotar a los animales de derechos concretos, ya que las disposiciones legislativas relacionadas a los bienes siguen siendo aplicables a los animales.

Por su parte la Ciencia deja obsoleta la discusión de animal-cosa, ya que hoy en día existen datos concluyentes de la comunidad científica que reconocen que los animales tienen sensibilidad, y sobre todo conciencia. Están dotados de capacidad para sentir, para experimentar sensaciones, transmitir emociones y estados de ánimo, también para experimentar dolor físico y sufrimiento, pero también placer y diversión.

Es una necesidad social y jurídica que Argentina actualizase su legislación civil para que los animales dejen de ser considerados meros objetos de propiedad y se reconozca su condición de ser viviente dotado de sensibilidad. Podría esperarse una mejora de la legislación tanto constitucional, penal, civil y administrativa, promoviendo reformas legales necesarias acordes a su naturaleza.

El reconocimiento legal de la sintiencia de los animales es sólo un inicio en el largo camino hacia el cambio de estatus jurídico de los animales. La falta de competencia «intelectual»¹³ no es parámetro para negarles su condición de seres con intereses propios y titulares de derechos.

¹³ Joel Feinberg. Ensayo «Los derechos de los animales y las generaciones futuras. 1974.

CAPÍTULO V

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

Reflexões sobre os avanços legais do direito á educação: A busca da mudança pedagógica para os controversos reflexos na aplicação efetiva e ética do saber jurídico

*Ricardo Aparecido de Souto¹
Raquel Cristina Ferraroni Sanchez²*

Introdução

Em grande parte do mundo, quase que por todos os povos é apreciado o tema sobre a importância da educação das civilizações na história humana e, em consenso indelével que a educação é a melhor e mais eficaz meio da emancipação dos homens.

A justificativa da produção do trabalho relacionado a este tema é oriunda da experiência prática presenciada nos últimos anos no exercício da advocacia em audiências em tribunais brasileiro, que resultou no trabalho de pesquisa apresentado no Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, oIV Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, em que foi constatado a necessidade

¹ Advogado. Mestrando em Direito (UNIVEM). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Concluiu com êxitos, conceito (A) o crédito em Retórica e Direito Internacional no Mestrado em Direito Internacional (USP-SP). Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB-Londrina. Ordem dos Advogados do Brasil e estatutário da Universidade Estadual de Londrina. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC). Membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). Membro do grupo de pesquisa INTERVEPES (UENP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucional, internacional, asilo político, acessibilidade, autonomia e defesa do deficiente, participou como palestrante e conferencista em eventos jurídicos no Brasil e América Latina, com publicações nacionais e internacionais. (ricardo.soutoadvocacia@gmail.com)

² Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Mestrado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Doutorado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente, é Coordenadora da Seção de Avaliação Institucional, Docente do Programa de Mestrado em Direito, Docente dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu e stricto sensu e Pró-reitora de Graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Avaliação Institucional e de Aprendizagem e em Didática do Ensino Jurídico, atuando, também, nos seguintes temas: processos de aprendizagem, projetos pedagógicos e gestão acadêmica. (raquel@univem.edu.br). Homepage: <http://univem.edu.br>

do aprofundamento da pesquisa voltada a dinâmica do ensino jurídico como instrumento relevante para o reflexo da lidima justiça.

Ainda que, em muitas áreas do conhecimento se pesquisou a importância da educação, no âmbito jurídico a importância dada até um passado recente somente foi abordada na perspectiva normativa, do direito a educação, do direito a ter direitos, e afins, mas qual educação? educação por resultados humanos, financeiros, éticos, ou apenas normatividades regulatória e abstratas?

Para explicar a importância da aplicação de uma dinâmica moderna, dialógica, na busca da construção do saber com fulcro da real eficácia jurídica com base ética passamos a expor os avanços constitucionais-legais no Brasil, as dificuldades internas na própria produção do saber jurídico, a importância do avanço de técnicas pedagógicas para o melhoramento da formação dos futuros profissionais, e metodologia necessária para a evolução do desempenho da educação jurídica, e finalizar com reflexões e a urgência de trabalhar um ensino jurídico que prepare profissionais além de técnicos, sejam éticos e humanísticos.

Há uma tendência da dialética jurídica com as mais variadas fontes do conhecimento, tanto justificada na hermenêutica constitucional como nos pactos internacionais voltados a proteção dos indivíduos, pela necessidade da efetividade do direito num mundo muito dinâmico, nos dias atuais o homem é cidadão do mundo, as experiências, a globalização, as instabilidades econômicas, políticas e anseios sociais tende a exigir essa conversação mais rápida e reiterada, não devendo ser deixada portanto toda essa responsabilidade de transformação ao direito em si, senão na forma de como é ensinado nas faculdades de direito.

É por isso que o presente escrito busca estabelecer a importância do direito à educação no ordenamento constitucional e internacional, e sua relação com o ensino jurídico permitindo identificar as falências, com a finalidade de propor mudanças necessárias que permitam inserir uma pedagogia de dialogicidade e valoração tridimensional, que programe como tendência no ensino jurídico a construção de sistemas de ponderação capazes de transcender fronteiras.

I. Reflexões e evoluções normativas sobre o direito à educação no Brasil

Para que o ser humano possa usufruir da igualdade de oportunidades dentro da nossa sociedade ele tem que passar pelo processo educacional que na visão de muitos teóricos das mais diversas áreas do conhecimento, tanto do direito como da educação ressaltam que a cidadania se dá quando a pessoa compreende o que está acontecendo e se sente parte da sociedade vigente, desta forma o processo educacional se constitui como um importante meio de acesso aos bens culturais e um caminho para a emancipação dos sujeitos, pois é por meio dele que adquirimos conhecimentos necessários para melhor participar, buscar a efetivação profícua da justiça social, de modo autônomo e consciente, nos diferentes espaços sociais e políticos e também no mundo profissional.

A discussão sobre garantia de direito a educação nos dias de hoje se torna fundamental porque, diante a globalização no qual o processo de informação célere e dinâmico constata-se que a educação é de unívoco fundamento, precipuamente para emancipação, crescimento evolutivo e sustentável para a sociedade.

A educação escolar é fundamental para o processo de cidadania, desta forma os países do mundo na sua maioria garantem em seus textos legais o direito à educação básica, não obstante, deve ser tutelado pela constituição como garantia devido à necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana com formação do cidadão intelecto, esclarecido, profissional, para a proteção da família, o crescimento econômico, cultural e social da nação, no Estado Democrático de Direito, sobretudo na preservação dos direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, gradativamente, o direito à ter direito educacional acadêmico como expressa Cury³ ganhou espaço, sendo reconhecido e tendo garantido o seu acesso aos cidadãos por meio de documentos legais, muitos dos quais de caráter internacional, assinado por países da Organização das Nações Unidas, como é o caso do artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual expressa que todo cidadão tem direito à educação, que, está por sua vez, visa ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Para Zulmar Fachim⁴ o direito de garantia à educação é de importância tal de direito fundamental tutelado, sobretudo no âmbito do direito constitucional. Não se deve olvidar o lembrado por Pedro Lenza⁵ que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família preparando o homem na formação do cidadão preparado para o mercado de trabalho; e o mesmo cita a súmula vinculante n.12/STF, que no qual diz sobre caso que vem acontecendo nas universidades públicas que viola o disposto constitucional art. 206, IV, da Constituição Federal de 1988. No qual se trata da proibição da cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas.

A educação e a cidadania caminham juntas, pois, Segundo MARSHAL⁶ “a educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil” e, assim, um pressuposto básico para o exercício de outros direitos. A garantia de direito à educação, é dever do Estado, isto é, instituído por lei, no qual o mesmo tem que garantir o acesso de todos por meio de gratuidade.

O Brasil foi o primeiro estado-membro do Mercosul a constitucionalizar a garantia do direito à educação. A constituição Imperial brasileira de 1824 e a republicana

³ CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n.116, pp. 245-262, jul. 2002a.

⁴ FACHIM, Zulmar. Curso de Direito Constitucional - 6.ed. rev. e atual.-Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 17.

⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 758.

⁶ MARSHAL, T. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

de 1891 conforme os ensinamentos de Cury⁷ afirmam o direito de todos à educação, constituições já muito avançadas à sua época, embora a realidade ainda inepta, pois somente em 1934, que ela declara pela primeira vez no seu artigo Art. 140: “A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos”.

A Constituição Federal proclama conforme Moraes⁸ que a educação é direito de todos e dever do estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Assim como previsto na constituição anterior, é competência privativa da união legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art.22, XXIV).

Foi somente na Constituição Brasileira (CRFB) de 1988 que a temática educação ganha força estando presente em 22 artigos ao longo do texto constitucional seja de forma direta ou indireta além de possuir 4 artigos na (ADCT) ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Estando presente o direito a educação no texto constitucional como direitos sociais abordado no artigo 6. Contudo é no artigo 205 da Carta que encontramos a sua finalidade e a afirmação deste direito.

Em relação à obrigatoriedade e a gratuidade do ensino educacional pode se verificar que a mesma vem sofrendo modificações constitucionais no decorrer de quinze anos. O texto original previa um ensino gratuito e obrigatório para os alunos do antigo nível fundamental que englobava as crianças de sete a quatorze anos. Enquanto que a universalização do ensino médio gratuito, voltado para os alunos entre quinze e dezessete foi contemplada na emenda Constitucional de 14/96.

A Emenda Constitucional de 53/06 dá respaldo para assistência a educação gratuita para as crianças desde o nascimento até os cinco anos de idade, em creches e pré-escolas tanto para a população da área rural como a urbana. (BRASIL, Constituição Federal de 1988. Emenda Constitucional 53/2006). Mas o grande avanço ocorreu com a aprovação da Emenda Constitucional 59/09 aprovada no dia 11 de novembro de 2009, que alterou o artigo 208 incisos I, estabelecendo a obrigatoriedade e gratuidade do ensino entre os quatro aos dezessete anos de idade, o que corresponde à educação infantil ao ensino médio.

O desenvolvimento do ensino fundamental no Brasil alcançou largos passos quase chegando à universalização, mas o foco é da educação básica, no qual a constituição prevê que é dever do Estado criar medidas que combatam a evasão escolar, assim como o investimento em material didático, alimentação, assistência à saúde e transporte. O não oferecimento, ou a oferta irregular do serviço educacional a responsabilidade cai sobre a autoridade pública competente, ou seja, o respaldo jurídico concentrado na educação básica.

⁷ CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Baía e FÁVERO, Osmar. A relação educação-sociedade-estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (org.) A educação nas constituintes brasileiras - 1823-1988. Campinas: Autores Associados, 1996. In: DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo, p. 444.

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional.-24. Ed. - São Paulo: Atlas, 2009, p. 828.

Vale lembrar que a descentralização das políticas educacionais é um fato no Brasil, pois estamos pautados na autonomia dos federados. Contudo a constituição alega a competência da União no sentido de criar diretrizes que serviram de base para educação nacional, prevendo que os federados têm que proporcionar os meios de acesso à educação, ciência e cultura.

A legislação vigente dividiu a prestação de serviços educacionais conforme atuações prioritárias. A CRFB no seu artigo 211, coloca que cabe aos municípios atuarem de forma prioritária na prestação de serviços educacionais dos níveis infantil e fundamental com o apoio tanto financeiro como técnico dos demais federados já os Estados e o Distrito federal ficam a incumbência de administrar o ensino nos níveis fundamental e médio, enfatizado no artigo 3. Enquanto que o ensino superior recebe auxílio técnico e financeiro dos Estados e da União, mesmo não sendo citado no artigo 211.

É notório o planejamento da Constituição Federal de 1988 que no qual para resguardar a educação e sua melhora contínua aumentando na qualidade e na oportunidade do seguimento educacional, assim promovendo o seu crescimento sustentável e automaticamente o crescimento estatal, tutelado pelo art.212/CF quando obriga a união aplicar no mínimo 18% da arrecadação dos impostos, proveniente da receita, no caso do distrito federal e os estados membros e os municípios o mínimo de 25%.⁹

Foi de grande valia a importância dada ao ensino pela constituição cidadã brasileira de 1988, conforme Mossini,¹⁰ e sobretudo na democratização do ensino estendendo obrigações públicas e privadas na construção da educação brasileira, destarte com a ampliação e popularização do ensino não houve a amplitude da qualidade deste. Obviamente deve-se buscar a ampliação da educação democrática e abrangente, mas não em detrimento da qualidade, pois esta deve estar em conexão intrínseca com o contexto social. Embora haja evoluções relacionado ao direito à educação superior no Brasil, ainda é um direito muito restrito e para poucos e, a esses poucos estudantes em nível superior não tem o preparo crítico reflexivo e não há incentivo, estímulo ao questionamento, para produção de conhecimento ou para ser futuras referencias jurídico-social.

Mesmo que de forma sucinta a explanação da constituição brasileira em relação ao direito a educação fica evidente o avanço alcançado pelo Brasil ao longo de sua história. Esse desenvolvimento pode ter ocorrido pela vontade de mudar visto que o país tinha acabado de sair do período militar. Desta forma o anseio de uma nação com mais direitos humanos aflora pregando a proteção da dignidade humana contra a uma ordem injusta que condenava a exclusão e a marginalidade vivida pelo povo brasileiro.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: 1988.

¹⁰ MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade. 2010. 249 f. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 36.

O avanço das discussões sobre o direito a educação assim como o desenvolvimento das leis precisamente na Constituição Federal de 1988, contribuiu para o avanço da proteção educacional da população brasileira. Está constatada que a educação proporciona o desenvolvimento do homem. O Brasil sofreu por muitos séculos com governos que não apoiavam a educação como universalização de direitos, por isso ter uma Constituição que fixa princípios e estabelece normas comprometendo o Brasil e a sua sociedade e seu governo no sentido de busca uma nova forma de organização social, é muito importante principalmente quando a pessoa humana é valorizada.

Ferreira e Santos¹¹ sustentam que o direito a educação é elementar, essencial, único para o mínimo existencial, sem dúvida já consagrado como direito humano em conformidade com tratados e em constituições como direito fundamental.

II. O direito à educação é direito humano e deve ser eficaz

Independente do direito a educação ser constitucionalizados ou não, pós a catástrofica grande segunda guerra houve a comoção mundial com esforços na criação de um direito internacional humanitário, com fulcro na dignidade da pessoa humana, e grande parte dos estados democráticos aderiram ratificando e assinando tratados de proteção aos direitos humanos, sendo que, também não poucos internalizaram em legislações domesticas tais tutelas, quando não, até mesmo constitucionalizaram.

Entre muitos dessas tutelas internas foram escritos direitos e garantias fundamentais como: liberdade de expressão, devido processo legal, a não discriminação por raça, religião, opinião política, educação, saúde, trabalho, segurança, lazer e o direito a ter garantia de direitos, entre outros.

Num mundo em que a discriminação e o desrespeito a direitos, as desigualdades sociais, a pobreza, a injustiça social a Organização das Nações Unidas em 1948 publicou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o marco teórico na maximização dos direitos humanos, revestida de princípios orientadores, cujos quais modificaram consideravelmente os institutos jurídicos internacionais públicos e constitucionais internos, e mais, muito além desses, pois são inalienáveis e universais conforme a própria declaração de direitos humanos:

“Artigo XXVI 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a com-

¹¹ FERREIRA, Moises Eugênio. SANTOS, Renato Augusto dos. A educação como direito humano fundamental, p. 284, Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Ivan Dias da Motta-Florianópolis: CONPEDI, 2016. ISBN:978-85-5505-360-3. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacao/es/02q8agmu/56tv1cja/11av5BshvIpFmeYn.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

preensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.¹²

Expressa Oliveira¹³ que no texto da Declaração relacionam-se os direitos civis e políticos (conhecidos por direitos de primeira geração: liberdade) e os direitos sociais, econômicos e culturais (chamados direitos de segunda geração: trabalho), e há, ainda, a fraternidade como valor universal (denominados direitos de terceira geração: espírito de fraternidade, paz, justiça, entre outros –nos considerando e arts–. I, VIII, entre outros). Embora o respeito político e da doutrina pela declaração universal, esta não tem caráter vinculante, se faz necessário internaliza-los tais tutelas para ter força jurídica, ou seja, devem ser “judicizadas”.

Explica Piovesan¹⁴ que sob um enfoque estritamente legalista a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não de tratado) vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os estados. Prevaleceu, então, o entendimento de que a Declaração deveria ser “judicizada”, sob a forma de tratado internacional, concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais –O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais– que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal”.

É dizer, Piovesan afirma que os estado membros estão vinculados embora não há a devida exigibilidade. Qual a importância de institutos protetores de direitos humanos se não houver efetividade? É vivenciado essa realidade todos os dias em muitos países, inclusive no Brasil em que normas gerais tutelando orientações de suma importância, mas falta leis específicas para regulamentar e dar a devida eficácia; neste sentido afirma Bobbio¹⁵ que o importante não é fundamentar os direitos do homem mas protegê-los; Não precisando aduzir que, para protegê-los, não basta proclamá-los, pois o problema real que temos que enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos.

A urgente e necessária mudança na dinâmica do ensino para a construção do conhecimento e a sua aplicabilidade social é ética.

Na atualidade apresenta-se nas faculdades de direito grande dificuldades para formar profissionais éticos e preparados para o mundo real, até mesmo para a produção de teses, e apreciações humanísticas do que é o direito, ou deveria ser; o que vem a repercutir na forma como as normas são aplicadas e interpretadas pelos futuros profissionais, que muitas das vezes estão distantes das finalidades que o mesmo direito e

¹² Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 30-abril-2018.

¹³ OLIVEIRA, Erival da Silva. Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 239-240).

¹⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

justiça atinge. Fazendo-se, portanto necessário a implementação de pedagogias que permitam uma constante dinâmica interativa entre professor-estudante que permita a construção do saber crítico-reflexivo, dinâmica que é proposta na obra *Pedagogia do Oprimido* por Paulo Freire,¹⁶ como dialogicidade.

A ação dialógica como metodologia de ensino proposta por Paulo Freire na obra “Pedagogia do oprimido”, tem como objetivo fazer uma análise crítica a respeito da ausência do diálogo no ensino jurídico, com o intuito de evidenciar o déficit na dinâmica das aulas de ensino, a inexistência da interação dos interlocutores docente-estudante, a qual não permite a construção de conhecimentos, teses, e apreciações humanísticas da importância do direito e de como deveria ser aplicado, limitando assim, o raciocínio crítico e reflexivo dos estudantes, o que vem a repercutir na forma como as normas são aplicadas e interpretadas pelos futuros profissionais, que muitas das vezes estão distantes da realidade e da verdadeira finalidade do direito e da justiça; portanto, urge a implementação de mudanças necessárias na formação dos futuros profissionais do direito.

Há dois tópicos relevantes que se deve refletir para o desenvolvimento do saber jurídico na graduação, o primeiro consistente nas dificuldades no ensino jurídico, como consequência da não implementação da pedagogia da dialogicidade, sendo evidenciada a falta da ação e reflexão na relação no processo do ensino jurídico e suas consequências.

No segundo tópico algumas das mudanças necessárias para majorá-lo na qualificação do ensino jurídico no sentido de reavaliar e rediscutir a metodologia aplicada nas aulas de direito com fulcro no resultado da esperada aprendizagem que tenha reflexos positivos e permanentes, sobretudo na aplicabilidade de seus resultados em consonância com os anseios sociais. Na construção do saber jurídico com pensamento humanitário sustentado nos direitos humanos, deve ter o princípio da dignidade humana como irradiante orientador no sentido da mais lúdima justiça social aplicada.

III. Os déficits no ensino jurídico, como consequência da não implementação da pedagogia da dialogicidade e valoração tridimensional

Muito se discute sobre a construção do saber crítico e reflexivo, e da complexidade das variantes de saberes, sobretudo da inépcia de modulação ou inovação do ensino jurídico no estado brasileiro, pois as grades curriculares das faculdades de direito no Brasil são enfatizadas em ensinamentos meramente conceituais que esgotam seus conhecimentos na argumentação judicial, é dizer, o que leva ao convencimento de determinado juiz; deixando de lado uma pedagogia que tenham o intuito de formar produtores de conhecimento que sejam capazes de formular teses ou teorias, refletir ou argumentar juridicamente além da mera interpretação das normas.

¹⁶ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17^a. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

A dialogicidade é vista como a essência da educação, como prática de liberdade, conforme os ensinamentos de Freire¹⁷ posto que o diálogo como fenômeno humano além de revelar a palavra busca seus elementos construtivos conformados por duas dimensões: a ação e reflexão a qual devem interagir constantemente, pois não há palavra verdadeira que não seja práxis, não obstante, a palavra inautêntica não pode ser transformada em realidade como resultado da dicotomia que se estabelece entre seus elementos, ou seja, ação e reflexão. É por isso que é necessário que a palavra não possa ser enfatizada na mera ação, sacrificando a reflexão, porque convertida em ativismo impossibilitaria o diálogo.

No ensino jurídico o docente deve preocupar-se mais com a interação com seus estudantes permitindo contínua presença dos elementos da ação e reflexão, abrindo espaço para a argumentação, à opinião e pontos de vistas comuns ou divergentes que levem a construção do diálogo que permita o desenvolvimento, saber e entender jurídico, em vez de impor a ação como elemento fundante do ensino, com a explicação de conceitos que se estabelecem como verdades prontas a serem aplicadas.

Destarte, o dialogicidade aplicada no ensino jurídico é envolvida pela dicotomia dos elementos ação e reflexão, embora o ensino atual esteja primando apenas à ação, o que impossibilita o diálogo, se manifesta em um ensino inconsistente, é apenas direcionada apenas na interpretação de leis, para provas como no exame nacional da Ordem dos Advogados do Brasil ou para concursos públicos, cumprindo assim o ensino jurídico um papel produtor de aplicadores ou replicadores das normas ou leis e não do direito justo a qual engloba todo um conjunto de princípios e finalidades.

Desse modo, o ensino jurídico é auspiciado conforme Mossini¹⁸ apenas com fulcro econômico em dissonância com a proteção e o diálogo ético-social, notável até mesmo nas universidades privadas onde o fim econômico financeiro é preponderante e não a produção do saber profícuo, a lógica educacional é apenas mercantilista e do lucro, onde apenas o que tem situação financeira acima da média pode ter acesso ao conhecimento, pois o hipossuficiente deverá sacrificar seu mínimo existencial para ter acesso ao saber e, por vezes não existe meios que facilite tal acesso de forma que não venha interferir na dignidade do aluno, desse modo a própria instituição de ensino está em descompasso com a real mudança na busca da justiça social.

Retornando a metodologia, explica Comparato¹⁹ existe uma carência de metodologias, pois o que prevalece é um método da explicação de normas legais em sua estrutura abstrata, sem referência ou sua função no contexto social atual.

Mas, a que se deve essa forma de ensino jurídico nas maiorias das faculdades brasileiras? A grande parte das faculdades de direito no Brasil, desde décadas tem implementado a metodologia de ensino baseado no mero aprender e memorizar

¹⁷ P. 44.

¹⁸ P. 44.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konde. Reflexões sobre o método do ensino jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v.74 (1979), disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66874>> Acesso 6 de maio 2018.

conceitos já preestabelecidos, não há estímulo pensar em opções, alguns professores são direcionados e ministram seus ensinamentos com viés na ideias político-partidárias, neste sentido não se abre espaço para os discentes em possibilidades de reflexão, criar ideias ou contradizer teorias impostas em aula, fazendo uso da argumentação; como se tratara de uma herança do ensino jurídico, esses professores terminam criando outros operadores que seguem a mesma linha de ensino.

Não se pode concluir o déficit de aprendizagem do alunato originado de redes públicas ou privadas, o que evidencia que, grande parte dos operadores do direito na condição de docente não tem preparo pedagógico, sobretudo a formação jurídica não tem caráter de licenciatura mas de bacharelado, e não utilizam o diálogo em seus ensinamentos, o que resulta que as formas metodológicas de explanação das matérias jurídicas sejam deslocadas por vezes da realidade estando em grau de abstratividade alheia da práxis, como se tratara de palavras inautênticas ou sem base com fatos ou valor, apenas na dogmática jurídica.

Apesar do tripé ensinado no direito como sustentáculo no fato, valor e norma, sendo o fato na sociologia jurídica, o valor na filosofia e a norma no jurídico-positivista, é plausível e consagrado segundo grandes interpretes do constitucionalismo contemporâneo a necessidade real do respeito ao fato, valor e norma escrito *a anteriori* por Miguel Reale²⁰ para que haja a construção efetiva e aplicável do saber jurídico. Nesse sentido analise-se como a dialogicidade trabalhada os conceitos tridimensional ensinados por Reale, que vem cumprir um papel importante no ensino jurídico, pois como se explicava, permite a interação dos interlocutores permitindo a construção de conhecimentos, e se justifica ao fins sociais, ético e legais do direito aplicado no constitucionalismo contemporâneo.

Lamentavelmente, observa-se como hoje não é aplicada na construção do saber por docentes jurídicos, especialmente na graduação, não apresentando uma dinâmica com a devida interação dos elementos ação-reflexão como metodologia cotidiana de atualização de forma dialógica, pois o professor apresenta-se como o dono do conhecimento e como manifesta Freire,²¹ como poderia dialogar, se fechasse a contribuição dos outros, que jamais reconhece, e até pode-se sentir ofendido com ela?

Diferente da realidade e formação culta chegam às salas de aulas os alunos de direito, onde quase sempre não em busca do conhecimento aprofundado, mas apenas no preparo técnico para aprovação em exames profissionais buscando garantir uma futura estabilidade financeira, neste sentido é obvio que há grande dissonância da realidade do necessário para a formação humanística, pois como é manifestado por Neiva²² somente há a formação técnica e de futuros técnicos com trabalhos mecanizados, desconexos com a parte social e política.

²⁰ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed., Editora Saraiva, 2003.

²¹ P. 46.

²² NEIVA, Delander da Silva. CESAR, Lucas Freitas. PEREIRA, Maria Luiza Homero. A influência do contexto histórico do ensino jurídico brasileiro na formação de profissionais acrícticos e o papel do educador. Faculdade Athenas, 2014, p. 4. Disponível em: <<http://www.atenas>.

Destarte, não há o devido diálogo entre professor e alunos, como desde o princípio praticado na *àgora* que faltará também para futuros professores, e que era praticado em areópagos e faltará em futuros juristas para o tribunal. Apenas existe o comunicador e receptor, faltando à construção do saber numa dinâmica dialógica sob a condução do orador docente, apresentando-se como manifesta Neiva²³ um resultado atual de formação é apenas a replicação de aulas expositivas e que por falta de dinâmica plausível a absorção e construção do saber é mitigado, e quando há o aprendizado, é apenas a replica mecânica.

Os reflexos da carência da ação dialógica no ensino jurídico, que resulta o desconhecimento dos princípios e ética na prática do direito e da advocacia, devido a falta do saber refletir, como ensina Freire²⁴ o encontro de homens que pronunciam o mundo, deve ser um ato de criação e não um manhoso instrumento de que lance mão um sujeito para a conquista do outro, pois a conquista implícita no diálogo a conquista do mundo para a libertação dos homens. As falências do ensino jurídico refletem diretamente na forma como as normas são aplicados e interpretados pelos futuros profissionais que muitas vezes estão distantes do que o direito e a justiça são; pois, quando se fala de verdades jurídicas já prontas explanadas nas salas de aula, não há espaço para a análise e desenvolvimento reflexivo e crítico do que o direito e a justiça são ou deveriam ser, e quais finalidades atingem.

O falta de reflexão crítica resulta na inexistência de senso de responsabilidade com o social, neste diapasão, não há aprendizagem conexa com a realidade atual, e consequentemente os frutos são desconsiderados ou inexistentes, e desconformes com o agir ético. Diferente do homem que adquire seu conhecimento com base sólida em fatos reais, conforme explica Braz²⁵ a construção da ética do conhecimento não se limita a si, mas se estende de forma incomensurável, e, em conformidade com toda e boa pedagogia que se racionaliza na elucidação e solução do conflito.

IV. As mudanças Necessárias no Ensino Jurídico

Não existe construção do saber sem o questionar, se faz necessário a autor-reflexão do aluno, do questionamento ao docente, da busca de formas diferentes ou alternativas de solução de conflitos. Diuturnamente somos sobrecarregados de informações pelas mais variadas formas e fontes, diante delas o papel do docente é ímpar para a condução, organização e o equilíbrio, sobretudo no equilíbrio racional

edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/3%20A%20INFLU%C3%8ANCIA%20DO%20CONTEXTO%20HIST%C3%93RICO%20DO%20ENSI-NO%20JUR%C3%8DDICO%20BRASILEIRO%20NA%20FORMA%C3%87%20C3%83O%20DE%20PROFISSIONAIS%20ACR%C3%8DTICOS%20E%20O%20PAPEL%20DO%20EDU-CADOR.PDF> Acesso 6 de maio de 2018.

²³ P. 5.

²⁴ P. 45.

²⁵ BRAZ. Luciano. Filosofia do direito-1, ed, - Curitiba: Editora Prismas, 2017, p. 54.

e imparcial na organização da construção do saber ético e responsável. Ao falar em educação, leciona Freire²⁶ se pressupõe amor, neste sentido, o não enclausuramento, mas a liberdade de ideias, não ausência da crítica e do debate, não obstante, se não há uma discussão criadora se trata apenas de dissimulação.

Em dias atuais, é perceptível que as salas de aulas estão cheias de semideuses, desconexos com a realidade social, ética e moral, e por não poucas vezes, esta sensação e costume alimentado por aquele que deveria trazer o equilíbrio com base ética, da razão, com fundamentos inescusáveis, porém a realidade é que no resultante de trabalhos destes que gritam quando lhes falta conhecimento ou argumentos plausíveis e racionais o que provoca a inexistência total do diálogo no ensino; e que leva ao questionamento expostos por Freire.²⁷ Como posso dialogar, se me sinto participante de um “gueto” de homens puros, donos da verdade e do saber, para quem todos os que estão fora são “essa gente”, ou são “nativos inferiores”?

Deslocados os estudantes da realidade, pois nunca aprenderam a questionar o que lhes fora transmitido, apenas houve a aceitação inerte, não obstante, não sabendo como posicionar-se frente a situações palpáveis, a pluralidade de pensamento, ou criar formas alternativas de pacificação social; por isso o professor não deve conformar-se apenas com a explanação conceitual, ele deve preponderar pelo estimular o estudante ao pesar diferente, a utilizar sua capacidade persuasiva da argumentação nesse processo de comunicação que se desenvolve na aula de ensino.

O diálogo como metodologia pedagógica precisa ganhar espaço nas aulas de ensino, conforme Freire²⁸ é que se impõe o caminho mediante o qual os homens ganham significação enquanto homens, sendo o diálogo uma exigência existencial no encontro docente-estudante, onde se solidariza o refletir e o agir que deve ter como pretensão transformar e humanizar o mundo, e não em um mero ato de depositar informações prontas e acabadas no aluno, e tampouco tornar-se simples troca de ideias a serem consumidas pelos permutantes. A construção do saber jurídico está sujeita a constante interação dos sujeitos envolvidos no processo educacional.

E conforme ensina Morin,²⁹ como cidadão do novo milênio é preciso que compreendam tanto a condição humana no mundo, como a condição do mundo humano, que, ao longo da história moderna, se tornou condição da era planetária, nesse sentido, quando mais somos envolvidos pelo mundo, mais difícil é para nós aprendê-lo; sendo, portanto na era das telecomunicações, da informação, da internet, que estamos submersos nas complexidades do mundo e essa incontáveis informações sobre o mundo sufocam as possibilidades de inteligibilidade.

²⁶ FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 19.ed. Introd. de Francisco C. Weffort. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

²⁷ P. 46.

²⁸ P. 45.

²⁹ MORIN, Edgar, 1921. Os Sete Saberes necessários á educação do futuro/Edgar Morin: Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho; - 2ª ed.rev. - São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

Para haver mudanças na metodologia do ensino jurídico se pressupõe uma crítica do direito com viés antidogmático, ou seja, deve um diálogo do ensino abstrato com a práxis social, assim, o direito deve ser instrumento de construção por intermédio da pragmática normativa interpretando não com a retórica de contornar a verdade real para o conhecimento lógico formal, mas com interpretação a não dirimir diretos, mas para reafirma-los reconstruí-los ou inová-los conforme o artigo 30³⁰ da Declaração Universal de Direitos humanos.

Deve-se ser construída conforme Delors³¹ uma inovação epistemológica do saber jurídico, uma real e urgente transformação de paradigmas axiológicos do direito meramente positivista, ultrapassado a velha metodologia investigativa logico-formal. Somente com a mudança estrutural paradoxal no sistema de ensino, com fulcro no aprender a aprender conectado com o contexto social real, com base ética. Deve haver uma sincronia entre as experiências, conhecimentos e vivência do aluno fora do âmbito escolar com a matéria ministrada no contexto do ensino moderno e deve ser dialogada de tal forma que o aluno perceba a importância precípua de tal saber, de forma tal que os diálogos de saberes se trona natural, ou seja, a criatividade e espontaneidade do próprio aluno contribuem dele para o mundo e do mundo para com ele. Toda dinâmica aplicada neste contexto educacional deve não ser apenas com a autonomia do aluno, pois as aulas ministradas e aprendidas deverão contribuir muito em temas de grande peculiaridade segundo a própria época.

Para que haja formação ética conforme indica Fachin³² deve haver a mudança de paradigmas no método de ensino, não se pode mais admitir o engessamento das técnicas como se prontas e suficientes, o alunato não tem liberdade pensamento, de pesquisa, de escrita, leva-nos a entender que há influências não emancipatórias, ou seja, um aparelhamento com interesses particulares e não consoantes com a sociedade.

É imprescindível um novo sistema de avaliação no processo de ensino, identificando na qualidade como ensina Bannwart³³ no sentido de basilar a evolução, estagnação e regressão, poderá melhorar a formação dos docentes, do quadro pedagógico e curricular, e conseqüentemente na formação de profissionais cidadãos éticos e colaboradores do saber como ciência social aplicada.

As metodologias de ensino jurídico precisam ser reestruturadas, pois, o direito não deve seguir ensinando como se ciências exatas se tratara, onde tudo está dito, é

³⁰ Artigo 30. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.

³¹ DELORS, Jacques, Educação: Um tesouro a descobrir/[Tradução José Carlos Eufrázio]. - 7. ed. Revisada- São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2012..

³² FACHIN, Luiz Edson. Limites E Possibilidades Do Ensino E Da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 1, p. 27, jan. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2/2>>. Acesso 11 maio 2018.

³³ BANNWART, Clodomiro José Junior. Responsabilidade Integral, Metodologia Estratégica para o desenvolvimento pessoal, Corporativo e educacional- Londrina: Midiograf, 2017, pp. 48-49.

necessário a interação do ensino, o docente deve incentivar argumentação; a sala de aula não deve ser vista como o conjunto daqueles que escutam o que o professor fala, sobretudo, deve desempenhar a verdadeira comunicação que permita a construção de conhecimentos, e que, tais terá aplicabilidade por donde quer que permeie a necessidade do operador do direito ou das letras jurídicas.

Conclusões e Recomendações

O direito não é apenas um fenômeno jurídico legal, mas, também um fenômeno social, não obstante, deve ser escrito, lido e interpretado como tal, para que haja plena efetividade dos seus propósitos, sobretudo a pacificação social justa e humanística.

Urge na prática da docência a dinâmica da interação da construção do saber jurídico crítico-reflexiva interdisciplinar, multidisciplinar e transdisciplinar pois o déficit educacional é claro diante transformações sociais como a globalização, instabilidades sociais, econômicas e políticas, tal qual não acompanha as mudanças rápidas na realidade da micro e macro sociedades.

A as aulas devem ser aplicadas e conversadas com fatos reais, sobretudo atuais, estudos de jurisprudências locais e internacionais, conforme nos ensina Luiz Fachin, a utilização de doutrinas diversas e divergentes, inclusive dado a importância impar do direito comparado, nunca olvidando a ética, os valores culturais, humanísticos protegendo a dignidade da pessoa humana. O Direito é oriundo da dialética social, de lutas sociais, não obstante, deve ter a função emancipatória, para isso, deve existir uma conversação autêntica com as necessidades sociais na perspectiva transparente de sua legitimidade

Há uma necessidade de repensar as diretrizes educacionais, e é urgente de trabalhar nos cursos de direito o estudo jurídico além do mero ensinamento de leis existentes e preestabelecidas como direito pronto e acabado, para isso organizar a grade curricular das matérias aplicadas sem olvidar os fins do direito aplicado.

Deve ser estimulado o pensamento analítico, crítico e reflexivo dos discentes, com a finalidade de que eles possam ajudar a escrever um direito atual e em conformidade com sua finalidade, e não como o mero conjunto de normas positivadas, estabelecer uma dialética transdisciplinar analisando da perspectiva histórica em todas as concepções possíveis com as atuais e possibilidades eminentes, com olhar nas contradições e equilíbrio ético-normativo e jus filosófico.

O direito tem a necessidade constante de evolução, pois a dinâmica social local e mundial é ininterrupta e intensa, o qual só pode ser atingido, com a capacidade que se tenha de refletir e apresentar soluções a problemáticas que os novos contextos sociais, políticos, econômicos e culturais e jurídicos apresentam, sendo oportuno e precípuo pela via da dialogicidade que o direito seja construído, e reconstruído por educadores e estudantes mais humanistas e com maior autonomia, que atenda as

urgentes demandas sociais e produza inovações, e que encontrem na aplicação das normas o verdadeiro trabalho ético que dignifique os fins da justiça.

É oportuno afirmar da necessidade de globalizar ou internacionalizar tendências ou pedagogias de natureza jurídica que abram espaço para o diálogo como uma verdadeira materialização da liberdade como ferramenta para a construção de sistemas de ponderação que permitam que a legislação vigente seja compreensível e eficaz.

Exigem-se maiores estudos com base no direito comparado, na jurisprudência interna e internacional além dos estudos de casos locais e externos que diuturnamente mostram a necessidade da atualização da produção de um direito que seja aplicável e eficiente, e não repouse na abstratividade ou na letra fria da lei. É necessário refletir respeito o expressado por Flávia Cruz,³⁴ quando indica que o direito está longe de ser a cura para todos os males que afligem a sociedade moderna, mas é, certamente, um importante instrumento para construir um mundo mais justo.

Bibliografia

- BANNWART, Clodomiro José Junior. *Responsabilidade Integral, Metodologia Estratégica para o desenvolvimento pessoal, Corporativo e educacional*– Londrina: Midiograf, 2017.
- BRAZ, Luciano. *Filosofia do direito-1*, ed, - Curitiba: Editora Prismas, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: 1988. 10 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1998.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Emenda constitucional n.53/2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konde. *Reflexões sobre o método do ensino jurídico*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v.74 (1979), disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66874>> Acesso 6 de maio 2018.
- CRECHE E PRÉ-ESCOLA - *OBRIGAÇÃO DO ESTADO*. Cumprir ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, com a redação decorrente da emenda Constitucional n. 53/2006. (STF. Ag. Reg. No recurso extraordinário n. 384.201-3 - São Paulo - Rel. Min. Marco Aurélio, 26/04/2007).
- CRUZ, Flávia Machado. *Direito internacional público*. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 252.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. *Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença*. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n.116, pp. 245-262, jul. 2002a.

³⁴ CRUZ, Flávia Machado. *Direito internacional público*. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 252.

- CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Baía e FÁVERO, Osmar. *A relação educação-sociedade-estado pela mediação jurídico-constitucional*. In: FÁVERO, Osmar (org.) *A educação nas constituintes brasileiras - 1823-1988*. Campinas: Autores Associados, 1996. In: DIAS, Adelaide Alves. *Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo*, p. 444.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 30-abril-2018.
- DELORS, Jacques, *Educação: Um tesouro a descobrir*/[Tradução José Carlos Eufrázio]. - 7. ed. Revisada– São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Limites E Possibilidades Do Ensino E Da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 1, p. 25-34, jan. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2/2>>. Acesso 11 maio 2018.
- FACHIM, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional* - 6.ed. rev. e atual.-Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 17.
- FERREIRA, Moises Eugênio. SANTOS, Renato Augusto dos. *A educação como direito humano fundamental*, p. 284, Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Ivan Dias da Motta-Florianópolis: CONPEDI,2016. ISBN:978-85-5505-360-3. Disponível em:<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/56tv1cja/11av5BshvIpFmeYn.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.
- FREIRE,Paulo. *Educação como prática da liberdade*.19.ed.Introd. de Francisco C. Weffort.Rio de Janeiro:Paz e Terra, 1989.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 758.
- MARSHAL, T. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. *Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade*. 2010. 249 f. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. –24. Ed. - São Paulo: Atlas, 2009 p. 828.
- MORIN, Edgar, 1921. *Os Sete Saberes necessários á educação do futuro*/Edgar Morin: Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho; - 2ª. ed.rev. - São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.
- NEIVA, Delander da Silva. CESAR, Lucas Freitas. PEREIRA, Maria Luiza Homero. *A influência do contexto histórico do ensino jurídico brasileiro na formação de profissionais acríuticos e o papel do educador*. Faculdade Athenas, 2014. Disponível em:<<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/>

Reflexões sobre os avanços legais do direito à educação: A busca da mudança pedagógica para os controversos reflexos na aplicação efetiva e ética do saber jurídico

n1/3%20A%20INFLU%C3%8ANCIA%20DO%20CONTEXTO%20HIST%C3%93RICO%20DO%20ENSINO%20JUR%C3%8DDICO%20BRASILEIRO%20NA%20FORMA%C3%87%C3%83O%20DE%20PROFISSIONAIS%20ACR%C3%8DTICOS%20E%20O%20PAPEL%20DO%20EDUCADOR.PDF> Acesso 6 de maio de 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Justicia Constitucional. La tutela judicial efectiva como eje central del control de convencionalidad

Martín Leonardo Furchi¹

I. Introito

El presente trabajo tiene como objeto reseñar la evolución y revisar la actualidad del control de convencionalidad en nuestro país con una mirada enfocada en el *principio de tutela judicial efectiva*.

II. Antecedentes pretorianos

Con antelación a la reforma constitucional de 1994 –de la que su cumplen en 2018 los veinticinco años– no existía regla alguna que precisara el alcance normativo y su validez jerárquica en relación a las normas ordinarias sancionadas por el Parlamento Nacional.

Esta orfandad fue zanjada –vía pretoriana– mediante el pronunciamiento dictado en el precedente Ekmekdjian contra Sofovich.² Allí, el Máximo Tribunal Federal sostuvo que los tratados internacionales tienen mayor jerarquía que la ley.

El razonamiento que subyace en el fallo citado se finca en dos aristas claramente diferenciables, me refiero al sustento normativo puro y al aspecto empírico-fáctico.

Con relación al primero, el argumento se centra esencialmente en la aprobación y ratificación por parte de nuestro país de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.³ El artículo 27 de dicho plexo normativo establece que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*”. En el caso, no existía regulación local respecto de la aplicación del derecho de réplica previsto en el artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

En cuanto al argumento fáctico, la Corte reseñó el trámite necesario para que un tratado internacional gozara de rango de *norma vigente* en el sistema nacional y puntualizó que –a diferencia de la ley– existía un engranaje complejo en el cual el

¹ Juez en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor de derecho constitucional. mlfurchi@yahoo.com.ar.

² Fallos 315:1492.

³ Aprobada por Ley N° 19.865 y ratifica por el Poder Ejecutivo el 5/12/72.

Poder Ejecutivo ejercía su rol indelegable de llevar adelante políticas vinculadas con las relaciones exteriores y la celebración de convenios con otras naciones.⁴

La doctrina reseñada fue reiterada en el precedente “Fibraca Constructora”⁵ a raíz de un conflicto acaecido por una decisión del Tribunal Arbitral de Salto Grande en el marco del Acuerdo de Sede entre el Gobierno de República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande.

Finalmente, el Constituyente tomó el guante e incorporó la doctrina sentada por la Corte al artículo N° 75 inciso N° 22 de la Constitución Nacional, proclamando a todas luces que los tratados internacionales y los acuerdos con la santa sede tiene mayor jerarquía que la ley.

III. Reforma constitucional. Tratados jerarquizados. Bloque de Constitucionalidad Federal

Sentado lo anterior, es dable señalar que la reforma incorpora a la Carta Magna once tratados internacionales sobre derechos humanos los cuales según las propias palabras del constituyente –como se dijo– gozan de jerarquía constitucional.

La doctrina ha denominado Bloque de Constitucionalidad Federal a este conjunto normativo –conformado por la primera parte de la constitución y los convenios de que se trata–.⁶

En paralelo, se indica que los tratados no derogan artículo alguno de la Constitución Nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos. Por lo expuesto, deviene lógico inferir que el constituyente al que adjetivaremos como “derivado” ejerció de forma efectiva un control político de constitucionalidad y concluyó que no existían *a priori* contradicciones entre los derechos reconocidos y los compromisos asumidos en los tratados y la primera parte de la norma fundamental. Al mismo tiempo, se precisó que la jerarquía constitucional sería gozada en las condiciones de su vigencia.

La Corte fue tajante en el precedente “Giroldi”⁷ donde sostuvo que la fórmula de mención indicaba que sería aplicable “tal como rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

Se sigue de lo memorado que este argumento jurisprudencial se constituye en la guía idónea para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoce la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención

⁴ v. considerando 17.

⁵ Fallos 316:1669.

⁶ Conf. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1995.

⁷ Fallos 318:514.

Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”.⁸

IV. El reconocimiento del control de convencionalidad y el valor de la jurisprudencia de la CIDH

En el *leading case* “Mazzeo”,⁹ la Corte Suprema avanza un paso más sobre la doctrina reseñada en el párrafo anterior y reconoce explícitamente el *control de convencionalidad* en cabeza de los tribunales internos.

En efecto, el tribunal cimero memoró que oportunamente la Corte Interamericana había señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también *la interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”,¹⁰ del 26 de septiembre de 2006, párraf. 124)”.¹¹

De esta manera, el Máximo Tribunal Nacional invocando la jurisprudencia de la Corte Interamericana hace recaer sobre los jueces internos la obligación indelegable de contrastar las normas que se someten a su estudio no sólo con la Constitución sino también con los tratados internacionales de derecho humanos jerarquizados mediante el artículo N° 75 inciso N° 22 de la CN.

V. Control de Convencionalidad de oficio

No puede perderse de vista que el escrutinio reseñado no necesariamente debe ser solicitado por las partes en tanto procede de oficio puesto que el magistrado conoce el derecho y debe en todos los casos –ante un conflicto normativo– aplicar la norma de mayor jerarquía.

⁸ v. considerando 11.

⁹ Fallos 330:3248.

¹⁰ CIDH, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.

¹¹ v. considerando 21.

Al respecto, la Corte ha sostenido que el control de constitucionalidad de oficio procede en tanto no se verifica afectación alguna a la división de poderes, la defensa en juicio y la presunción de legalidad de los actos de gobierno.

Precisamente, el tribunal sostuvo que “si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte si cuando no la hay la declaración de inconstitucionalidad de oficio y agregó que tampoco “se opone la presunción de validez de los actos administrativos de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen la Constitución. Ni puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso”.¹²

No resulta ocioso señalar que la doctrina reseñada se ha profundizado a partir de los precedentes de la Corte Interamericana “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006 y “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina”, del 29 de noviembre de 2011, entre otros.

En efecto, el tribunal internacional indicó que los órganos del Poder Judicial *deben* ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.

Así lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al mantener que “los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango”.¹³

Cabe aclarar que la sentencia dictada el 14/02/2017 por la CSJN en “Fontevéchia c/Estado Nacional”¹⁴ no ha variado el alcance explicitado previamente, en tanto –si bien por mayoría– se entendió que no correspondía revocar sus propias decisiones y de esta manera, identificar a la Corte Interamericana como un Tribunal de cuarta

¹² Fallos 327:2117 considerando 4º citado en tal sentido en Fallos Rodríguez Pereyra.

¹³ Fallos 335:2333 considerando 12.

¹⁴ Mayoría conformada por el voto conjunto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti.

instancia, lo cierto es que en ningún momento desconoció la obligatoriedad de las decisiones del órgano internacional.

Correlato de lo expuesto, se sostuvo que se encontraba fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste.

Sin embargo, dicha obligatoriedad *alcanza únicamente* a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus *potestades remediales* y, es precisamente con ese alcance, que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.¹⁵

VI. La tutela judicial efectiva como columna fundamental de la justicia constitucional

El artículo N° 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)”.

Por tanto, resulta acertado enfatizar que: “el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inciso 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2 a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)”.¹⁶

En otras palabras, la cláusula convencional de que se trata consagra –a nivel internacional– el derecho a acceder a la jurisdicción sin obstáculos formales, participar plenamente del proceso que deberá durar un plazo razonable y culminar con una sentencia fundada y cabalmente ejecutable.

Concordamos entonces en que “el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de la tutela de las garantías que se consideran vulneradas no culmina con el dictado de una sentencia definitiva, sino que además exige por parte de los operadores la implementación de mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias. Así pues, la falta de previsión de un modo de ejecución idóneo para

¹⁵ Conf. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14/2/2017.

¹⁶ Fallos 339:740.

superar los problemas que se puedan presentar en esta instancia procesal vulnera, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva”.¹⁷

En ese entendimiento, es necesario que la sentencia sea dictada en un *plazo razonable* puesto que una respuesta tardía de la jurisdicción desnaturalizaría cualquier intención de tutelar eficientemente el acceso y participación de las partes.

Es que precisamente, “uno de los componentes centrales del derecho de defensa en juicio, cual es el derecho a un pronunciamiento judicial que, dentro de un plazo razonable, ponga fin al pleito y determine el alcance de los intereses comprometidos”.¹⁸

No debe olvidarse, al adentrarse en el análisis global propuesto, que el presupuesto esencial para que opere cabalmente el principio convencional no puede ser otro que aquel que propone que *toda la actividad estatal se encuentra sometida al control de convencionalidad*.

En tal sentido, se ha precisado que “la consolidación del Estado de Derecho no admite la existencia de bloques o conjuntos temáticos exentos de control judicial, ya sea que se les asigne la denominación de actos institucionales o se los adscriba a otra categoría sino, en todo caso, la irrevisibilidad de algunos aspectos bien delimitados, máxime cuando ello constituye un modo de asegurar, en este nuevo milenio, el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en distintos tratados internacionales de jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. N° 75, inc. N° 22 de la Constitución Nacional)”.¹⁹

Conclusiones

El justiciable encomienda en el órgano jurisdiccional la misión impostergable de analizar el caso constitucional planteado a la luz del material jurídico relevante que se materializa en el bloque de constitucionalidad federal.

Por su parte, el magistrado tiene el deber de fundar su decisión considerando los compromisos asumidos por nuestro país a través de los tratados internacionales jerarquizados mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En esa tarea, entendemos que la interpretación, consideración y aplicación de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta inherente al control de convencionalidad.

Al respecto, es dable inferir que el respeto por la tutela en el acceso, participación y ejecución de las decisiones judiciales configura el rol más importante de la función judicial y en ese entendimiento, se deben extremar las medidas para lograr un cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado.

¹⁷ Fallos 339:740.

¹⁸ Voto de la Dra. Argibay in re Fallos 331:287.

¹⁹ Fallos 324:3358.

Precisamente, el Poder Judicial tiene la última palabra cuando se denuncia la afectación de un derecho fundamental y en ese contexto, recae sobre la institución de que se trata el deber de evitar que nuestro país incurra en responsabilidad internacional.

En efecto, el plexo normativo aplicable encomienda que el control de convencionalidad debe suscitarse en el marco de un proceso que garantice al justiciable su plena intervención y la revisión de las resoluciones adoptadas por el magistrado.

Si estos lineamientos no se efectivizan pues entonces no sería posible afirmar en ese caso que la intervención del órgano jurisdiccional satisfaga los recaudos propios del principio de tutela judicial efectiva.

En suma, la actualidad del sistema judicial argentino nos revela una plena convicción de efectuar el control de convencionalidad de las normas sometidas al escrutinio jurisdiccional, el compromiso de generar una plena participación de las partes y el desafío de implementar mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias.

Tratados Internacionales de Derechos Humanos y límites materiales de reformas constitucionales

Adriano Sant'Ana Pedra¹

I. Introducción

Las transformaciones constitucionales son necesarias para acomodar en las constituciones, los cambios que ocurren en la sociedad. Algunas veces, sin embargo, ellas encuentran obstáculos en los límites materiales establecidos por el poder constituyente –las cláusulas pétreas– como ocurre en la Constitución de Brasil y de otros países.

las cláusulas pétreas son consideradas clásicamente como obstáculos insuperables en una reforma constitucional, que sólo pueden ser superados a través del rompimiento del orden constitucional vigente, mediante la elaboración de una nueva Constitución. En Brasil, los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos poseen status de norma constitucional y son considerados cláusulas pétreas.

A pesar de que las cláusulas pétreas se hayan concebido para garantizar, de forma acentuada el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, la rigidez que ellas proporcionan, muchas veces no atienden las demandas de la sociedad. Para que una Constitución alcance la longevidad que de ella se espera, no se puede dejar que el hiato existente entre la Constitución y la sociedad exija la elaboración de un nuevo texto constitucional. De esta forma se justifica la profundización de los estudios sobre la posibilidad de realizar ciertas mudanzas constitucionales, a pesar de los límites impuestos por las cláusulas pétreas, cuando tales cambios sean necesarios para acompañar la evolución de la sociedad.

¹ 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). Máster en Derechos y Garantías Fundamentales (Facultad de Derecho de Vitória - FDV). Procurador Federal (Brasil). Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC/SP, Máster en Derechos y Garantías Constitucionales Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória - FDV, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória - FDV (pregrado, maestría y doctorado), Procurador Federal (Abogacía General de la Unión - Brasil). Contacto: adrianopedra@fdv.br.

II. Rigidez y evolución constitucional

Uno de los instrumentos para lograr la necesaria estabilidad de la Constitución es la rigidez constitucional, la cual está relacionada con las limitaciones del poder reformador, que se presenta como un importante instrumento de limitación jurídico del poder. Una Constitución rígida prevé un procedimiento engorroso, en relación con el procedimiento previsto para las leyes infraconstitucionales, para la adición, supresión o alteración de su texto. La rigidez no significa que la Constitución no pueda ser modificada; significa que ella solamente será reformada delante de ciertas exigencias que la propia Constitución establece.²

Pero la Constitución debe estar en armonía con la realidad y debe mantenerse abierta y dinámica a través del tiempo. Y debe ser así, porque una Constitución no se hace en un momento determinado, pero se materializa y actualiza constantemente. Las mudanzas constitucionales son necesarias como medio de preservación y conservación de la propia Constitución, permitiendo su perfeccionamiento, buscando, en un proceso dialéctico, alcanzar la armonía con la sociedad. Si la sociedad evoluciona, también el Estado debe evolucionar.

La Constitución no puede ser considerada perfecta y acabada, estando constantemente en una situación de mutua interacción y dependencia. Como dice Karl Loewenstein, la Constitución es un organismo vivo. Cada Constitución integra tan sólo el *status quo* existente para el momento de su nacimiento, no pudiendo prever el futuro.

*Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo o viviente.*³

Así, cuando la Constitución es redactada inteligentemente, puede intentar llevar en consideración, desde el principio, necesidades futuras por medio de mecanismos cuidadosamente colocados. No obstante, una redacción demasiado elástica, podría perjudicar la seguridad jurídica.

La rigidez de la Constitución es importante al haber establecido un procedimiento más difícil para que ella sea modificada, de modo que no quede a merced de modificaciones temerarias que permitan su aniquilación o hasta su misma sustitución por otra. Es por eso que aun en los países donde no existen cláusulas pétreas en la Constitución, como en el caso de Chile, la rigidez se hace necesaria, como dice Alejandro Silva Bascuñán.

Si no hay en nuestra Carta, como en la propia de otros Estados, materias respecto de las cuales se imponga, explícitamente, por excepción su irreformabilidad —llamadas cláusulas pétreas—, la adopción de tan altos quórum para modificarla por la nuestra representa, entre tanto, la voluntad

² F. HAMON, M. TROPER y G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 27ª ed., París, 2001, p. 40.

³ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 164.

*del Poder Constituyente originario de que no se altere el ideal de derecho inicial, sino en la medida en que el sólido consenso de una sustanciosa porción del querer nacional, representado por tan alto número de mandatarios elegidos por la ciudadanía, favorezca las alteraciones que se está proponiendo.*⁴

En lo que concierne a las cláusulas pétreas, se sabe que éstas son concebidas para garantizar el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, de forma más acentuada. Sin embargo, cuando estas limitaciones materiales impiden a la Constitución acompañar la evolución social, acabarán por cumplir exactamente el papel contrario a aquel que prestaba; una vez que la ruptura del ordenamiento se hace inevitable, entonces, sobreviene el abandono del texto constitucional y la inestabilidad social.

En ese sentido nos enseña Jorge Reinaldo A. Vanossi:

*La existencia en las constituciones de cláusulas “pétreas” o irreformables es —con el tiempo— una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución, para poder obtener así la modificación ansiada de los contenidos prohibidos. De donde resulta que en el plano de la dinámica constitucional, tanto la excesiva “rigidez” (cuando los mecanismos de reforma son excesivamente complicados) como la pretendida “eternidad” de ciertas cláusulas, vienen a servir al extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vías revolucionarias, es decir, al margen o en oposición al estilo evolucionista que caracteriza al pensamiento del constitucionalismo.*⁵

Gilmar Ferreira Mendes explica que la aplicación “ortodoxa de esas cláusulas, al contrario de asegurar la continuidad del sistema constitucional, puede anticipar su ruptura, permitiendo que el desarrollo constitucional se realice fuera de una eventual camisa de fuerza, del régimen de inmutabilidad”.⁶ De esta forma, paradójicamente, las cláusulas pétreas, cuando son concebidas como absolutas, se convierten en un obstáculo para la propia estabilidad que pretendían asegurar, provocando inestabilidad y sacrificios mayores con la elaboración de un nuevo texto constitucional del que ocurriría con alteraciones puntuales a través de enmiendas constitucionales.

Si por un lado la rigidez constitucional es imprescindible para mantener la estabilidad constitucional, por otro, tal rigidez debe permitir que la evolución de la sociedad sea acompañada por la evolución de la Constitución.

III. Las cláusulas pétreas en la Constitución Brasileña de 1988

Las cláusulas pétreas constituyen un núcleo intangible que se prestan para garantizar la estabilidad de la Constitución y preservarla contra alteraciones que aniquilen su núcleo esencial, o causen ruptura o eliminación del propio ordenamiento consti-

⁴ A. S. BASCUNÁN, Tratado de derecho constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. X, p. 260.

⁵ J. R. A. VANOSSI, Teoría constitucional, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, v. I, p. 188.

⁶ G. F. MENDES, “Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade - possibilidade jurídica de sua superação”, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. a. 2, n. 6. jan-mar 1994. São Paulo: RT, 1994, p. 17.

tucional, siendo la garantía de la permanencia de la identidad de la Constitución y de sus principios fundamentales.

Jorge Reinaldo A. Vanossi enseña que las *cláusulas pétreas, intocables, irreformables o eternas* son “límites fijados al contenido o sustancia de una reforma constitucional, o sea, que operan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente reformador o ‘derivado’.”⁷ Con esto, se busca asegurar que las conquistas jurídico-políticas esenciales no serán sacrificadas en épocas venideras.

Las cláusulas pétreas también están presentes en otros países, como en Francia, tal como dice Francis Hamon, Michel Troper y Georges Burdeau:

*Los límites de fondo consisten en la prohibición de modificar la Constitución en ciertos puntos. En Francia, por ejemplo, está vedado modificar la forma republicana del régimen, pero también es vedado afectar el carácter socialista de la economía o ciertos derechos fundamentales o el carácter federal del Estado.*⁸

Karl Loewenstein,⁹ al tratar las disposiciones intangibles de una Constitución, distingue dos situaciones. Por un lado, existen medidas para proteger instituciones constitucionales concretas –intangibilidad articulada–. Por otro, existen aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución que no deben estar necesariamente expresados en dispositivos o en instituciones concretas, siendo implícitos, inmanentes o inherentes a la Constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se abstraen de cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del “espíritu” o *telos* de la Constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional.¹⁰

La Constitución brasileña de 1988 amplió sobremanera el campo cubierto por las cláusulas pétreas, en relación al ordenamiento constitucional anterior, que apenas excluía del alcance del poder reformador, la abolición de la Federación y de la República. Las limitaciones materiales explícitas a la actividad reformadora están establecidas en los artículos 60, § 4º, del texto constitucional brasileño. El referido dispositivo establece que “no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir la forma federativa del Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la

⁷ J. R. A. VANOSSI, *Teoría constitucional*, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, v. I, pp. 186-187.

⁸ Para su comprobación, se trae el texto original en francés: “Les limites de fond consistent dans l’interdiction de modifier la constitution sur certains points. En France, par exemple, il est interdit de modifier la forme républicaine du régime. Mais on peut interdire aussi de porter atteinte au caractère socialiste de l’économie ou à certains droits fondamentaux ou au caractère fédéral de l’Etat”. Cf. F. HAMON, M. TROPER y G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 27ª ed., Paris, 2001, p. 41.

⁹ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 189.

¹⁰ Según Karl Loewenstein, “de lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen, que predominó durante los años 20, aunque su influencia se deja sentir mucho antes”. Cf. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 192.

separación de los Poderes; y los derechos y garantías individuales”. La Constitución actual contiene el rol más extenso a los límites materiales expresos en el ámbito de la evolución constitucional brasileña. La Carta de 1824 no contenía ninguna limitación material expresa. La Constitución de 1891 (artículo 90, § 4º) contenía la prohibición de abolir la República, la Federación y la igualdad de la representación de los Estados en el Senado Federal.¹¹ La Constitución de 1934 (artículo 178, § 5º) preveía como limitaciones materiales expresas, la República y la Federación. La Constitución de 1937 repitió a la de 1824, no presentando ninguna limitación material expresa. La Constitución de 1946 (artículo 217, § 6º), nuevamente protegía a la República y a la Federación, lo que vino a ser mantenido por la Constitución de 1967-1969.

El enunciado de la norma contenida en el artículo 60, § 4º, de la Constitución brasileña, al utilizar la expresión “abolir”, o mejor, “tendiente a abolir”, quiso preservar en cualquier hipótesis el núcleo de la Constitución, evitando que sean siquiera apreciadas y votadas por el Congreso Nacional, no solamente las propuestas de enmienda que vengan a suprimir cualquiera de los principios distinguidos como cláusulas pétreas, sino que también aquellas que vengan a afectarlos de forma equivalente, revelando una tendencia hacia su abolición, o también hiriendo su contenido esencial.

Conforme al alcance dado a la expresión “tendiente a abolir”, serían prohibidas tanto las propuestas de enmiendas constitucionales que lesionen directamente a las cláusulas pétreas, como las que perjudiquen indirectamente tales puntos. Sin embargo, la expresión “tendiente a abolir” permite la propuesta de enmiendas que vengan a ampliar las previsiones contenidas en el § 4º del artículo 60 de la Constitución brasileña.

La doctrina en su mayoría también reconoce la existencia de limitaciones implícitas, a despecho de importantes posiciones en sentido contrario, como el de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. En su magisterio, si la Constitución explicó cuáles son sus puntos intocables, se puede cuestionar si es posible que haya cláusulas pétreas implícitas. “Es difícil admitir que el constituyente al enunciar el núcleo intangible de la Constitución, lo haya hecho de modo incompleto, dejando en silencio una parte de él, como para excitar la capacidad investigativa de los juristas”.¹²

Acerca de las limitaciones implícitas, el magisterio de Joaquim José Gomes Canotilho¹³ hace distinción entre límites textuales implícitos, deducidos del propio texto constitucional, y límites tácitos, immanentes en un orden de valores pre-positivos. Pero ocurre que la doctrina no registra unanimidad acerca de cuáles serían exactamente esas limitaciones implícitas. Entonces los límites expresos presentan ventaja,

¹¹ La Constitución brasileña de 1988 no prevé expresamente la prohibición de alteración de la igual representación de los Estados miembros en el Senado Federal. Algunos sostienen que esta representación igual sea un principio básico de Federalismo y por tanto el mantenimiento de la Federación comprendería también esta igualdad; no obstante, conviene recordar que en la Federación alemana los Estados no tienen igual representación en el Senado.

¹² M. G. FERREIRA FILHO, “Significação e alcance das cláusulas pétreas”. Revista de Direito Administrativo. n. 202. out./dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 14.

¹³ J. J. G. CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, Almedina, 5ª ed., Coimbra, 2002, p. 1049.

pues el registro textual impide controversias al respecto de cuáles son los límites de la reforma constitucional.

Sin embargo, no nos podemos abstenen de identificar los límites implícitos en el derecho constitucional brasileño.

De acuerdo con la doctrina de Nelson de Sousa Sampaio¹⁴ las normas constitucionales que están implícitamente fuera del alcance del poder de reforma, pueden ser clasificadas de la siguiente manera: las que hablan respecto a los derechos fundamentales, las concernientes al titular del poder constituyente, las relativas al titular del poder reformador y las referentes al proceso de la propia enmienda o revisión constitucional. Cabe destacar que el poder reformador no puede restringir ni mucho menos abolir los derechos que se entienden como fundamentales, pero puede ampliarlos. Contemporáneamente, el respeto a los derechos fundamentales como limitación al poder reformador pasa a ser defendido bajo los postulados del derecho internacional, que para Edvaldo Britto, “son límites trascendentes al orden constitucional positivo y así, son eficaces en la limitación del ejercicio de la competencia reformadora”.¹⁵ El poder reformador tampoco puede alterar las reglas concernientes al titular del poder constituyente, que es el pueblo. Siendo poder constituido, si así lo hiciera, estaría realizando un verdadero fraude a la Constitución, considerando que el poder reformador no fue establecido para mudar la Constitución en un punto tan sensible. Las normas relativas al titular del poder reformador son irreformables porque él no puede renunciar o transferir un poder que le fue delegado por el poder constituyente y que, de esa forma, no le pertenece. Otro límite implícito apuntado por Nelson de Sousa Sampaio es la prohibición de la alteración de las reglas que disciplinan formalmente el procedimiento de alteración constitucional.¹⁶

Respecto a la imposibilidad de alterar el procedimiento formal de mudanzas en la Constitución, conviene traer la tesis de Alf Ross,¹⁷ para quien la alteración de la regla reguladora de la enmienda a la Constitución es un absurdo en sana lógica, configurándose un problema de auto-referencia. La idea desarrollada por Alf Ross apunta que la reforma de la cláusula constitucional que regula la propia reforma, además de implicar una inferencia en la cual la conclusión contraría una de sus premisas, ocasiona también conferir a la disposición sobre reforma una auto-referencia inadmisibles lógicamente.

De esta forma, puede ser considerada como una limitación implícita, aquella atinente a la supresión del propio artículo 60, § 4º de la Constitución brasileña.

Otra prohibición implícita es la reforma constitucional que disminuye la competencia de los Estados-miembros, pues esto tiende a abolir la Federación. Así mismo

¹⁴ N. S. SAMPAIO, O poder de reforma constitucional. Nova Alvorada, 3ª ed., Belo Horizonte, 1994, pp. 95-108.

¹⁵ E. BRITO, Limites da revisão constitucional, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 98.

¹⁶ M. G. FERREIRA FILHO, O poder constituinte, Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 1999, p. 121.

¹⁷ A. ROSS, Direito e justiça, trad. de Edson Bini e Alysso Leandro Mascaro, Edipro, Bauru, 2000, pp. 106-107.

es vedado implícitamente, la alteración constitucional que permite la perpetuidad de los mandatos. También estarían fuera del alcance del poder de reforma, las normas constitucionales concernientes al titular del poder constituyente –visto que una reforma constitucional no puede mudar el titular del poder constituyente, que crea el propio poder reformador–, las concernientes al titular del poder reformador –porque sería un despropósito que el legislador reformador estableciese un nuevo titular de un poder derivado, sólo de la voluntad del constituyente originario–, y las relativas al proceso de la propia enmienda.¹⁸ Igualmente deben ser consideradas limitaciones materiales, la forma republicana de gobierno y el sistema presidencialista,¹⁹ pues corresponden a la voluntad expresa y directamente manifiesta del titular del poder constituyente, con base a la consulta popular efectuada el 21 de abril de 1993.

También existen autores²⁰ que incluyen los derechos fundamentales sociales en el elenco de los límites materiales (expresos o implícitos). Ingo Wolfgang Sarlet defiende que la abolición de los derechos fundamentales sociales “acabarían por redundar en la propia destrucción de la identidad de nuestro orden constitucional, lo que, evidentemente, se encuentra en flagrante contradicción con la finalidad esencial de los límites materiales”.²¹ Por el enunciado literal del artículo 60, § 4º, IV, se llega a la conclusión de que solamente los “derechos y garantías individuales” se encuentran incluidos en el rol de las cláusulas pétreas de la Constitución brasileña. Esta interpretación restrictiva estaría excluyendo de la protección otorgada por la norma contenida en el artículo 60, § 4º, IV, de la Constitución brasileña, no sólo los derechos sociales (artículos 6º al 11), sino también los derechos de nacionalidad (artículos 12 y 13), así como los derechos políticos en general (artículos 14 al 17), con reserva, para éstos últimos, del sufragio universal y secreto garantizado en el artículo 60, § 4º, II, de la Constitución brasileña. Tampoco serían merecedores de dicha protección, los derechos de expresión colectiva. En efecto, para Ingo Wolfgang Sarlet,²² las cláusulas pétreas necesariamente incluyen los derechos fundamentales sociales, sea por fuerza del artículo 60, § 4º, IV, de la Constitución brasileña, sea por la condición del límite implícito, debido a los efectos del reconocimiento de su protección contra una eventual enmienda.

¹⁸ J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros, 20ª ed., São Paulo, 2002, p. 68.

¹⁹ R. M. HORTA, *Estudos de direito constitucional*. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, pp. 95-96. R. M. HORTA, *Direito constitucional*, Del Rey, 3ª ed., Belo Horizonte, 2002, pp. 88 e 114.

²⁰ I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas”, *Interesse Público*. n. 17. jan./fev. 2003. São Paulo: Notadez, 2003, pp. 56-74.

²¹ I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 667.

²² I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 679.

Raul Machado Horta²³ también entiende que, además de las limitaciones materiales del § 4º del artículo 60 de la Constitución brasileña, aún existen otras limitaciones implícitas difundidas en las reglas constitucionales, que son: los fundamentos del Estado Democrático de Derecho (artículo 1º, I a V), el pueblo como fuente de poder (artículo 1º, parágrafo único), los objetivos fundamentales de la República Federativa (artículo 3º, I a IV), los principios de las relaciones internacionales (artículo 4º, I a X, parágrafo único), los derechos sociales (artículo 6º), la definición de la nacionalidad brasileña (artículo 12, I, “a”, “b” y “c”, II, “a” y “b”), la autonomía de los Estados Federados (artículo 25), la autonomía de los Municipios (artículos 29; 30, I, II e III), la organización bicameral del Poder Legislativo (artículo 44), la inviolabilidad de los Diputados y Senadores (artículo 53), las garantías de los jueces (artículo 95, I, II e III), la permanencia institucional del Ministerio Público (artículo 127) y sus garantías (artículo 128, § 5º, I, “a”, “b” y “c”), las limitaciones del poder de tributar (artículo 150, I, II e III, “a”, “b” y “c”, IV, V y VI, “a”-“d”, artículo 151), y los principios de orden económico (artículo 170, I a IX, parágrafo único).

En lo que concierne a los derechos individuales, además de los derechos explícitos y de los implícitos, es posible todavía, destacar una tercera categoría. José Afonso da Silva²⁴ distingue los derechos individuales en tres grupos: *derechos individuales expresos*, aquellos explícitamente enunciados en la Constitución brasileña; *derechos individuales implícitos*, aquellos que están sobreentendidos en las reglas de garantías, tales como el derecho a la identidad personal, ciertos desdoblamientos del derecho a la vida, el derecho a la actuación general (artículo 5º, II, de la Constitución brasileña); y los *derechos individuales resultantes* del régimen y de los principios adoptados por la Constitución, así como en los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte. Los *derechos individuales resultantes* no están ni implícita ni explícitamente enumerados, proviniendo, viniendo o pudiendo proceder del régimen adoptado; como el derecho a la resistencia, entre otros de difícil interpretación *a priori*.

Según entiende Luiz Pinto Ferreira,²⁵ las cláusulas pétreas se constituyen de pocos artículos en las constituciones de los países desarrollados o primer-mundistas, donde sobrevive el respeto a la ley, siendo más amplio en los países sub-desarrollados o en desarrollo, los llamados países tercermundistas, donde este núcleo intangible es irrespetado por los poderes constituidos en la gran mayoría de las veces. Extender la relación de las cláusulas pétreas con el propósito de proteger muchos puntos de la Constitución, es extremadamente peligroso. Como dice Karl Loewenstein²⁶ “en una palabra: ante las disposiciones de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn hay

²³ R. M. HORTA, Estudios de direito constitucional. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 95. R. M. HORTA, Direito constitucional, Del Rey, 3ª ed., Belo Horizonte, 2002, p. 88.

²⁴ J. A. SILVA, Curso de direito constitucional positivo. Malheiros, 20ª ed., São Paulo, 2002, p. 193.

²⁵ L. p. FERREIRA, “As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido”, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n. 1. jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 216.

²⁶ K. LOEWENSTEIN, Teoría de la constitución, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 192.

que decir, desgraciadamente: seguro que son productos de la buena fe, pero ‘quien mucho abarca, poco aprieta’.”

IV. Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La Constitución brasileña absorbe los tratados relativos a los derechos humanos en los términos establecidos en su artículo 5, §§ 2º y 3º. El artículo 5º, de la Constitución brasileña prescribe que “los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”. Este dispositivo constitucional establece una cláusula de apertura, es decir, una posibilidad de incorporarse, en el derecho constitucional brasileño, derechos humanos pactados por Brasil en el orden internacional.

El legislador constituyente deseó que, a lo largo del tiempo, se incorporen a la Constitución derechos (derechos humanos fundamentales) no previstos originariamente en su texto. El texto constitucional de 1988 fue el primero en la historia brasileña en hacer esa remisión a los tratados internacionales de derechos humanos.

Hay cuatro corrientes de pensamiento acerca de la jerarquía de los tratados de protección a los derechos humanos: (i) jerarquía supraconstitucional, (ii) jerarquía constitucional, (iii) jerarquía supralegal e infraconstitucional y (iv) paridad jerárquica con ley ordinaria. A pesar de la divergencia presentada por la doctrina, el Supremo Tribunal Federal atribuía a los tratados internacionales en general –incluso aquellos que versan sobre derechos humanos– posición jurídica equivalente a la de las leyes ordinarias.

El nuevo contexto internacional hizo que el Tribunal Supremo Federal modificara su entendimiento acerca del status de los tratados internacionales sobre derechos humanos. A finales de 2008 el Supremo Tribunal Federal alteró su entendimiento y pasó a considerar que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que Brasil se adhirió gozan de status de norma supralegal, en los términos de los juicios del HC 87.585 / TO, del RE 349.703 / RS y del RE 466.343 / SP.

Sin embargo, la doctrina jurídica brasileña discrepa del entendimiento del Supremo Tribunal Federal, para decir que los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos poseen status de norma constitucional.

El Congreso Nacional brasileño, a través de la Enmienda Constitucional N° 45, de 2004, reformó la Constitución para añadir el § 3º en el artículo 5, con el siguiente tenor: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que se aprueben, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”. No obstante, la discusión en torno a los tratados internacionales de derechos humanos permanece para aquellos tratados que fueron ratificados antes de la vigencia de esta Enmienda.

A diferencia del entendimiento del Supremo Tribunal Federal, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5º, § 3º, de la Constitución brasileña,

la Convención continúa en vigor, de ésta con fuerza de enmienda constitucional. La norma emanada por el dispositivo en cuestión es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a derechos humanos en los que Brasil sea parte deben ser asimilados por el orden jurídico del país como normas de jerarquía constitucional; (...) el Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (artículo 5º, § 3º), la cual tiene eficacia retroactiva.

Así, de la misma forma que la Constitución brasileña extiende la mano a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, procede de la misma forma en cuanto a los deberes humanos, pues éstos se prestan a efectivizar aquellos. Se ve, por ejemplo, los deberes de instruirse, de cuidar de los hijos menores y de los padres en caso de necesidad, previstos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948)

Art. 30. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos necesitar.

Art. 31. Toda persona tiene el deber de adquirir, al menos, la instrucción primaria.

La Constitución argentina se expresa en cuanto a la jerarquía constitucional de esta Declaración:

Argentina

Art. 75, 22. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; [...]; en las condiciones de su vigencia, de la jerarquía constitucional, en el derogan artículo de la primera parte de esta Constitución y de los entendimientos complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. En su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aceptación de las de las terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, que son aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las de las terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

De esta forma, como hay derechos fundamentales que están implícitos en la Constitución brasileña, y tantos otros derivados del régimen y de los principios adoptados por la Constitución, así como de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte, en los términos del artículo 5º, § 2º, de la Constitución Federal, se hace necesario conferir un tratamiento para los deberes fundamentales con la misma cláusula de apertura. Esto debe ocurrir porque los deberes fundamentales funcionan, sobre todo, como guardianes de los propios derechos.

V. Acerca de la (in)tangibilidad de las cláusulas pétreas

Las limitaciones materiales siempre proporcionan momentos paradójicos, pues, si por un lado protegen el ordenamiento jurídico contra investidas ilegítimas, por otro impiden que este mismo ordenamiento jurídico evolucione. En ese sentido, esta intangibilidad de ciertos dispositivos constitucionales, merecen una profunda reflexión.

La existencia de dispositivos intangibles a lo largo del tiempo, sirve para preservar derechos duramente conquistados. Sin embargo, también pueden contribuir para perpetuar injusticias sociales. Joaquim Benedito Barbosa Gomes ve “con cierta desconfianza, la aplicación irreflexiva de la teoría de las cláusulas pétreas en una sociedad con las características brasileñas, las que se singularizan por la desigualdad y por las iniquidades de toda suerte”.²⁷ A este respecto, también son precisas las palabras de Norberto Bobbio:

*Vale la pena recordar que históricamente, la ilusión de un fundamento absoluto de algunos derechos establecidos, fue un obstáculo para la introducción de nuevos derechos, total o parcialmente incompatibles con aquellos. Basta pensar en los obstáculos opuestos al progreso de la legislación social, por la teoría derecho-naturalista del fundamento absoluto de la propiedad: la oposición de casi un siglo contra la introducción de los derechos sociales fue hecha en nombre del fundamento absoluto de los derechos de libertad. El fundamento absoluto no es apenas una ilusión, en algunos casos, es también un pretexto para defender posiciones conservadoras.*²⁸

En lo que concierne a las limitaciones materiales impuestas por las circunstancias históricas, en la medida en que los motivos que ocasionaran las cláusulas pétreas quedaran superados, principalmente en razón de la evolución de la sociedad y no estando presentes las situaciones coyunturales que las reclamaron, debería ser posible la superación de tales obstáculos, sin la ruptura del orden constitucional vigente.

Además de eso, los contornos delineados por las cláusulas pétreas no implican que ellas sean intocables. Al respecto, son pertinentes las palabras de Ingo Wolfgang Sarlet.²⁹

La mera modificación en el enunciado del dispositivo no conduce necesariamente a una inconstitucionalidad, siempre que quede resguardo el sentido del precepto y no se afecte la esencia del principio objeto de la protección. De cualquier modo, es posible comulgar con el entendimiento de que la protección de las “cláusulas pétreas”, no significa la absoluta intangibilidad del bien protegido, por lo menos, en el sentido de impedir cualquier tipo de restricción. No se puede descuidar en este contexto, que los derechos y garantías fundamentales (a despecho que constituyan límites materiales a la reforma) puedan ser objetos de restricción por el legislador infraconstitucional, siempre preservando las exigencias de la reserva legal (si fuera el caso), así como también, salvaguardando el núcleo

²⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADIn n. 3.105-8/DF.

²⁸ N. BOBBIO, *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 22.

²⁹ I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 669.

esencial del derecho restringido y observados los dictámenes de la proporcionalidad, de tal suerte que no parece aceptable la tesis de que el poder reformador (aunque siempre limitado), pueda menos que el legislador ordinario.

El sentido conferido a los límites materiales de la reforma constitucional ha sido una *vaexata questio* que divide a los constitucionalistas hace cerca de 100 años. Tres líneas de pensamiento principales se manifiestan.³⁰ La primera de ellas considera tales límites como imprescindibles e insuperables. La segunda impugna su legitimidad o su eficacia jurídica. En la tercera corriente, admitiendo tales límites, los toman tan sólo como relativos, susceptibles de remisión a través de la *doble revisión* o del *doble proceso de revisión*.

Algunos juristas defienden que las cláusulas pétreas pueden ser modificadas o abolidas, entendiendo que es absurda la prohibición de mudanzas de las normas de la Constitución de acuerdo con el derecho. El significado real sería un agravamiento de la rigidez, siendo que las materias contempladas en las cláusulas pétreas, estarían doblemente protegidas. En el entender de Jorge Miranda

*las cláusulas de límites materiales son posibles, le es legítimo al poder constituyente (originario) decretarlas y es obligatorio que sean cumplidas mientras estuvieran en vigencia. Más aún, son normas constitucionales como cualquier otra y pueden así mismo, ser objeto de revisión, con las consecuencias pertinentes.*³¹

De acuerdo con esta línea de pensamiento, en razón de esta doble protección, sería necesario primeramente revocar la cláusula que impone la limitación material, para después alterar las disposiciones sobre la materia en cuestión. La tesis de la doble revisión es defendida por Jorge Miranda:

Las normas de límites expresos, no son ni lógicas ni jurídicamente necesarias. Necesarios son los límites. [...] Ellas son revisables del mismo modo que cualquier otra norma; son susceptibles de enmienda, adición o eliminación y hasta pueden venir a ser suprimidas a través de la revisión. Ellas no son propiamente límites materiales. Si fueren eliminadas cláusulas concernientes a los límites del poder constituyente (originario) o a los límites de revisión propios o de primer grado, ni aun así, tales límites dejarán de imponerse al futuro legislador de la revisión. Ellos quedarán menos ostensivos y por lo tanto, menos guarnecidos, por faltar, de ahora en adelante, la interposición de preceptos expresos en declararlos. Así, solamente habrá revisión constitucional, y no exceso del poder de revisión, si continúan siendo cumplidos. Si fueren eliminadas cláusulas de límites impropios o de segundo grado, como son las que se constituyen como límites, tal acto acarreará por lo consiguiente y de manera automática la desaparición de los respectivos límites, que, de este modo, en una próxima revisión, ya no tendrán que ser observados. Es sólo en este sentido que se puede hablar de "doble revisión".

Pese a las razones presentadas por el jurista portugués, Louis Favoreu y otros entienden que la propuesta de la doble revisión procede de un raciocinio equivo-

³⁰ J. MIRANDA, Manual de direito constitucional, Coimbra, 3ª ed., Coimbra, 1996, t. II, p. 190. J. MIRANDA, Teoria do Estado e da Constituição, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 413.

³¹ J. MIRANDA, Teoria do Estado e da Constituição, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 416.

cado.³² Para Louis Favoreu,³³ las prohibiciones de revisar pueden parecer paradójicas a ciertos autores que la consideran tan sólo obstáculos condicionales, pues, para ellos, si no es posible revisar la forma republicana de gobierno, es perfectamente posible revisar primero el artículo 89 (5) del texto constitucional francés,³⁴ para en seguida modificar la forma de gobierno. Minoritariamente la misma posición fue sustentada en Alemania. Para Louis Favoreu este argumento está equivocado, pues desencadenaría una regresión al infinito. Si fuese lícito revisar primero el artículo 89 (5) del texto constitucional francés, el constituyente podría directamente prohibir su modificación. Si fuese entonces lícito revisar esta prohibición, podría ser prohibido revisar tal prohibición de prohibir etc. El argumento se reduce entonces a la afirmación de que el texto puede ser considerado como no escrito.

Vital Moreira³⁵ prefiere designar la tesis en comentario como “teoría de la revisibilidad de las cláusulas prohibidas de revisión”. Más aún, “es una tesis que aparenta teóricamente ser inconsistente, lógicamente insostenible y jurídicamente indefendible”. En primer lugar, porque la norma prohibitiva es dirigida por el poder constituyente al poder de revisión constitucional. En segundo lugar, si el sentido de la referida norma fuese apenas de hacer necesaria una “revisión en dos vueltas”, entonces la Constitución lo habría dicho. En tercer lugar, porque no tiene sentido admitir que el poder constituido pueda reconsiderar el sistema esencial de los valores de la Constitución, tal como fue explicado por el poder constituyente. En cuarto lugar, admitir la doble revisión significa admitir que una Constitución puede ser subvertida y transformada en otra, y aún sustituida, a través de sus propios mecanismos, sin solución de continuidad constitucional. Concluye que “la teoría de la doble revisión es, en un último análisis, un expediente para intentar legitimar y ‘constitucionalizar’ una ruptura constitucional ‘en frío’.”

Para Carlos Ayres Britto, la técnica de la doble revisión es “lo más anti-técnico que hay a la luz de una depurada Teoría de la Constitución”.³⁶ Al fin, si fuese posible reformar las cláusulas constitucionales de reforma, entonces la Constitución podrá

³² Defienden la tesis de la doble revisión, entre otros, Jorge Miranda y Paolo Biscaretti Di Ruffia. La rechazan, entre otros, José Joaquim Gomes Canotilho y Carl Schmitt. Cf. U. L. BULOS, “Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade”, *Revista de Direito Administrativo*. n. 217. jul./set. 1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 130: “Nos parece inviable el legislador reformador, por intermedio de doble revisión, suprimir los límites procedimentales, ni siquiera a través de la consulta popular, sea a través de plebiscito, sea a través de referendo”.

³³ Cf. L. FAVOREU, p. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX y G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 5ª ed., París, 2002, p. 108.

³⁴ In verbis: “La forma Republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión”.

³⁵ Adiciona el autor: “sería lo mismo que admitir que un automovilista, no obstante debiendo respetar una señal en sentido de prohibición, se pueda bajar, retirar la señal y consiguientemente avanzar... legalmente! La naturaleza fraudulenta de tal recurso salta a la vista”. Cf. V. MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, Editorial Caminho, Lisboa, 1980, pp. 106-108.

³⁶ C. A. BRITTO, *Teoria da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 76.

perder su carácter rígido. Y sin rigidez formal, no hay cómo preservar la superioridad jerárquica de la Constitución sobre las otras formas normativas.

No obstante, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁷ argumenta que no es fraude en la Constitución, admitir la supresión de cláusulas pétreas, pues no son intocables las reglas que disciplinan las alteraciones de la norma constitucional. “Esto se tomaría en cuenta, si la Constitución contemplase entre sus ‘cláusulas pétreas’ el proceso de modificación constitucional que consagró”.

Para José Carlos Francisco³⁸ la posibilidad de una doble enmienda “es más que una salida honrosa’ para la paradoja creada por las limitaciones materiales, pero un criterio que se legitima no por el procedimiento sino por la amplia discusión a que está sujeto el tema sobre el cual versa”. Con la doble enmienda se evita los riesgos y las inestabilidades institucionales procedentes de un amplio proceso constituyente y los prejuicios provenientes del abandono de una Constitución perfeccionada con el tiempo.

Como se ve, varias son las tentativas de elaborar propuestas sustentado que las cláusulas pétreas no pueden ser entendidas como límites absolutos a la reforma constitucional, pues es imprescindible un cierto equilibrio entre la indispensable estabilidad constitucional y la necesaria adaptabilidad de la Constitución a la realidad social.

Otra propuesta que se hace, es comprender la posibilidad de superar tales limitaciones materiales dentro de un paradigma de un Estado democrático-participativo, sin recurrir a las ideas lanzadas anteriormente, tomando en consideración la participación directa del pueblo en el proceso de reforma de la Constitución.³⁹ Un proceso más intenso, con amplia participación popular, podría proporcionar la adecuación de la Constitución al proceso de mutación social, sin defraudar la Constitución, la realidad y la voluntad popular.

Cármén Lúcia Antunes Rocha se posiciona a favor de la revisión de las cláusulas sobre los límites a la reforma constitucional, siempre y cuando sea viable la participación directa del pueblo, en su condición de titular del poder constituyente en este proceso, lo que otorgaría a las reformas, un cierto grado de legitimidad.

Pienso –cambiando la opinión que anteriormente llegué a exteriorizar– que las cláusulas constitucionales que contienen los límites materiales expresos, no pueden ser consideradas absolutamente inmutables o dotadas de una naturaleza tal, que impida el ejercicio del poder constituyente derivado de la reforma. Por lo menos en uno u otro punto. [...] Por otra parte considero imprescindible que, en un sistema democrático, la reforma de este punto central intangible, inicialmente, al reformador dependerá, necesaria e imprescindiblemente, de la utilización de instrumentos concretos, serios y eficaces de medición de la legitimidad de la reforma, instrumentos éstos de democracia directa, pues, entonces ya no se podrá reflexionar sobre la reforma hecha según los parámetros normativos previa-

³⁷ M. G. FERREIRA FILHO, “Significação e alcance das cláusulas pétreas”. Revista de Direito Administrativo. n. 202. out./dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 15.

³⁸ J. C. FRANCISCO, Emendas constitucionais e limites flexíveis, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 98.

³⁹ A. S. PEDRA, A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2005.

*mente fijados, pero de modificaciones de gravedad y consecuencias inmediatas para un pueblo, que se subleva y decide alterar lo que se preestableció como, en principio, inmodificable.*⁴⁰

En ese sentido, no obstante valore la existencia de las limitaciones materiales, Carmen Lúcia Antunes Rocha cree en su relativa naturaleza, permitiendo acompañar las modificaciones ocurridas en razón del proceso de transformación social.

José Carlos Francisco⁴¹ también defiende “mecanismos ágiles y económicos de alteración del núcleo de las constituciones sin el recurso de elaboración de toda una nueva Constitución”, enfatizando la necesidad de legitimidad “para convalidar el empleo del poder constituyente híbrido o mixto y de la doble revisión”.

En ese mismo sentido está Gilmar Ferreira Mendes, quien entiende que es posible la superación de las limitaciones materiales impuestas al poder reformador, a través de la realización de una revisión efectiva y ejecutada por mecanismo especial y democrático. De ese modo, se deduce que la Constitución trae implícitamente la posibilidad de su superación, mediante proceso especial que cuente con la participación del pueblo.

*Si se entiende –lo que parece bastante razonable– que la revisión total o la revisión parcial de las cláusulas pétreas están implícitas en la propia Constitución, se puede pensar –mediante la utilización de un proceso especial que contase con la participación del pueblo– incluso la alteración de las disposiciones constitucionales relacionadas con el procedimiento de enmienda constitucional con el propósito de hacer explícito la idea de la revisión total o específica de las cláusulas pétreas, permitiendo, así, que se reglamente jurídicamente, la alteración de las cláusulas pétreas o, del mismo modo, la sustitución o la superación del orden constitucional vigente por otro.*⁴²

Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁴³ ve la teoría de las cláusulas pétreas, con la amplitud que se les atribuye, como una construcción conservadora, antidemocrática, no razonable, con una propensión oportunista y utilitaria al hacer abstracción de otros valores igualmente protegidos por la Constitución. Según él, la teoría de las cláusulas pétreas impone la perpetuación de la desigualdad.

Conclusión

Las cláusulas pétreas representan un esfuerzo del legislador constituyente para asegurar la integridad de la Constitución, impidiendo que eventuales alteraciones provoquen su destrucción, conservando su núcleo esencial, siendo la garantía de la permanencia de la identidad de la Constitución y de sus principios fundamentales. Merece ser destacado que el enunciado de la norma contenida en el artículo 60, §

⁴⁰ C. L. A. ROCHA, “Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional”, Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 30. n. 120. out./dez. 1993, pp. 181-182.

⁴¹ J. C. FRANCISCO, Emendas constitucionais e limites flexíveis, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 168.

⁴² G. F. MENDES, “Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade - possibilidade jurídica de sua superação”, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. a. 2, n. 6. jan-mar 1994. São Paulo: RT, 1994, pp. 18-19.

⁴³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADIn n. 3.105-8.

4º, de la Constitución brasileña quiso preservar el corazón de la Constitución, vedando inequívocamente que sean siquiera examinadas y votadas por el Congreso Nacional, no solamente las propuestas de enmiendas constitucionales que vengan a suprimir cualquiera de los principios distinguidos como cláusulas pétreas, sino que también, aquellas que vengan a afectarlos de forma equivalente, revelando una tendencia a su abolición o hiriendo su contenido esencial.

Pero, como la Constitución debe estar en armonía con la realidad, se debe mantener abierta y dinámica a través de los tiempos. Las mudanzas constitucionales son necesarias como medio de preservación y conservación de la propia Constitución, permitiendo su perfeccionamiento, buscando, en un proceso dialéctico, alcanzar la armonía con la sociedad.

En ese sentido, no obstante que la redacción del texto constitucional sea la más adecuada en el momento de su elaboración, muchas veces son exigidas transformaciones constitucionales que vienen a adecuar la Constitución. Mientras tanto, aún y cuando las cláusulas pétreas hayan sido concebidas para garantizar, de forma aún más agravada, el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, cuando estas limitaciones materiales impiden a la Constitución acompañar la evolución social, acaban por cumplir exactamente el papel contrario a aquel que sirven.

Con esto, paradójicamente las cláusulas pétreas, cuando concebidas como absolutas, se tornan obstáculos para la propia estabilidad que pretendían asegurar, provocando inestabilidad y sacrificios mayores con la elaboración de un nuevo texto constitucional, lo que impone una profunda ponderación al respecto. Es claro que hay cláusulas pétreas que no son susceptibles de ser superadas, como los derechos fundamentales, visto que representan un núcleo de valores que no pueden ser apartados ni siquiera con la voluntad de una irrefutable mayoría.

Finalmente, merece registrarse que las ideas aquí lanzadas no tienen como objetivo procurar mecanismos para abolir la identidad de la Constitución y, con ella, la continuidad del orden jurídico de la colectividad. Nada podría estar más distante de las presentes reflexiones. Por el contrario, se busca encontrar medios jurídicos para no dejar la Constitución apartarse de la realidad social, que está en permanente evolución, aunque para eso sea necesario superar dispositivos constitucionales considerados intangibles. Si la sociedad no acepta más determinada norma constitucional, se debe permitir la mudanza en la Constitución, su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad, a los nuevos impulsos, a las nuevas fuerzas, sin que para eso sea necesario recurrir a una revolución, lo que provocaría una ruptura en el ordenamiento jurídico y una nueva Constitución. La convocación de una nueva Asamblea Constituyente, incluso a guisa de establecer avances, podrá producir profundos daños a la sociedad, una vez que los trabajos de elaboración de un nuevo texto constitucional no siempre se limitan a los puntos que ocasionaron el proceso constituyente, pudiendo conducir los debates a puntos distintos de los necesarios a la nueva realidad social.

Bibliografía

- A. ROSS, *Direito e justiça*, trad. de Edson Bini e Alysson Leandro Mascaro, Edipro, Bauru, 2000.
- A. S. BASCUÑAN, *Tratado de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. X.
- A. S. PEDRA, *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas, Mandamentos*, Belo Horizonte, 2005.
- A. S. PEDRA, “Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. a. 43. n. 172. out./dez. 2006.
- C. A. BRITTO, *Teoria da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- C. L. A. ROCHA, “Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 30. n. 120. out./dez. 1993.
- C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- E. BRITO, *Límites da revisão constitucional*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1993.
- F. HAMON, M. TROPER y G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 27ª ed., Paris, 2001.
- G. F. MENDES, “Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade - possibilidade jurídica de sua superação”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. a. 2, n. 6. jan-mar 1994. São Paulo: RT, 1994.
- I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas”, *Interesse Público*. n. 17. jan./fev. 2003. São Paulo: Notadez, 2003.
- I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976.
- J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros, 20ª ed., São Paulo, 2002.
- J. C. FRANCISCO, *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 5ª ed., Coimbra, 2002.
- J. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, 3ª ed., Coimbra, 1996, t. II.
- J. MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2002.
- J. R. A. VANOSSI, *Teoría constitucional*, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, v. I.

- L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX y G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 5ª ed., Paris, 2002.
- L. p. FERREIRA, “As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- M. G. FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 1999.
- M. G. FERREIRA FILHO, “Significação e alcance das cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*. n. 202. out./dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- M. ROSENFELD, *A identidade do sujeito constitucional*, trad. de Menelick de Carvalho Netto, Mandamentos, Belo Horizonte, 2003.
- M. V. M. ANTUNES, *Mudança constitucional: o Brasil pós-88*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.
- N. BOBBIO, *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- N. S. SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*. Nova Alvorada, 3ª ed., Belo Horizonte, 1994.
- R. M. HORTA, *Direito constitucional*, Del Rey, 3ª ed., Belo Horizonte, 2002.
- R. M. HORTA, *Estudos de direito constitucional*. Del Rey, Belo Horizonte, 1995.
- U. L. BULOS, “Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade”, *Revista de Direito Administrativo*. n. 217. jul./set. 1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- V. MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, Editorial Caminho, Lisboa, 1980.

El Derecho Procesal Constitucional como garantía de los Derechos Humanos¹

Eduardo Andrés Velandia Canosa²

I. Introducción

Hoy no debe quedar ninguna duda, sobre la inexistencia de diferencias sustanciales entre derechos humanos y derechos fundamentales, toda vez que, como desarrollo del bloque de constitucionalidad, los dos tipos de derechos hacen parte de la misma disposición: la Constitución convencionalizada (en lo sucesivo, cada vez que utilicemos la expresión Constitución, debe entenderse en el sentido indicado, debido al bloque de constitucionalidad).

Tampoco debe quedar ninguna duda, que los derechos descritos anteriormente son de aplicación inmediata y obligatoria por todas las autoridades públicas, incluidos los jueces al momento de proferir sus decisiones judiciales e incluso por los particulares cuando se encuentren en superioridad de condiciones. No obstante, la consagración de estos derechos en el texto normativo de la Constitución, no significa que los mismos no se vulneren o desconozcan, por el contrario, cotidianamente se evidencia su vulneración y/o amenaza, por lo cual nos surge un interrogante: ¿se ha asignado algún tipo de garantía especial para la eficacia de este tipo de derechos? O preguntémoslo de la siguiente manera: ¿es el derecho procesal constitucional la

¹ El presente artículo forma parte del proyecto de investigación denominado “sentencias de unificación y extensión de fallos”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Proceso, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Universidad Libre e identificado con el número 11010120, del cual es integrante el autor.

² Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; ex Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro de las asociaciones Argentina de Derecho Constitucional, Argentina de Derecho Procesal Constitucional, Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Bogotá); profesor del Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (Italia), de las Maestrías en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, de la Universidad de la Sabana y de la UEES (Ecuador), de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina), de la maestría en derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia), de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás y de a Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín; profesor de la Especialización en Derecho Constitucional de la UBA (Argentina) y de la Especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia), de la Especialización en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda, entre otras. eduardoandresvelandiacanosa@acdpc.co.

disciplina jurídica que debe estudiar los instrumentos que garantizan la eficacia de los derechos humanos? La presente investigación demostrará que sí, por lo cual se precisarán tales instrumentos.

En efecto, a partir del fallo del caso *Thomas Bonham (Bonham's case)* de 1610, se empieza a edificar la teoría de garantía de los derechos humanos, la cual sin lugar a dudas corresponde al derecho procesal constitucional.

Por lo expuesto, en la presente investigación se pretende precisar los sectores del derecho procesal constitucional que protegen o garantizan los derechos humanos: (i) el que garantiza la supremacía constitucional, el cual perfecciona el derecho objetivo ajustando el ordenamiento jurídico a la Constitución; (ii) el que protege los derechos humanos vulnerados o amenazados; y, (iii) el que permite la reparación integral de los derechos humanos en sede transnacional.

Hoy no se tiene duda sobre la necesidad de sistematizar la protección jurisdiccional de los derechos humanos, la cual, a pesar de contener sus normas de principio en la Constitución, y tener su desarrollo en normas infra-constitucionales, aún carece de sistematización (al menos en Colombia), tarea que le corresponde al derecho procesal constitucional.

Lo expuesto anteriormente se impone en el paradigma del Estado (neo) constitucional de Derecho, donde la justicia constitucional tiene una misión multidimensional: (i) defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, (ii) proteger los derechos humanos consagrados en la Constitución; (iii) resolver los conflictos de competencia del orden constitucional, y; (iv) reparar integralmente a las víctimas por violación de sus derechos humanos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y realizando el control de convencionalidad (esta última dimensión por la jurisdicción constitucional transnacional, cuando no se logre en el derecho interno), lo cual exige retomar nuevamente el tema, con el único propósito de lograr una plena eficacia de las normas constitucionales en su dimensión objetiva y subjetiva.

En efecto, el Estado (neo)constitucional impone la fuerza normativa de la Constitución, es decir, su imperativo cumplimiento, lo cual exige teorizar sobre un sistema de justicia constitucional que permita cumplir con la visión del nuevo paradigma, alejado del temor por la congestión de la jurisdicción constitucional, pero brindando un método que permita un verdadero control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, una verdadera tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales, dotando al juez ordinario de una competencia incidental para decidir sobre la inaplicación de la ley y la protección de los derechos humanos en los procesos de su competencia, logrando así la realización del proyecto constitucional adoptado por el constituyente. En efecto, esto podrá lograrse en un modelo integral de jurisdicción constitucional, dotado de un sistema multidimensional, donde la naturaleza objetiva y subjetiva de la justicia constitucional sea una realidad.

En Colombia pueden identificarse seis etapas: (i) la de ausencia de justicia constitucional, previa a 1811; (ii) la de control político de constitucionalidad, entre 1811 y

1886;³ (iii) la de control presidencial de constitucionalidad, a través de las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de ley, entre 1886 y 1910 (art. 90 de la Constitución de 1886); (iv) la de control jurisdiccional, creando el modelo dual y paralelo de justicia constitucional, con la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a la Cabeza de este modelo, ejerciendo el control de constitucionalidad por vía de acción y a la vez, todos los jueces, ejerciendo un control de constitucionalidad en el modelo por vía de excepción, que va desde 1910 hasta 1968; (v) en esta etapa se reafirma el modelo dual y paralelo, pero aparece en la Corte Suprema de Justicia una Sala Constitucional, que va desde 1968 hasta 1991; y, (vi) la etapa actual, que ha consagrado un modelo híbrido, con una Corte Constitucional y un Consejo de Estado a la Cabeza, en cuanto a la naturaleza objetiva, con un apoyo de todos los jueces (definiendo la especialidad según algunas acciones) en lo que respecta a la naturaleza subjetiva, etapa que va desde 1991 hasta nuestros días.

El modelo dual se consolidó en Colombia con el Acto Legislativo No. 3, expedido el 31 de octubre de 1910 (enmienda constitucional a la Constitución de 1886). En este modelo se concretaron paralelamente los siguientes sistemas de control de constitucionalidad: (i) uno que otorgó competencia al juez ordinario (incluso a todo funcionario estatal), para inaplicar la ley contraria a la Constitución en procesos no especializados de control de constitucionalidad; y, (ii) otro le atribuyó competencia a la Corte Suprema de Justicia como juez especializado para dirimir el conflicto suscitado entre el legislativo y el ejecutivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; y, para conocer de la acción pública (popular) de inexequibilidad de la ley y los decretos expedidos por el ejecutivo, dando inicio al proceso especial de control de constitucionalidad.⁴

En efecto, por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que en Estados Unidos de Norteamérica se conoció como modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad, al establecerse en el artículo 40 del citado acto legislativo:

*“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.*⁵

³ El artículo 9 de la Constitución de Cundinamarca del 4 de abril de 1811, en la cual se atribuyó el control de constitucionalidad a un Senado de Censura. “El objeto principal de este Senado, era el de velar por el cumplimiento de la Constitución e impedir que se atropellasen los derechos del pueblo y de los ciudadanos; mejor dicho, era una especie de Corte Constitucional actual”: Olano García, Hernán Alejandro, *La Constitución monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006, p. 81.

⁴ Cfr. Velandía Canosa, Eduardo Andrés, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, en Velandía Canosa, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2010, p. 35.

⁵ Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, Tomo IV, estudio preliminar y anexo, Restrepo Piedrahita, Carlos, 4ª ed., Bogotá, Banco Popular, 1986, p. 326.

Este es un claro instrumento que permitió la inaplicación de la ley y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por el juez común o por cualquier funcionario de cualquiera de los órganos que conformaban el poder público.

Paralelamente se otorgó competencia a un juez especializado, anticipándose diez años al modelo propuesto por Kelsen, conocido como el modelo concentrado, ya que contempló en el artículo 41 del citado acto legislativo lo siguiente:

“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objeto como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.*⁶

Lo expuesto significa que Colombia creó un modelo originario de control de la constitucionalidad dual y paralelo, toda vez que coexistieron, uno ante la Corte Suprema de Justicia (propio del sistema que 10 años después diseñara Kelsen) y otro difuso pero de origen constitucional (que en Norteamérica se consolidó en el caso *Marbury versus Madison*). Sin lugar a dudas, esta ha sido uno de las más importantes contribuciones de Colombia al desarrollo científico del derecho,⁷ sistema que permitió proteger de manera indirecta los derechos humanos.⁸

Este modelo ha tenido plena vigencia en Colombia hasta nuestros días, profiriéndose por la Corte Suprema de Justicia el 20 de abril de 1912, la primera sentencia de inexecutable por vía de acción, no declarando la inexecutable de la norma legal demandada (se demandó la ley 65 de 1911);⁹ el primer fallo que decretó la inexecutable de una norma jurídica, data del 7 de febrero de 1913, dentro del caso *RV. Padre Vicente Leza S.J. V. Decreto 774 de 1912*.¹⁰ Este modelo ha sido acogido por Perú a partir de la expedición de su Constitución de 1979, manteniéndose el modelo con la Constitución de 1993.¹¹

⁶ Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín. *Constituciones de Colombia*. *Op. cit.*, p. 326.

⁷ Decimos una de las más importantes, porque no hay que desconocer que la primera Constitución hispanoamericana se expidió el 15 de agosto de 1910 en la entonces Provincia del Socorro, Colombia. Cfr. Rodríguez Plata, Horacio, *La antigua Provincia de El Socorro y la independencia*, Vol. XCVIII, Bogotá, Biblioteca de Historia Nacional, 1963. Igualmente debe resaltarse, que el derecho constitucional académico en Argentina fue creado por el ilustre jurista colombina Florentino González, quien además publicó el primer libro sobre derecho constitucional de tal país: González, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1869.

⁸ Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las constituciones de Colombia*, t. I, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 217; Valencia Villa, Hernando, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 64, 65; González Jácome, Jorge, *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 82.

⁹ Cfr. Barrero Berardinelli, Juan Antonio. *Jurisprudencia constitucional. Precedentes de la Humanidad*. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁰ Cfr. Barrero Berardinelli, Juan Antonio. *Ibidem*, pp. 133.160.

¹¹ Cfr. García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2001, p. 133.

El modelo concentrado de justicia constitucional, es clásico u originario y de origen austriaco, ideado por el ilustre jurista vienés Hans Kelsen, quien pareciera realizar desde su perspectiva un perfeccionamiento a los modelos precedentes.¹² Los principales argumentos de su tesis podemos sintetizarlos así: (i) el control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier juez y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación de un Tribunal Constitucional como juez especializado del control de la constitucionalidad de la ley, tesis que finalmente ha sido acogida por la mayoría de países del mundo. (ii) Adicionalmente, este juez únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley. No como sucedió en el caso colombiano de 1910, donde la Corte Suprema de Justicia, ya era el único juez competente para tramitar demandas de control de constitucionalidad, pero además tenía competencia civil y penal.

El primer argumento es una objeción al modelo difuso, así como a uno de sus modelos del sistema dual y paralelo o colombiano de 1910; el segundo argumento también corresponde a una objeción al modelo dual y paralelo, que otorgó a la Corte Suprema de Justicia de Colombia competencia constitucional para conocer de una acción abstracta de inexecutable, además de la competencia para conocer del recurso extraordinario de casación en materia civil y penal, también en 1910 (así no se diga expresamente). En el modelo concentrado la legitimación es restringida y no popular como en el sistema colombiano (dual y paralelo) y las decisiones producen efectos *erga omnes* o generales sobre las leyes federales y estatales.

Este modelo se conoce también como europeo continental, kelseniano o austriaco de constitucionalidad, cuya paternidad se le debe al eminente jurista Hans Kelsen, como ya se advirtió, a quien se le atribuye la redacción de la Constitución Austriaca de octubre 1º de 1920, la cual consagró este sistema, que sin lugar a duda ha sido el más bondadoso para sistemas de carácter positivista de la justicia constitucional.

Sin embargo, en honor a la verdad, como lo expresa Cruz Villalón, citado por Amaya, en honor a la verdad, este modelo fue implementado por primera vez en la Constitución de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, pero en los 18 años de existencia del tribunal Constitucional de Checoslovaquia, no se profirió ninguna sentencia de control de constitucionalidad y por la extraordinaria teorización de Kelsen, no se le reconoce su paternidad.¹³ Este modelo fue seguido por la República Alemana, pero mediante incorporación legal en abril 8 de 1920;¹⁴ España lo adoptó constitucionalmente en 1931.¹⁵

Este modelo consiste en que solamente a un órgano se le asigna el control de constitucionalidad sobre las leyes. Producto de esta idea, se creó la jurisdicción constitucional independiente encabezada por un órgano que ha sido denominado como

¹² Cfr. Kelsen Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

¹³ Cfr. Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. *Op. cit.*, p. 107 y 108.

¹⁴ Cfr. Tocora, Luis Fernando. *Control constitucional y derechos humanos*. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁵ Cfr. Tocora, Luis Fernando. *Ibidem*, p. 46.

Corte especial constitucional, Tribunal constitucional, Corte constitucional o Consejo Constitucional y se caracteriza por depender de una demanda, cuyas decisiones producen efectos *erga omnes*.

No obstante, la doctrina especializada enseña que “sobre lo que sí hay certeza es que tanto Venezuela como Colombia antecedieron a Austria en la incorporación del control concentrado”,¹⁶ a pesar de que en la doctrina europea no se conozca y se trate al sistema austriaco como el primer antecedente.

A partir de los modelos explicados, los cuales se califica de originarios, han surgido los mixtos y los híbridos. El modelo mixto, calificados por algunos como el modelo europeo o concentrado luego de la posguerra, se caracteriza por iniciarse en la justicia ordinaria, como si fuera un modelo difuso y terminan con una sentencia de control de constitucionalidad, proferida por del Tribunal, Corte o Consejo Constitucional, como si se tratara de un modelo concentrado, tal como ocurre con el control incidental de origen italiano o con la cuestión de constitucionalidad de origen español.

En este modelo el control se inicia por cualquier juez, quien, luego de un estudio serio sobre el tema, tenga duda sobre la constitucionalidad de la norma que ha de aplicar, debe remitirla al Tribunal o Corte Constitucional para su decisión final, toda vez que contrario al modelo difuso, no tiene competencia para tomar una decisión de fondo. En efecto, su competencia se limita, parafraseando a Calamandrei, a abrir la puerta de la justicia constitucional, ya que el control finaliza con la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional.¹⁷

Nótese que en esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado, a diferencia del modelo dual y paralelo, donde coexisten los dos modelos sin mezclarse, con la advertencia, que el modelo dual y paralelo fue anterior al concentrado, ya que aquel data de 1910 y este de 1920. En el modelo italiano surgieron las sentencias interpretativas, como un claro avance de la justicia constitucional.

Este modelo surgió y aún se mantiene en Italia, con posterioridad a la posguerra, donde se quiso introducir un control de constitucionalidad de las leyes al estilo europeo, con una Corte Constitucional Ad Hoc por fuera del poder judicial, pero con iniciativa difusa, lo cual desvirtuó el original modelo concentrado, pero dio nacimiento a un modelo mixto o si se quiere a una versión renovada del modelo concentrado, conocido como vía incidental, con un objetivo fundamental, adicional al ya conocido del control objetivo de constitucionalidad: la protección de los derechos fundamentales. En este modelo no existe acción directa de los ciudadanos ante la Corte Constitucional, como en el modelo colombiano, la única hipótesis de recurso directo

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 131.

¹⁷ Cfr. Romboli, Roberto, “El derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional”. En Velandía Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico). Derecho procesal constitucional. Bogotá: Editorial Temis y VC Editores Ltda., 2014, p. 39.

(la del Estado contra las leyes regionales y de las Regiones contra las leyes del Estado), como instrumento del conflicto de competencia entre Estado y Regiones.¹⁸

De conformidad con el profesor Romboli, pueden distinguirse en Italia dos fases diferentes del modelo mixto de justicia constitucional: (i) *La “fase ascendente”: la legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad y el papel de las partes en el juicio principal;* y, (ii) *“fase descendente”, correspondiente a las consecuencias derivadas de las decisiones de la Corte Constitucional y su eficacia.*

La fase ascendente se regula en la ley,¹⁹ la cual establece que el juez, a petición de parte o de oficio, debe iniciar la vía incidental cuando tenga dudas sobre la constitucionalidad de una disposición legal, atendiendo al principio de “relevancia” de la cuestión de constitucionalidad.²⁰ Esta vía se inicia con un auto de planteamiento, en el cual se debe motivar su juicio positivo sobre la relevancia de la cuestión de constitucionalidad y remite el expediente en vía incidental a la Corte Constitucional.

En la “fase descendente” encontramos la tipología de las sentencias constitucionales, proferidas por la Corte Constitucional, entre las cuales destacan las estimatorias, manipulativas, las sentencias “que cuestan” y las denominadas decisiones que añaden principios.²¹

II. Protección de los derechos humanos en Colombia a partir de 1991

En Colombia se puede identificar a partir de 1991 un modelo híbrido, el cual se evidencia cuándo no se identifica un modelo originario o específico de justicia constitucional. Podría decirse que cuando no hay un modelo claro, estamos en presencia de un modelo híbrido de jurisdicción constitucional, los que toman elementos de los tres sistemas originarios e incluso del mixto, pero sin coherencia. En efecto, en la competencia objetiva se atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte Constitucional, deformando así el modelo de origen concentrado. Es el caso de Colombia, donde a pesar de haberse implementado desde 1991 una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad y a todos los jueces y funcionarios administrativos o de órganos de control extra-poderes para inaplicar las disposiciones contrarias a la Constitución en procesos judiciales o administrativos concretos.

¹⁸ Cfr. Romboli, Roberto, “La protección de los derechos fundamentales a través de la vía incidental: el caso italiano, con referencia a las reformas de la justicia constitucional realizadas en España y en Francia”. En Maraniello, Patricio (Director). *Justicia Constitucional. Derecho Constitucional Judicial*. Resistencia (Argentina): ConTexto. 2015, p. 224.

¹⁹ Apartados 1º, 2º y 3º del artículo 23 de la ley 87 del 11 de marzo de 1953, en Italia.

²⁰ Cfr. Romboli, Roberto. “La protección de los derechos fundamentales a través de la vía incidental: el caso italiano, con referencia a las reformas de la justicia constitucional realizadas en España y en Francia”. *Op. cit.*, p. 225.

²¹ Cfr. Romboli, Roberto. *Ibidem*, p. 228.

En la competencia subjetiva, se otorga competencia a todos los jueces para conocer de las garantías constitucionales protectoras de los derechos humanos, pero estableciendo una semi-concentración en algunas de ellas e impidiendo el conocimiento de algunas de ellas por la Corte Constitucional.

En Colombia se sigue manteniendo su origen en un modelo dual y paralelo de justicia constitucional, ya que todos los jueces y funcionarios tienen competencia para inaplicar la ley en una especie de control difuso²² y paralelamente se han creado procesos especiales de control de constitucionalidad por lo siguiente: (i) la Corte Constitucional puede declarar la inexecutable de la ley, de los decretos con fuerza de ley, de los proyectos de ley estatutaria y de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación;²³ (ii) el Consejo de Estado podrá declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es decir, de los decretos reglamentarios de la ley, otorgando en general, una competencia residual;²⁴ (iii) los Tribunales administrativos podrán declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general del orden departamental y municipal a petición de parte o por vía de objeción u observación;²⁵ (iv) todos los jueces y el Consejo Superior de la Judicatura podrán conocer de acciones de tutela protectoras de los derechos fundamentales, con una eventual revisión por la Corte Constitucional;²⁶ (v) todos los jueces podrán conocer de las acciones de *habeas corpus*;²⁷ (vi) los jueces civiles y administrativos son competentes para tramitar las acciones populares y de grupo;²⁸ y, (vii) a los jueces administrativos se les asignó la competencia para conocer las acción de cumplimiento²⁹ (en general es un modelo confuso y no difuso).³⁰

Nos parece apropiado tomar como paradigma la normatividad colombiana actual, para describir el modelo híbrido. En efecto, Mediante la excepción de inconstitucionalidad, se les otorga competencia a todos los jueces para inaplicar la ley contraria a la Constitución, así como a todos los funcionarios que deban tramitar procesos o procedimientos que resuelvan situaciones concretas, ratificando el conocido modelo

²² Cfr. Art. 4º de la Constitución Política.

²³ Cfr. Art. 241 de la Constitución Política y Decreto 2067 de 1991.

²⁴ Cfr. Art. 237 de la Constitución Política y Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

²⁵ Cfr. Inciso 2º y parágrafo del Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

²⁶ Cfr. Art. 86 de la Constitución Política y Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1282 de 2000.

²⁷ Cfr. Art. 30 de la Constitución Política y ley 1095 de 2006.

²⁸ Cfr. Art. 87 de la Constitución Política y ley 393 de 1997. Aunque debe advertirse que esta acción no es propiamente constitucional, mientras no sirva para controlar la inconstitucionalidad por omisión. Debe recordarse, que solamente sirve para cumplir la ley y el acto administrativo.

²⁹ Cfr. Art. 88 de la Constitución Política y ley 472 de 1998.

³⁰ Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 161.

difuso de control de constitucionalidad, ampliando incluso su competencia a funcionarios diferentes de los jurisdiccionales.³¹ Este control de constitucionalidad se desarrolla a la luz del inciso primero del artículo 4º de la actual Constitución colombiana, al decir que “[l]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Este control consiste en la inaplicabilidad de una norma jurídica en un caso particular, singular o concreto, en el cual se discuta un derecho, cuando tal norma contradiga un precepto constitucional, produciendo efectos en el caso debatido o *inter partes*. Por regla general el juez o el funcionario debe aplicar la ley, pero si en ese caso en particular va en contra de la Constitución, por *excepción* debe aplicar directamente la norma superior e inaplicar la ley; por ello podemos encontrar casos donde se inaplique la ley a pesar de haber sido declarada constitucional por la Corte Constitucional, pero que se convierte en inconstitucional para el caso concreto.

Por lo anterior, debe resaltarse que la excepción de inconstitucionalidad está reservada únicamente a los funcionarios encargados de aplicar la ley mediante un debido proceso (art. 29 de la Constitución), bien sea judicial o administrativo, entendiendo por aplicación la operación que se realiza para llevar al caso concreto una norma de carácter abstracto, la cual es objeto de decisión o pronunciamiento.

De lo dicho podemos concluir que los competentes para aplicar la excepción de inconstitucionalidad no son solo los jueces, ni tampoco todas las autoridades, sino únicamente aquellas autoridades que deban aplicar una norma general a un caso concreto, tales como los jueces, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación, superintendencias, DIAN o entidades que en momentos determinados deban aplicar sanciones disciplinarias.

Sin embargo, se cree que esta institución carece de un método procesal o procedimiento para su aplicación, por lo que muchas veces no es utilizada, simplemente por no saberse cómo puede aplicarse o en otras ocasiones puede ser incluso, la causa de la violación de los derechos fundamentales de las partes procesales por ser sorpresiva. En cuanto a la decisión judicial de este modelo, no cabe duda que debe ser a través de autos y no de sentencias, habida cuenta que se trata de una decisión incidental, con carácter prejudicial a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario.

Cuando se habla de competencia objetiva, se hace referencia a los procesos de control normativo de constitucionalidad, cuya finalidad es depurar el ordenamiento jurídico permitiendo así la expulsión o adaptación de las disposiciones inconstitucionales,³² protegiendo indirectamente los derechos humanos.

³¹ Sobre este tema puede consultarse: Blanco Zúñiga, Gilberto A., De la interpretación legal a la interpretación constitucional, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 184-190; Charry Ureña, Juan Manuel, la excepción de inconstitucionalidad, Bogotá, 1994.

³² Sobre los procesos constitucionales en Colombia, puede consultarse a Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, “Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características”, en Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico, Barranquilla, Uninorte, 2004.

En esta competencia se ha incorporado **el control automático de constitucionalidad**, el cual puede ser previo o posterior al acto, de conformidad con lo previsto por la Constitución y se le atribuyó su conocimiento exclusivamente a la Corte Constitucional, pero no tiene las características de una acción, habida cuenta de que no es necesaria una demanda para tramitar el proceso. Adicionalmente es importante resaltar que no se trata de un proceso de partes, es un claro proceso de jurisdicción voluntaria en materia constitucional.

Por esta vía se tramitará el **control previo de constitucionalidad**: (i) los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el Presidente de la República, cuando el Congreso insiste en mantener el proyecto (se encuentra regulado en los artículos 167, inciso 3°. y 241, numeral 8°. de la C.P., así como por los artículos 23 a 35 del decreto 2067 de 1991;³³ (ii) las leyes estatutarias, consagrado en los artículos 153 y 241 numeral 8°, de la Constitución y por los artículos 39 y 40 del decreto 2067 de 1991;³⁴ (iii) los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Este proceso se prevé en el artículo 241, numeral 10° de la Constitución. En estos procesos, indica el artículo 44 del decreto 2067 de 1991, que debe aplicarse lo ordenado para el control de los proyectos de ley estatutaria.³⁵

También se contempla el **control previo a la ejecución de ciertos actos**, dentro de los cuales se ubica: (i) las leyes de convocatoria a un referendo reformativo de la Constitución, establecido en el inciso 1° del artículo 378, en el numeral 2° del 241 de la Constitución y por el artículo 42 del decreto 2067 de 1991;³⁶ (ii) los actos de convocatoria a referendo de un acto legislativo. Consagrado en el artículo 377 de la norma superior; (iii) las leyes de convocatoria a una asamblea constituyente, previsto en el inciso 1° del artículo 376 y numeral 2° del artículo 241 constitucional, así como el artículo 42 del decreto 2067 de 1991.³⁷

Igualmente se tramita por el control automático de constitucionalidad, el denominado **control posterior de constitucionalidad**, quedando sometidos a este control los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las facultades extraordinarias para decretar: (i) Estado de guerra exterior (art. 212 de la Constitución); (ii) Estado de conmoción interior (art. 213 de la Constitución); y, (iii) Estado de emergencia económica, social o ecológica (art. 215 de la Constitución).³⁸

³³ Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, *op. cit.*, pp. 200-203.

³⁴ Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, *ibidem*, pp. 209-215.

³⁵ *Ibidem*, pp. 216-218.

³⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 o de convocatoria a un referendo constitucional.

³⁷ Cfr. Rey Cantor, Ernesto, Referendo, asamblea constituyente y Congreso, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2003.

³⁸ Cfr. Ortigón Ortigón, Luis Gilberto, Los estados de excepción y el control jurisdiccional en Colombia, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho y ACDPC, 2011 y Sentencia proferida por la Corte

Adicionalmente, en este clásico modelo híbrido, se tramita un **control de constitucionalidad por vía de acción**, denominándose por la doctrina a esta acción como *pública*, aunque su denominación debió ser “*acción popular*”, ya que ella puede ejercerse por cualquier ciudadano en aras de mantener incólume el principio de supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho en nombre e interés de todos (numerales 1, 4 y 5 del artículo 241 y numeral 1° del 242 de la Carta fundamental).³⁹ Esta acción puede incoarse ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado y, en general, ante los despachos que conforman la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, así:

La Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas contra: (i) *los actos reformatorios de la Constitución*, estableciéndose en el numeral 1° del artículo 241 superior, que contra estos actos sólo prosperará por vicios de procedimiento en su formación; (ii) *las leyes*. Indica el numeral 4° del citado artículo que por vicios de procedimiento en su formación y por su contenido material; (iii) *los decretos con fuerza de ley* dictados por el gobierno en desarrollo del numeral 10° del artículo 150 constitucional, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación de conformidad con el numeral 5° de dicho artículo; y, (iv) *los decretos-ley* expedidos por el gobierno para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas, de conformidad con el artículo 241, numeral 5°, en concordancia con el inciso 3° del artículo 341 de la Ley fundamental.

A la jurisdicción contencioso administrativa, se le asignó la siguiente competencia: (i) de conformidad con el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, corresponde al Consejo de Estado, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuya competencia no esté atribuida expresamente a la Corte Constitucional (competencia residual);⁴⁰ y, (ii) los tribunales administrativos del orden local, conocen de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, tales como las ordenanzas departamentales y los decretos proferidos por los gobernadores, los acuerdos proferidos por los consejos municipales y los decretos proferidos por los alcaldes (art. 135 del código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo).

Procesos de control de constitucionalidad de competencia subjetiva. Cuando se habla de competencia subjetiva, se hace referencia a los procesos cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales de la persona, es decir, se mira al sujeto, más no al objeto y son:

Constitucional colombiana, C-070 de 2009, Ms.Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

³⁹ Cfr. Rodríguez Navas, Jaime Enrique, *Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006, pp. 55-113.

⁴⁰ Cfr. Velandía Canosa, Eduardo Andrés, *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2009, pp. 219-261.

- (i) *Acción de hábeas corpus*: la denominada *jurisdicción constitucional de la libertad* o de las libertades, se dividió entre la acción de tutela y la acción de *hábeas corpus*, puesto que se consagraron individualmente. Esta acción quedó establecida únicamente para proteger el derecho fundamental de la libertad y puede interponerse ante cualquier juez, sin llegada a la Corte Constitucional para su eventual revisión.⁴¹
- (ii) *Acción de tutela*: se consagró una acción encaminada a proteger, amparar o asegurar los derechos fundamentales de las personas naturales o físicas, personas jurídicas, patrimonios autónomos e incluso los nasciturus, que se vulneren o amenacen por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso, por particulares que ejerza superioridad o control. Esta acción se puede interponer ante cualquier juez y llega a la Corte Constitucional a través del mecanismo procesal de la eventual revisión.⁴²
- (iii) *Acción de cumplimiento*: se ha incluido esta acción en el nuevo constitucionalismo colombiano, como uno de los mecanismos de protección y aplicación de los derechos y del orden jurídico, específicamente en lo que tiene que ver con la efectiva aplicación de la ley y de los actos administrativos.⁴³ Se cree que sin importar a qué jueces se les asignó su competencia (jueces que componen la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en una defectuosa reglamentación), la acción forma parte de la jurisdicción constitucional, teniendo en cuenta su consagración directa en la norma superior. Sobre el particular ha dicho la doctrina que esta acción “tiene el mismo rango constitucional y participa de muchos de los caracteres de la acción de tutela, amén de que constituye otro mecanismo de protección de los derechos constitucionales y particularmente de los derivados de la efectividad del orden jurídico, pues

⁴¹ Artículo 30 de la Constitución: “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de 36 horas”.

⁴² Artículo 86 de la Constitución: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

⁴³ Artículo 87 de la Constitución: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Reglamentado por la ley 393 de 1997.

su objeto, de conformidad con una lectura exegética del texto constitucional, indicaría, *prima facie*, que se trata de una garantía constitucional tendiente a hacer efectivos los derechos derivados de las normas con fuerza material de ley y el cumplimiento de los actos administrativos, lo cual de entrada permite otear el amplio panorama de aplicación y utilización”.⁴⁴ No obstante, se considera que esta acción puede también controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, a pesar de que la Corte Constitucional autogó su competencia.

- (iv) *Acción popular y de grupo*: esta acción no es novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto se había consagrado en los artículos 91, 992, 994, 1005, 2355 y 2359 del Código Civil, así como en el 36 del decreto-ley 3466 de 1982 o antiguo Estatuto del Consumidor, en el 8° de la ley 9ª. de 1989 o Ley de Reforma Urbana y en el decreto 2303 de 1989. Empero, se elevó en 1991 a rango constitucional tal como se evidencia de la lectura del artículo 88 de la Constitución, el cual fue reglamentado mediante la ley 472 de 1998.⁴⁵ A pesar de ser civil el origen de esta acción, por la transformación de nuestro nuevo ordenamiento jurídico a partir del 4 de julio de 1991 en un Estado Constitucional, deben incluirse dentro del derecho procesal constitucional, por su naturaleza y por haberlo querido así el constituyente, al darle el calificativo de acciones protectoras directas de los derechos constitucionales, junto a la acción de cumplimiento y a la de tutela.⁴⁶

III. Modelo integral de jurisdicción constitucional protectora de los derechos humanos

Pensar en perspectiva la jurisdicción constitucional, implica partir del modelo originario colombiano: *el dual y paralelo*. Esto significa que debe implementarse: (i) la creación de una jurisdicción constitucional especializada por niveles, ante la cual se tramiten los procesos de control de constitucionalidad, que permitan proteger los derechos humanos de manera directa e indirecta; (ii) la implementación de un control incidental de constitucionalidad, que se pueda tramitar ante todos los jueces o funcionarios que debiendo resolver procesos judiciales o administrativos, puedan inaplicar la ley inconstitucional contraria a la Constitución o que vulnere derechos humanos, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional; y, (iii) ratificar el modelo transnacional de justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

⁴⁴ Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “La acción de cumplimiento en Colombia”, en Manili, Pablo Luis (Direc.), Tratado de derecho procesal constitucional, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 277-313.

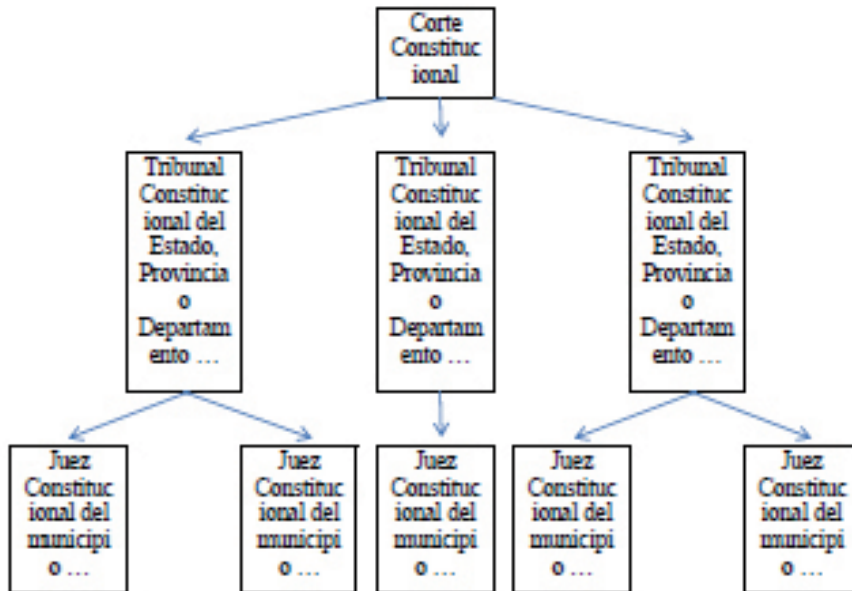
⁴⁵ Cfr. Correa Henao, Néstor Raúl, Derecho procesal de la acción popular, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, 2009.

⁴⁶ Cfr. López Cárdenas, Carlos Mauricio, La acción de grupo. Reparaciones por violación a los derechos humanos, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

III.1. Jurisdicción constitucional especializada

La justicia constitucional responde a los principios de subsidiaridad, residualidad y complementariedad, es decir, si existen otros medios de defensa judicial, serán tales instrumentos los que previamente deberán utilizarse, a menos que se utilice como mecanismo transitorio. Si existen los procesos constitucionales (acciones),⁴⁷ estos deben tramitarse ante una jurisdicción constitucional (especializada, como ocurre con otras ramas del derecho), con el objeto de defender la supremacía constitucional y la defensa de los derechos humanos, es decir, con una competencia objetiva y una subjetiva.

De conformidad con lo expuesto, deben identificarse los procesos constitucionales, luego la estructuración de una jurisdicción constitucional especializada, la distribución del poder de decisión constitucional entre las diferentes autoridades de la jurisdicción constitucional y por supuesto, el acceso a tal jurisdicción, todo regulado pormenorizadamente en un Código Procesal Constitucional.⁴⁸



⁴⁷ Cfr. Pérez Tremps, Pablo, Los procesos constitucionales. La experiencia española, Lima, Palestra, 2006; Blume Fortini, Ernesto, El proceso de inconstitucionalidad en el Perú, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2009; Rey Cantor, Ernesto, El derecho procesal constitucional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010, p. 62-120; Ruggeri, Antonio, “En busca de la identidad del “derecho procesal constitucional””, en García Belaunde, Domingo (Coord.), En torno al derecho procesal constitucional, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011, p. 19-25; Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, “Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características”, en Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico, *op. cit.*, entre otros.

⁴⁸ Precisamente, la codificación procesal constitucional, será el objeto de estudio del VIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, realizado conjuntamente con el 45° Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, entre el 1 y 3 de junio de 2017 en la ciudad de Bogotá, Colombia.

III.1.1. Competencia objetiva

Esta competencia tiene por objeto defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, con efectos *erga omnes* de la sentencia, con lo cual se protegen de manera indirecta los derechos humanos. En efecto, consideramos acertado el modelo de legitimación popular de acceso a la jurisdicción constitucional, en virtud del cual, cualquier ciudadano puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra cualquier disposición del ordenamiento jurídico de carácter general, impersonal y abstracto. Compartimos este esquema, como quiera que la misión de la jurisdicción constitucional es la de ser el guardián de la Constitución, sin importar la manera en que ella se pone en funcionamiento o actividad y porque si el pueblo puede ser constituyente primario, es decir, puede crear la Constitución, también debe tener el poder de plantear la fiscalización de su cumplimiento y de contera proteger los derechos humanos.

En este orden de ideas, si un ciudadano pretende iniciar un proceso de control de constitucionalidad, deberá presentarse una demanda ante la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional de la Corte Constitucional. Esta demanda procede contra: (i) la ley; (ii) decretos; (iii) omisiones legislativas; y, (iv) la acción de cumplimiento por la omisión constitucional en el diseño y aplicación de políticas públicas, instrumento que servirá para la efectividad en abstracto de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como derechos humanos de segunda generación).

Ahora, si este conflicto sobre la vulneración del principio de supremacía constitucional se presenta a nivel departamental, estatal, estadal, provincial o regional, la competencia para conocer de estos procesos no debe ser la Corte Constitucional, sino tribunales constitucionales con competencia territorial local, debido a que la norma que vulnera el principio de supremacía constitucional no es nacional. En la experiencia colombiana puede expedirse: (i) ordenanzas departamentales por la Asamblea Departamental; (ii) decretos generales por el Gobernador departamental; (iii) decretos o reglamentos de carácter general por entidades descentralizadas; y, (iv) la omisión por el representante de la entidad territorial local en el diseño e implementación de políticas públicas departamentales, para lo cual podrá utilizarse la acción de cumplimiento constitucional, o las observaciones u objeciones de los gobernadores a disposiciones locales. Nótese que este nuevo nivel propuesto de jurisdicción constitucional, acerca la efectividad real de la Constitución, sin congeccionar a la Corte Constitucional ni a los jueces comunes.

Este mismo conflicto frente a la defensa de la Constitución puede trasladarse a nivel municipal, lo cual se presenta cuando: (i) un consejo municipal expide un acuerdo municipal; (ii) el alcalde municipal o alguna entidad descentralizada profiere decretos generales; y, (iii) cuando el ejecutivo a nivel municipal omite el diseño e implementación de políticas públicas. Así mismo deben adelantarse otros procesos de manera automática en los diferentes niveles. Esto se presenta cuando el constituyente o el legislador de antemano dispone la activación de la jurisdicción constitucional en casos especiales, de la misma manera explicada en el capítulo anterior.

Igualmente, esta jurisdicción especializada deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia objetiva, los cuales pueden finalizar con la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad.

III.1.2. Competencia subjetiva

Esta competencia tiene por objeto proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados en casos concretos. Lo expuesto significa que deben crearse algunos procesos que permitan la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución convencionalizada, por corresponder a la competencia objetiva, toda vez que corresponde a la concreción normativa del proyecto constitucional. Empero, si la ausencia de una política pública se concreta en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, ahí sí deberá utilizarse un proceso que proteja un derecho individual.

En este orden de ideas, consideramos que deben mantenerse los siguientes instrumentos, procesos, medios de control de constitucionalidad o garantías jurisdiccionales: (i) *la acción de tutela, protección o amparo*, utilizada para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados en casos individuales y concretos. Consideramos que esta debe ser la única acción procesal constitucional, para proteger los derechos fundamentales, para no convertir la vía jurisdiccional en un “laberinto procesal”, toda vez que su esquema procesal permite proteger el derecho a la libertad, tradicionalmente defendido mediante el *habeas corpus*, o el derecho al buen nombre, información o libertad de expresión, garantizado con la acción de *habeas data*; (ii) *la acción popular o amparo colectivo*, utilizable para defender el derecho fundamental al medio ambiente, los derechos difusos y en general los denominados derechos humanos de tercera generación; y, (iii) *la acción de grupo o acción de clase*, necesaria para reparar integralmente los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos potencialmente superiores a veinte personas.

Así, por ejemplo, si se vulnera un derecho fundamental por una autoridad nacional, deberá interponerse la acción de tutela ante la Sala que defiende los derechos fundamentales en la Corte Constitucional (si la parte pasiva es del orden nacional, el juez debe tener competencia en el orden nacional), con la posibilidad de interponerse un recurso extraordinario ante la Sala Plena de la misma Corte, bajo el esquema de causales taxativas. Si el derecho lo ha vulnerado una autoridad regional, estatal, provincial o departamental, será competente para tramitar esta acción de tutela el tribunal constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado o amenazado el derecho. Si el accionado es una autoridad del orden municipal, el competente será el juez constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado el hecho. Consideramos que también podrá utilizarse esta garantía para defender los derechos humanos vulnerados a particulares, evento en el cual el competente será el juez constitucional, con apelación ante el tribunal constitucional y con la posibilidad de un recurso extraordinario ante la Corte Constitucional por lo que comúnmente se conoce como vía de hecho.

Tratándose de derechos colectivos, la acción popular o amparo colectivo deberá interponerse de la siguiente manera: (i) si el accionado es una autoridad del nivel nacional, será competente la Sala que defiende los derechos colectivos de la Corte Constitucional; (ii) si el demandado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde se vulnera o amenaza el derecho; (iii) si la violación o amenaza del derecho es una autoridad municipal, será competencia del juez municipal del lugar; y, (iv) si el accionado es un particular, será competencia del juez constitucional. En todos los casos con posibilidad de apelación y recurso extraordinario ante la Corte Constitucional por vía de hecho.

Finalmente, tenemos la acción de grupo o de reparación integral de los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos superiores en potencia a veinte personas. En estos casos la acción se interpondrá así: (i) si el responsable es autoridad nacional, la competencia será de la Corte Constitucional; (ii) si el accionado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; (iii) si por el contrario se demanda a una autoridad municipal, el competente será el juez constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; y, (iv) cuando se trate de acciones en contra de un particular será competencia del juez constitucional del lugar de los hechos. Igualmente, con la posibilidad de recurso ordinario de apelación y extraordinario de revisión constitucional.

Esta jurisdicción constitucional, también deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia subjetiva.

III.2. Competencia Transnacional

Finalmente, deberá contemplarse también un nivel o dimensión supranacional de la justicia constitucional, cuya competencia se consagra en la Constitución convencionalizada (CADH), la cual tiene por objeto proteger los derechos humanos contemplados en la CADH o en los instrumentos regionales o universales de protección de los derechos humanos, cuando ello no se realice, no sea posible, o su decisión se dilate injustificadamente, o si su vulneración de los derechos humanos es irreversible, con el fin de obtener una reparación integral. En el continente americano esta dimensión de la jurisdicción constitucional, corresponde a la Comisión IDH y a la Corte IDH.⁴⁹

⁴⁹ En los siguientes escritos se puede consultar un estudio detallado sobre el tema: Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Beltrán Grande, Diana Johanna, “La justicia constitucional y su modelo transnacional”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), Derecho procesal constitucional, t III, Vol. I, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, pp. 101-137 y en Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), Derecho procesal constitucional, t V, Bogotá, VC Editores Ltda. y LEGIS, 2014, pp. 87-107.

III.3. Control incidental de constitucionalidad y/o de convencionalidad

La doctrina del derecho procesal es unánime en considerar, que un incidente se tramita cuando debe resolverse algún asunto accesorio o diferente al planteado en la pretensión. Al respecto expresa el profesor Fix-Zamudio:

*“[s]iempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como “vía de excepción”, pero que los procesalistas italianos han denominado con mejor técnica como “cuestión prejudicial” (incorpora la misma cita de Cappellitti) si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea”.*⁵⁰

La controversia de competencia objetiva o subjetiva de constitucionalidad dentro de un proceso tramitado ante un juez común o ante un funcionario del orden administrativo, a pesar de ser muy importante, no deja de ser accesorio a la pretensión o petición del proceso, razón por la que deberá resolverse en una vía incidental prejudicial a la sentencia o decisión final. Esto significa, que deberá adelantarse antes de la sentencia definitiva, so pena de precluir la oportunidad, a menos que la vulneración constitucional se produzca en la sentencia o se declare la nulidad de la misma por el juez superior, quien deberá ordenar el trámite incidental, para que cumplido lo anterior se profiera la sentencia de mérito.

Este incidente se caracteriza por ser competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo (en adelante jurisdicción comunes) e incluso de la jurisdicción constitucional o especial, los funcionarios del poder ejecutivo, organismos de control o particulares en cumplimiento de funciones jurisdiccionales o administrativas.

Jurisdiccionalmente, este incidente tiene por objeto tramitar una cuestión de constitucionalidad dentro de los procesos tramitados ante la jurisdicción común e incluso de la constitucional. Dicho de otra manera, este incidente tiene por objeto efectuar una suerte de control concreto de constitucionalidad, por el juez ordinario, cuando surja una controversia constitucional de carácter objetivo o subjetivo.

Resulta imprescindible tramitar este incidente de control de constitucionalidad, ya que determinar si una ley es inaplicable en el caso concreto, así como la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en el proceso ordinario, debe ser prejudicial o anterior a la sentencia que le pone fin a tal proceso, es decir, se trata de una decisión *“incidenter tantum”*.⁵¹ Al respecto, el profesor Devis Echandía planteó:

“[s]e entiende por decisiones incidenter tantum las que deben ser adoptadas en el curso del proceso y antes de la sentencia que le pone fin a la instancia (entre nosotros mediante autos interlocutorios y en Italia por las llamadas sentencias interlocutorias) sobre cuestiones que las partes proponen y

⁵⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, Introducción al derecho procesal constitucional, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002, p. 33; Cappellitti, Mauro, La pregiudizialità costituzionale del processo civile, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 50-59).

⁵¹ Cfr. Devis Echandía, Hernando, Teoría general del proceso, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 489.

cuya decisión previa es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia para que sea posible. Es lo que Chioyenda y Menestrina llaman “cuestiones prejudiciales”, que se resuelven por incidente u otros trámites previos sin efectos de cosa juzgada”.

Sin embargo, en Colombia no se ha establecido un procedimiento o método claro de aplicación judicial, lo cual ha llevado a un escaso número de decisiones de excepción de inconstitucionalidad o de protección de los derechos humanos directamente en el proceso, toda vez que las partes no saben cómo proponerlo y el juez no sabe cómo iniciarlo, tramitarlo ni resolverlo. Esta ausencia de procedimiento ha impedido que se desarrolle un verdadero incidente de control de constitucionalidad como debería ser y ha generado una suerte de inseguridad para las partes, como quiera que la excepción de inconstitucionalidad (inaplicación de la ley inconstitucional) se decreta en la sentencia.

En tratándose de protección de los derechos humanos de las partes en el proceso, también se ha desaprovechado este valioso instrumento procesal, por lo que se ha venido utilizando la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual ha generado los denominados “*choques de trenes o guerras entre cortes*”, inseguridad jurídica por atentarse contra el principio de la cosa juzgada, pero sobre todo ha puesto al juez, director del proceso, como demandado en otro proceso (constitucional). Por lo expuesto, la presente investigación tiene por objeto evidenciar la necesidad de adelantar el citado incidente en el proceso común y analizar el carácter de su decisión.

Igualmente, la Corte IDH, determinó que todos los jueces de derecho interno, deberán realizar una suerte de control de convencionalidad entre la CADH y las normas de derecho interno,⁵² incluso *ex officio*.⁵³ De conformidad con lo expuesto, si una norma de derecho interno contradice la CADH, deberá preferirse ésta, razón por la cual, creemos que debe para tal efecto adelantarse el mencionado incidente de control de constitucionalidad, en este caso de convencionalidad.

En conclusión, la consagración de un incidente de control de constitucionalidad, equivale a dotar al proceso común de un método o procedimiento necesario para lograr la efectividad de la justicia constitucional por los jueces no especializados en esta materia, el cual creemos debe ser sumario, oral y concentrado, con el fin de hacer de esta justicia una justicia real acorde con el Estado Constitucional de Derecho[s].

III.3.1. Naturaleza objetiva del control incidental de control de constitucionalidad

El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *objetivo*, cuando el objeto del mismo sea inaplicar una ley por ser contraria a la constitución conven-

⁵² Caso Almonacid Arellano contra Chile, 2006. Allí se declaró la invalidez del decreto de amnistía (ley 2191 de 1978), que se refería al perdón de los crímenes realizados en la época de Pinochet, entre 1973 y 1978. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, “La inconstitucionalidad por omisión”, en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison*, *op. cit.*, p. 106.

⁵³ Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú.

cionalizada, exclusivamente en el caso concreto y cuya decisión final produce efectos inter partes.⁵⁴ Con este incidente se protegen de manera indirecta los derechos humanos.

No debe olvidarse que la ley (en general las normas con rango de ley) están amparadas por el principio de presunción de constitucionalidad, según el cual se reputan constitucionales, mientras la autoridad competente no la declare inconstitucional.⁵⁵ Lo expuesto significa que todos los jueces o funcionarios deberán aplicar la ley que no haya sido declarada inexecutable, so pena de incurrir en prevaricato. Incluso, la no aplicación de la ley es causal para adelantar los llamados recursos extraordinarios, tales como la casación.

No obstante, puede suceder que una ley sea inconstitucional solamente en el caso concreto, dadas las vicisitudes del proceso o porque aún no ha sido declarada inexecutable. En estos eventos el juez por excepción, no aplica la ley que se presume constitucional, precisamente por ser inconstitucional en el caso concreto, por tal razón se le ha denominado “*excepción de inconstitucionalidad*”.⁵⁶ Para llegar a esta conclusión, debe adelantarse un debido proceso que permita a las partes y terceros presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente, así como una decisión específica y especializada de constitucionalidad, donde los argumentos y razonamientos sean contundentes.

En efecto, cuando no se toma una decisión prejudicial “*incidenter tantum*”, en materia constitucional dentro de un proceso común, origina una falta de claridad o desorden jurídico en la sentencia. Recuérdese que la sentencia en el proceso ordinario, debe referirse a las excepciones y pretensiones (principio de congruencia), pero cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad directamente en la sentencia, el objeto de la misma será la inaplicación de la ley inconstitucional. Cuando esto sucede, se presentan varios problemas, que resaltaremos a continuación.

El primer problema procesal, es que la sentencia vulnera el principio de congruencia, por ello es que debe tramitarse previamente un incidente de control de constitucionalidad, en el cual el juez realice dicho control para el caso concreto, de tal suerte que cuando deba proferir la sentencia, la misma únicamente se refiera al problema definido por la pretensión y excepción, toda vez que la controversia constitucional ya fue resuelta. Ahora, si resuelve la cuestión de constitucionalidad prime-

⁵⁴ Este incidente es diferente del modelo italiano. Cfr. Rolla, Giancarlo, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Lima, Grijley e IIDC (Sección Peruana), 2008, capítulo titulado “juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales”, pp. 89-123.

⁵⁵ Corte Constitucional (Italia o Colombia), Tribunal Constitucional (Alemania, España o Perú), Salas Constitucionales en la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia (Costa Rica, Venezuela o Colombia entre 1968 y 1991), Cortes Supremas que actúan como Tribunal Constitucional (México o Argentina). Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002.

⁵⁶ En el derecho italiano o español, al decir de Piero Calamandrei, “el juez ordinario es la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional”, es decir, no tiene poder de decisión, sino el poder de accionar la jurisdicción constitucional. En Colombia en cambio, el juez común si tiene poder de decisión.

ro y luego las pretensiones y excepciones, ¿si se interpone una apelación, la misma se referirá a los dos problemas?, ¿quién los resuelve? Por ello es que previamente deberá resolverse el problema constitucional.

El segundo problema presentado, es que no existe la posibilidad de ejercer una defensa de la constitucionalidad de la ley, toda vez que la sentencia solamente declara la excepción de inconstitucionalidad, pero al ser en la providencia final, resulta imposible defender la constitucionalidad de tal ley.

El anterior problema es el origen del tercero de los evidenciados, el cual se presenta cuando la excepción de inconstitucionalidad se aplica en una sentencia susceptible de apelación. ¿Qué se apela: (i) el tema ordinario?; o, ¿(ii) el tema constitucional? En esta hipótesis el apelante en principio descuida el tema ordinario, porque tendrá que argumentar por qué la ley inaplicada sí era constitucional. ¿Si lo expuesto llega a prosperar, qué pasa con el tema ordinario, es decir, con el tema relacionado con la pretensión-excepción? La respuesta es evidente, se profiere una sentencia que no resuelve el problema jurídico planteado en el proceso. ¿Debe el juez de segunda instancia resolverlo? Creemos que no, porque en definitiva no habría en realidad una sentencia de primera instancia, ya que ella no se fundamentaría en la ley aplicable al caso, es decir, nunca se resolvió el problema y el juez de segunda instancia sería en realidad el de primera, lo cual vulneraría otro derecho fundamental constitucional: el de la doble instancia, toda vez que esta última decisión tendría el carácter de segunda instancia, pero en verdad sería de primera. Ello si se acepta la apelación, como quiera que la doctrina especializada indica que “*la decisión no se podrá recurrir ante juez o tribunal superior*”,⁵⁷ tesis que no podemos compartir.

Un cuarto problema lleva a confundir el tema de la excepción de inconstitucionalidad con el principio *iura novit curia*. En efecto, este principio permite al juez cambiar el fundamento jurídico de la pretensión y será constitucional, cuando el fundamento jurídico de la sentencia es constitucional, mientras que el fundamento de la pretensión es legal e inconstitucional. Esto puede suceder cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la ilegalidad de la ley base del acto administrativo, pero el juez resuelve declarar la nulidad del acto con fundamento en su inconstitucionalidad y no en la supuesta ilegalidad argumentada en la demanda. Esto es posible, toda vez que la Constitución es ley de leyes, a pesar de enseñarse que la justicia administrativa es reglada; cuando la Constitución pueda fundamentar una decisión, la misma debe aplicarse, pero reiteramos, aquí hablamos de la aplicación constitucional del principio *iura novit curia*, no de una “*excepción de inconstitucionalidad*”.⁵⁸

Así mismo, alguna parte de la doctrina concibe a la excepción de inconstitucionalidad como “*un medio de defensa*”, tal vez porque desde la teoría general del proceso

⁵⁷ Rey Cantor, Ernesto, El derecho procesal constitucional, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁸ Es necesario reiterar que, cuando en aplicación directa de la Constitución, se varía el fundamento indicado por el actor, no hablamos de un control de constitucionalidad por vía de excepción, sino de la aplicación del principio *iura novit curia*.

así se identifica el concepto excepción.⁵⁹ Esta tesis no la podemos compartir, toda vez que dejaría sin posibilidades constitucionales al demandante y a los terceros en un proceso y restringiría su ejercicio al término establecido para el traslado de la demanda.

Por ello reiteramos que la excepción de inconstitucionalidad, debe ser el fundamento de una decisión prejudicial que permite remover un obstáculo legal, que conduzca a una decisión inconstitucional, tal vez una sentencia inhibitoria, la cual negaría derechos constitucionales como el de acceso a la justicia o el de primacía del derecho sustancial.

Por ejemplo, en el proceso civil de pertenencia es obligatoria la diligencia de inspección judicial en el predio objeto del proceso, pero si tal proceso versa sobre un inmueble que esté cubierto de agua o inundado por existir allí una represa, cuando se deba realizar la diligencia mencionada, salta a la vista la imposibilidad fáctica para ello, por estar el terreno objeto del proceso en la profundidad de las aguas. ¿Qué pasa si la diligencia no se puede realizar? Frente a esta situación el juez podrá proferir una sentencia inhibitoria, argumentando que la ley obligaba a realizar la diligencia de inspección judicial previa a la sentencia y que como fue imposible no podrá resolver de fondo la pretensión formulada.

Este sería un ejemplo donde debe tramitarse el incidente de control de constitucionalidad, toda vez que deberá removerse el obstáculo que impide dictar sentencia, es decir, debe inaplicarse únicamente en este caso la ley y aplicando directamente la Constitución en lo referente al acceso a la justicia y la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 229 de la Constitución), pero previamente a la sentencia y mediante trámite incidental.⁶⁰

Ahora, si el proceso de confrontación es entre la CADH y una norma de derecho interno, también deberá tramitarse este incidente y su nombre será incidente de control de convencionalidad; en realidad también de constitucionalidad, debido al bloque de constitucionalidad, pero si la controversia es entre una norma constitucional y una convencional, ahí sí será propiamente un incidente de control de convencionalidad.

III.3.2. Naturaleza subjetiva del incidente de control de constitucionalidad

Este incidente de control de constitucionalidad será de carácter *subjetivo*, cuando se pretende proteger algún derecho humano de las partes en el proceso común, cuya decisión final produce efectos inter partes.

⁵⁹ Cfr. Blanco Zúñiga, Gilberto A. De la interpretación legal a la interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 184; Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, La protección constitucional del ciudadano, 5ª reimp., Bogotá, Legis, 2012, pp. 429-434.

⁶⁰ Se denomina excepción de inconstitucionalidad, ya que por regla general el juez siempre deberá aplicar la ley, so pena de verse involucrado en un prevaricato por omisión, pero excepcionalmente podrá inaplicar la ley inconstitucionalidad. Se considera que, para no incurrir en una vía de hecho, debe adelantarse tal incidente y en el fallo del mismo argumentarse razonadamente la decisión.

Este incidente puede ser la solución al traumático problema relacionado con la acción de tutela (amparo) contra providencias judiciales, causa de una metamorfosis nefasta: “*se pasa de un juez director del proceso ordinario a un juez demandado en un proceso constitucional*”.

Y es nefasta esta metamorfosis, toda vez que se induce al juez a pensar como demandado y para nadie es un secreto, que las partes en un proceso defienden su causa incluso en contra de la verdad, es decir, se ha puesto al juez a presentar argumentos falaces e incluso mentirosos, hipótesis que ni siquiera puede analizarse sobre el juzgador. Por ello ningún juez en una acción de tutela ha reconocido haber vulnerado alguno de los derechos fundamentales del accionante y menos se preocupa por su protección, a pesar de la contundencia de las pruebas, lo cual es lógico, toda vez que ha sido acusado de arbitrario y si lo reconoce, deberá compulsársele copias para que se investigue penal y disciplinariamente. Y decimos que es nefasto, porque “*no puede inducirse al juez a pensar como litigante, ni al litigante podrá convertirse en juez transitoriamente*”, como lo proponía la fracasada reforma a la justicia en Colombia.

Igualmente, ha sido desafortunada la posición que debe asumir la parte accionante, toda vez que para que prospere una acción de tutela contra una providencia judicial, debe presentarse una arbitrariedad judicial, lo cual lleva a todo accionante a argumentar en su escrito introductorio, que el juez ha sido arbitrario y que ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, es decir, incluso se induce y permite al litigante faltarle al respeto al juez, lo que contribuye a la degeneración del sistema judicial; pueden discutirse los argumentos presentados por el juez en sus providencias, pero no faltársele al respeto.

Por lo expuesto, si una parte ve que se le está vulnerando o amenazando uno de sus derechos fundamentales o humanos en el proceso ordinario, deberá solicitar su protección, tutela o amparo mediante la presentación de un escrito introductorio del incidente de protección constitucional o convencional, en vez de iniciarse una acción independiente de tutela, se tramitará y decidirá en una audiencia oral y concentrada, cuya decisión podrá impugnarse ante la jurisdicción constitucional especializada.

La competencia subjetiva, reiteramos, se presenta cuando una de las partes o un tercero en el proceso en el común, ve vulnerado o amenazado uno de sus derechos humanos (el debido proceso o las garantías judiciales), por lo que podrá formular dicho incidente para solicitar al juez como director del proceso su protección, cumpliendo los términos que se explicarán. Si no se protege los derechos en el auto que decida el incidente en primera instancia, podrá formularse una impugnación, la cual será tramitada y resuelta en segunda instancia por la jurisdicción constitucional especializada.

Si se acoge nuestro planteamiento, se acabarán las acciones de tutela contra providencias judiciales, ya que el instrumento procesal de protección de los derechos humanos en el proceso común, será el incidente de protección constitucional o excepcionalmente un recurso extraordinario constitucional ante la jurisdicción constitucional.

III.3.3. Trámite del incidente de control de constitucionalidad

De conformidad con lo expuesto, el incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad deberá contemplar dos fases: (i) *escrita*, contentiva de la iniciación del incidente, avocación de la competencia y contradicción; y, (ii) *oral*, correspondiente a una audiencia concentrada de decisión, donde se exhibirán las pruebas (si las hay), se presentarán los argumentos de conclusión y se proferirá la decisión interlocutoria que resuelva de fondo el incidente.⁶¹ Este incidente deberá ajustarse a los siguientes actos procesales:

III.3.3.1. Iniciación del incidente

Podrá iniciarse de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del proceso, es decir, antes de ejecutoriarse la sentencia o el acto administrativo que resuelva de fondo la actuación.⁶²

Se iniciará de oficio cuando el juzgador considere que va a inaplicar una ley o proteger un derecho humano no contemplado en otros trámites especiales (por ejemplo, los previstos en las nulidades procesales). De conformidad con el art. 129 de la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, da a entender que solo puede iniciarse el incidente a petición de parte, por lo que este incidente deberá regularse en un Estatuto Procesal Constitucional, donde entre otras cosas, se permita su iniciación de oficio.

En esta hipótesis deberá proferir un auto o acto de apertura, donde se indicará el objeto del incidente (si es de naturaleza objetiva o subjetiva). Si es de naturaleza objetiva, sucintamente deberá indicar la norma legal objeto de controversia y la supuesta norma constitucional vulnerada. Si es de naturaleza subjetiva, se indicarán los hechos u omisiones objeto de vulneración de los derechos humanos o en general constitucionales.

También podrá iniciarse a petición de parte. En este evento la parte incidentante, deberá presentar un escrito cumpliendo unos mínimos requisitos formales:

- i. Determinación del objeto del incidente: si es de naturaleza objetiva (control de constitucionalidad o de convencionalidad) o subjetiva (protección de derechos fundamentales o humanos);
- ii. si es de naturaleza objetiva, deberá transcribir la norma legal acusada o adjuntar prueba de su existencia, así como la norma constitucional o convencional que considera vulnerada;
- iii. Si es de naturaleza subjetiva, formular los cargos o argumentos sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad;

⁶¹ Esto lo exige el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

⁶² Sobre las formas anormales, excepcionales o extraordinarias de terminación del proceso, tales como la transacción o el desistimiento o la perención (así esta última se haya derogado), puede consultarse su concepción teórica en López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, t. I, parte general, 6ª ed., Bogotá, Editorial ABC, 1993, pp. 769-809.

- iv. La petición de lo que se pretenda hacer valer;
- v. Si es de naturaleza subjetiva, deberá indicarse el acto u omisión que vulnera o amenaza el derecho fundamental o humano;
- vi. La anunciación de las pruebas que se pretende hacer valer, si las hay.

III.3.3.2. Providencia que avoca el trámite incidental

Si se ha iniciado de oficio, además de lo indicado, deberá correr traslado a las partes por tres días, para que presenten sus argumentos o anuncien las pruebas conducentes, pertinentes, útiles, etc. si las hay, para que sean presentadas en la audiencia concentrada de decisión.⁶³ La audiencia concentrada de decisión deberá señalarse dentro del término improrrogable de 10 días contados a partir de la notificación de dicho auto o acto administrativo, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si el incidente se inició a petición de parte, esta providencia deberá proferirse dentro de un término improrrogable de tres días, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo y en ella se correrá traslado a la contraparte y terceros, para que dentro del término de tres días den respuesta al escrito de iniciación, si lo consideran necesario y anuncie las pruebas que presentarán en la audiencia concentrada de decisión, sin ninguna exigencia formal.

Ahora, si el incidente no reúne los mínimos requisitos formales exigidos, podrá inadmitirse, para que dentro del término de tres días se subsane por el incidentante y se pueda proferir una decisión de fondo, proscribiéndose cualquier tipo de decisión inhibitoria. Si se subsana se avocará el conocimiento y se dará aplicación a lo indicado en el párrafo anterior.

III.3.3.3. Ejercicio del derecho de contradicción

Dentro del término de tres días indicado en la providencia o acto administrativo que avoca el conocimiento del incidente, las partes y terceros, podrán presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente. Si es de naturaleza subjetiva, podrán presentarse los argumentos pertinentes y anunciar las pruebas que exhibirán en la audiencia concentrada de decisión.

Dada la informalidad que debe inspirar este incidente, junto a la celeridad, no se exige el cumplimiento de ninguna formalidad, simplemente quien desee ejercer el derecho de contradicción lo hará de la manera que considere pertinente. Tampoco debe exigirse la presentación de pruebas, únicamente que se indiquen o anuncien las que se utilizarán o presentarán en la audiencia concentrada de decisión.

III.3.3.4. Audiencia concentrada de decisión

Como se indicó, esta audiencia debe realizarse imperativamente dentro de los diez días siguientes al auto o acto que avoca el conocimiento del incidente, debiendo ser concentrada y oral, ello implica que una vez iniciada debe terminar.

⁶³ Esto lo exige el artículo 1º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Esta audiencia de decisión tendrá tres sub etapas: (i) *probatoria*, donde se presentarán o exhibirán las pruebas anunciadas, si las hay y se ejercerá el derecho de contradicción sobre las mismas, es decir, una vez presentadas se pondrán en conocimiento de la contraparte para que se pronuncie sobre las mismas, debiendo en todo caso, tomarse la decisión sobre cualquier tipo de objeción en la misma audiencia; (ii) *argumentos de conclusión*. En esta sub etapa, las partes y terceros podrán concretar sus argumentos en una presentación oral que no exceda de 20 minutos. Esto es necesario, ya que sea cual fuere el argumento presentado por las partes, el juez de viva voz lo recepcionará, lo cual permite al juez tener un concepto claro de los hechos y argumentos, permitiéndole a su vez decidir en la misma audiencia; y, (iii) decisión interlocutoria. En la misma audiencia el juez o funcionario resolverá de fondo el incidente, para lo cual podrá suspender la audiencia hasta por dos horas.

La decisión también será oral, pero concretará por escrito en la parte resolutive la decisión cuya parte considerativa o motiva se entenderá incorporada de manera virtual y de conformidad con lo dicho en la audiencia. La notificación de esta providencia será en estrados.

III.3.3.5. Impugnación de la decisión

Proferido el fallo puede suceder: (i) que las partes lo acepten, evento en el cual no vemos por qué no aceptar la competencia constitucional del juez común o del funcionario administrativo en temas constitucionales; y, (ii) que alguna de las partes (o las dos) e incluso un tercero legitimado, no comparta la decisión que resuelve de fondo el incidente, evento en el cual debe aceptarse la procedencia de un mecanismo de impugnación, formulado ante el mismo juez que profirió la decisión, en la audiencia dada su notificación en estrados, siendo posible dentro del término de tres días, fundamentar dicha impugnación. El juez del conocimiento o el funcionario administrativo, se pronunciará sobre su concesión. Si no lo concede, se aplicarán las reglas ordinarias del recurso de queja; pero si se concede, deberá ser en efecto diferido, quedando claro que el proceso se suspenderá antes de proferir sentencia, para lo cual remitirá el expediente al juez o tribunal competente de la jurisdicción constitucional para el trámite de la segunda instancia (no lo conoce su superior jerárquico sino el juez de la jurisdicción constitucional). Esta providencia se notificará por estrado. Esta misma regla se aplicará en la segunda instancia o en el trámite de un recurso extraordinario, en lo pertinente.

Ahora, si la violación a la Constitución, vulneración o amenaza de los derechos humanos se presenta o evidencia en la sentencia de segunda instancia, al no poderse tramitar el incidente de control o protección de constitucionalidad, podrá interponerse un recurso extraordinario ante el juez del conocimiento, quien como se explicó se pronunciará sobre su concesión siguiendo las mismas reglas, pero se remitirá al funcionario jurisdiccional en materia constitucional de un grado superior al de su par jurisdiccional así: (i) si la sentencia la profirió un juez común o un funcionario del orden municipal, el recurso extraordinario lo conocerá el tribunal constitucional

competente; (ii) si la sentencia la profirió un tribunal común o un funcionario del orden departamental, el recurso extraordinario lo conocerá la Sala correspondiente de la Corte Constitucional así: si es de naturaleza subjetiva, será la sala de garantía de los derechos fundamentales, pero si es de naturaleza objetiva, será competencia de la sala de garantía de la supremacía constitucional; y, (iii) si la sentencia es proferida por una alta Corte o por un funcionario del orden nacional, el recurso extraordinario en materia constitucional, será competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

III.3.3.6. Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario

Recibido el expediente por la jurisdicción constitucional especializada, el juez, tribunal o corte, decidirá si admite el recurso en un término imperativo de tres días. Si admite el recurso convocará a una audiencia de decisión en segunda instancia, dentro de un término no superior a 10 días, so pena de ser causal de mala conducta y sancionable con destitución del cargo. Esta providencia se notificará por estrado.

Dentro del término de ejecutoria de tal auto, las partes podrán complementar sus argumentos o solicitar prueba, si procedieran en esta segunda instancia.

La audiencia de decisión de segunda instancia o la que resuelve el recurso extraordinario, será concentrada y oral, debiéndose tramitar las siguientes sub etapas: (i) *pruebas* si se reúnen los presupuestos indicados en el numeral anterior; (ii) *argumentación de conclusión*, para que las partes podrán exponerlos oralmente durante máximo 20 minutos; y, (iii) *decisión oral*, para lo cual podrá suspenderse la audiencia hasta por dos horas. Esta decisión es definitiva.

En efecto, la segunda instancia del incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad, se conocerá por la jurisdicción constitucional así: si el incidente se adelantó por una alta Corte, la segunda instancia la conocerá la Corte Constitucional en la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional (si el incidente es de competencia objetiva) o la Sala de Defensa de los Derechos Fundamentales (si el incidente es de competencia subjetiva). Si el incidente se tramita ante un tribunal, la segunda instancia se tramitará ante el Tribunal Constitucional (regional, provincial, estatal o departamental), pero si se tramitó ante un juez, la segunda instancia la conocerá el juez constitucional.

Conclusiones

Es imperativo para todos respetar los derechos fundamentales, pero si se vulneran deben ser protegidos por la jurisdicción constitucional (cualquiera sea el modelo adoptado). Si la naturaleza de esta jurisdicción es objetiva, los derechos se protegen de manera indirecta, pero si la naturaleza es subjetiva, su protección será directa.

No debe temerse a tener una jurisdicción constitucional especializada, pero dentro de un modelo integral que fundamenta su protección en un esquema trial, ya que esto garantiza la protección de los derechos humanos por: (i) todos los funcio-

narios del derecho interno; (ii) la jurisdicción constitucional; y, (iii) la jurisdicción transnacional.

Este modelo debe reglamentarse en un Estatuto Procesal Constitucional (Código Procesal Constitucional), que precise el acceso a la jurisdicción constitucional, sus alcances, jurisdicción constitucional especializada, instituciones procesales constitucionales, una parte especial dedicada a los procesos constitucionales e incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad y una parte final dedicada a la jurisdicción constitucional transnacional.

Es necesario implementar la oralidad en la justicia constitucional y celeridad, toda vez que se requiere una justicia de cara a la realidad y acorde con el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, ordenado por el art. 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.⁶⁴

Es necesario implementar un modelo mixto de origen dual, que permita una justicia constitucional integral, en su naturaleza objetiva y subjetiva. En este orden de ideas, se requiera implementar una jurisdicción constitucional especializada y paralelamente implementar un incidente de control y protección constitucional aplicable en la jurisdicción común, en la administración pública, organismos de control y particulares que cumplan funciones judiciales o administrativas.

Bibliografía

- Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Barrero Berardinelli, Juan Antonio. *Jurisprudencia constitucional. Precedentes de la Humanidad*. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Blanco Zúñiga, Gilberto A., *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, “Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características”, en *Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico*, Barranquilla, Uninorte, 2004.
- Blume Fortini, Ernesto, *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2009.
- Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale del processo civile*, Giuffré, Milano, 1957.
- Charry Ureña, Juan Manuel, *la excepción de inconstitucionalidad*, Bogotá, 1994.
- Correa Henao, Néstor Raúl, *Derecho procesal de la acción popular*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, 2009.

⁶⁴ Dicho artículo prevé en la parte pertinente: “...las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias en procura de una unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos...”.

- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, 5ª reimp., Bogotá, Legis, 2012.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002.
- Ferrer Mac-Gregor, “La inconstitucionalidad por omisión”, en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison*, México: Porrúa, 2011.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002.
- García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2001.
- González, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1869.
- González Jácome, Jorge, *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007. Olano García, Hernán Alejandro, *La Constitución monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006.
- López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, parte general, 6ª ed., Bogotá, Editorial ABC, 1993.
- López Cárdenas, Carlos Mauricio, *La acción de grupo. Reparaciones por violación a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.
- Ortegón Ortégón, Luis Gilberto, *Los estados de excepción y el control jurisdiccional en Colombia*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho y ACDPC, 2011.
- Pérez Tremps, Pablo, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006.
- Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, Tomo IV, estudio preliminar y anexo, Restrepo Piedrahita, Carlos, 4ª ed., Bogotá, Banco Popular, 1986.
- Rey Cantor, Ernesto, *Referendo, asamblea constituyente y Congreso*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2003.
- Rey Cantor, Ernesto, *El derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010.
- Rodríguez Navas, Jaime Enrique, *Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006.
- Rodríguez Plata, Horacio, *La antigua Provincia de El Socorro y la independencia*, Vol. XCVIII.
- Rolla, Giancarlo, “juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lima, Grijley e IIDC (Sección Peruana), 2008, pp. 89-123.

- Romboli, Roberto, “El derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional”. En Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Editorial Legis y VC Editores Ltda., 2014.
- Romboli, Roberto, “La protección de los derechos fundamentales a través de la vía incidental: el caso italiano, con referencia a las reformas de la justicia constitucional realizadas en España y en Francia”. En Maraniello, Patricio (Director). *Justicia Constitucional. Derecho Constitucional Judicial*. Resistencia (Argentina): ConTexto. 2015.
- Ruggeri, Antonio, “En busca de la identidad del “derecho procesal constitucional””, en García Belaunde, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011.
- Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- Tocora, Luis Fernando. *Control constitucional y derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992.
- Uribe Vargas, Diego, *Las constituciones de Colombia*, t. I, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977.
- Valencia Villa, Hernando, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010.
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2010, pp. 13-41.
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2009.
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “La acción de cumplimiento en Colombia”, en Manili, Pablo Luis (Direc.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 277-313.
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Beltrán Grande, Diana Johanna, “La justicia constitucional y su modelo transnacional”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), *Derecho procesal constitucional*, t III, Vol. I, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, pp. 101-137
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), *Derecho procesal constitucional*, t V, Bogotá, VC Editores Ltda. y LEGIS, 2014, pp. 87-107.
- Constitución Política de Colombia de 1886.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Constitución Política de Italia de 1947.

Constitución Política de Alemania de 1949.

Constitución Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Ley 393 de 1997

Ley 472 de 1998.

Ley 1095 de 2006.

Decretos 2591 de 1991

Decreto 306 de 1992

Decreto 1382 de 2000.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Ley 1354 de 2009.

Sentencia Corte Constitucional colombiana, C-070 de 2009, Ms.Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano contra Chile*, 2006.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, 2006.

Acción de protección colectiva de derechos fundamentales y protección constitucional¹

Luis Andrés Cucarella Galiana²

I. Introducción

Conforme se consolida el Derecho Procesal Constitucional como ciencia y rama diferenciada del Derecho, van surgiendo las voces que reclaman la creación de Códigos de Derecho Procesal Constitucional que sistematicen y ofrezcan los cauces normativos adecuados en las materias propias de esta disciplina. Son muchos los aspectos respecto de los cuales el legislador debería tomar posición a la hora de articular este Código. Es decir, es constante la toma de decisiones y posicionamiento sobre cómo articular el sistema procesal constitucional de una nación.

Obviamente, en este trabajo no vamos a agotar todos los desafíos a los que debería atenderse en el proceso de codificación. Sería demasiado pretencioso poder incluir en un trabajo de estas características, todos los aspectos respecto de los cuales el legislador debe posicionarse para poder articular el sistema procesal constitucional de un país. Es por ello por lo que vamos a acotar el campo de investigación. En concreto, queremos centrarnos en los aspectos relativos al control de constitucionalidad y las decisiones que sobre ese ámbito deben tomarse en el proceso de codificación.

En concreto, en relación con este control, en la elaboración de dicho código, debe tomarse una primera decisión: establecer un sistema concentrado, difuso o mixto de control de constitucionalidad. La toma de postura por cada uno de esos sistemas, implica, obviamente, adoptar una serie de decisiones que deben llevarse a un texto codificación. En la medida en que en Colombia y España existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad, siendo además, el modelo que responde mayoritariamente al sistema europeo,³ nuestra ponencia va a tomar como punto

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER), del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Ponencia presentada en la III Convención Mundial de Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Cajamarca, Perú, 24, 25 y 26 de octubre de 2018.

² Profesor Titular de Universidad, Acreditado para Catedrático de Universidad. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y Valencia. Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Universitat de València (Estudi General), España. luis.a.cucarella@uv.es

³ Si bien es cierto que la mayoría de los países europeos tienen un sistema concentrado de control de constitucionalidad, no debe pasarse por alto que existen otros países europeos que tienen un sistema

de partida, el hecho de que se tome la decisión de codificar un modelo concentrado de control de constitucionalidad.⁴ En ese caso, vamos a referirnos a los principales ítems o aspectos que consideramos dignos de ser llevados a un código procesal constitucional. Es decir, nos vamos a enfrentar a la concreción de los aspectos más relevantes relativos al sistema concretado de control de constitucionalidad a los que debe atenderse en un proceso de codificación.

Son cuatro los principales retos o desafíos a los que debe atenderse y todos ellos los vamos a exponer de manera sistemática en los siguientes apartados. Así, el referente a los cauces a través de los cuales se puede controlar la constitucionalidad de una norma; el momento para efectuar dicho control; composición de dichos órganos, y competencia que se les atribuye.

En relación con esta última cuestión, resulta muy interesante tomar postura sobre si los Tribunales constitucionales deben conocer o no de demandas para la protección, tutela o amparo de los derechos fundamentales. En la medida en que en Colombia y España se contempla esta posibilidad, consideramos interesante hacer referencia a esta realidad. Y en ese sentido, nos detendremos en cómo puede concretarse el concepto de víctima a efectos de legitimación, sobre todo, para poder articular un sistema de legitimación para la tutela de los derechos de grupo. Éste es un claro ejemplo de que cómo la jurisprudencia ha ido evolucionando ampliando el concepto de víctima. Creemos que un código procesal que quiera concretar los sujetos que pueden ejercitar acciones ante los Tribunales constitucionales, es interesante que incorpore los aspectos relativos a la legitimación activa para las *class actions* en materia de tutela o amparo.

II. Modelo concentrado de control de constitucionalidad: decisiones que deben adoptarse en un código procesal constitucional

II.1. Cauce para el control de constitucionalidad

En la construcción del sistema de Justicia constitucional concentrado (una vez que se ha tomado la opción por este modelo), una de las primeras cuestiones a las que se debe atender es la relativa a fijar los cauces a través de los que se controla la adecuación de las normas al texto constitucional. Luego tendremos ocasión de analizar las aporta-

difuso o mixto. Véase al respecto, Fernández Rodríguez, José Julio, *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2007, p. 17, en la que recoge algunos de los países europeos que tienen un sistema difuso de control de constitucionalidad: Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Noruega, Suecia y Suiza. Por su parte, tiene un sistema mixto de control concentrado y difuso, Portugal, Chipre y Malta, por ejemplo.

⁴ Obviamente, somos conscientes de que el sistema difuso de control de constitucionalidad también presente implicaciones muy interesantes, así como el mixto. El que optemos por prestar atención al modelo concentrado no prejuzga la idoneidad de uno u otro modelo. Simplemente pretendemos ofrecer al lector de la obra los criterios que codificación del modelo que conocemos bien porque es el que rige en España y en la mayoría de los países de Europa. De igual modo, creemos que puede ser interesante para el lector americano, conocer aspectos de Derecho comparado referentes al continente europeo.

ciones de Hans Kelsen al respecto, pero evidentemente, la elección de estos cauces y la concreción de sus aspectos, resulta esencial. Aquí, puede hablarse de la existencia de dos grandes modelos:⁵ el control en abstracto y el control en concreto.

II.1.1. Control en abstracto

En el caso del control en abstracto, las dudas de inconstitucionalidad de una norma surgen sin que haya sido necesaria su aplicación en un caso concreto.⁶ Pues bien, cuando se articula este cauce, inmediatamente a continuación, surge la necesidad de que se incorpore al Código procesal constitucional, quién tiene legitimación activa para ejercitar esta acción,⁷ así como si debe sujetarse a plazo el ejercicio de la misma.⁸

Como puede apreciarse, estamos subrayando dos capítulos que necesariamente deberían tenerse en cuenta en la codificación procesal constitucional: plazo y legitimación para el ejercicio de la acción para el control en abstracto de inconstitucionalidad.⁹

⁵ En general, sobre estos dos modelos, Huerta Ochoa, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”. Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, pp. 927-950; Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista”. Revista Prolegómenos-Derechos y valores, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011, pp. 165-180.

⁶ En el caso español, el control en abstracto se hace a través del mal llamado recurso de inconstitucionalidad. Decimos que es un mal llamado recurso porque en sentido estricto, es un proceso autónomo que se sigue ante el Tribunal Constitucional español (a partir de ahora TCE) para el enjuiciamiento de si una norma se adecua o no a la Constitución. A dicho “recurso” se refiere el art. 161.1 a) de la Constitución vigente de 6 de diciembre de 1978 (a partir de ahora CE). En concreto, el artículo citado establece cuál es la competencia del TCE. En lo que al proceso de inconstitucionalidad, se indica que el TCE tiene competencia para conocer “del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁷ Sobre la legitimación para el ejercicio de esta acción, el art. 162.1 a) CE dispone que están legitimados “para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”.

⁸ La CE no establece plazo para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, dicho plazo está previsto en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (a partir de ahora LOTC). El art. 33.1 LOTC dispone que “el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional (...)”.

⁹ En este punto, sin lugar a dudas, existen claras diferencias entre las regulaciones europeas y americanas, sobre todo en lo referente al aspecto de la legitimación.

En el caso Europeo, por influencia kelseniana no se contemplan con carácter general, sistemas de acción popular en el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad, situación que contrasta claramente con la existente en otros ordenamientos de América latina.

Sin embargo, hay ordenamientos jurídicos en los que se produce una situación de contraste que queremos subrayar. Nos referimos al ordenamiento jurídico español. En España, la CE, así como la LOTC no contemplan la posibilidad de ejercicio de una acción popular de inconstitucionalidad. Sin embargo,

II.1.2. La aportación de Kelsen

Como regla general, Kelsen mantuvo una posición claramente contraria a legitimación popular para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.¹⁰ En concreto, afirmó:

“La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un actio popularis: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No puede, sin embargo, recomendarse esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos”

II.1.3. Algunos ejemplos del continente europeo

Si tomamos como referencia algunos ordenamientos jurídicos europeos, podremos ratificar lo que estamos afirmando. En este sentido, podemos encontrar tres grandes categorías. En primer lugar, hay Estados en los que la legitimación activa se entiende en un sentido muy restringido. En segundo lugar, hay otros países en los que se amplía el abanico de sujetos legitimados, pero sin llegar a reconocer una legitimación popular. Y, en tercer lugar, están los supuestos, muy excepcionales, en los que la legitimación se concibe en un sentido muy amplio.

A la primera categoría descrita, podemos adscribir el caso alemán. En concreto, la legitimación activa para la presentación de una demanda de inconstitucionalidad la tienen el Gobierno federal, los gobiernos de los *Land*, y un tercio de los miembros del *Bundestag*,¹¹ que es una de las cámaras legislativas de ese país.¹² Así se desprende del artículo 93.1 2) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En el caso austriaco también se concibe de manera restringida la legitimación activa. Dicha legitimación la tienen los gobiernos regionales, y una tercera parte de los miembros de del Consejo nacional.¹³

En el supuesto intermedio en lo que se refiere a la concreción de la legitimación activa, podemos ubicar el caso español o portugués, por ejemplo.

si nos dirigimos al art. 125 CE vemos que se admite constitucionalmente la acción penal popular. Es decir, el ciudadano no tiene legitimación activa para solicitar al TCE la tutela de la Constitución, pero sin embargo, sí la tiene para solicitar la tutela del Derecho Penal, aun cuando no sea víctima, perjudicado o agraviado por el delito que se haya cometido.

¹⁰ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México (Tamayo y Salmorán, traductor), México 2001, pp. 87-88.

¹¹ Steinberger, Helmut, “Algunos rasgos fundamentales de la Justicia constitucional en la República federal de Alemania”. *Revista de Estudios Políticos*, 1986, núm. 51, p. 13.

¹² Véase, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, pp. 102-103; Martínez Estay, José Ignacio, “El sistema europeo-continental de Justicia constitucional”. *Estudios constitucionales*. *Revista del Centro de Estudios constitucionales*. Universidad de Talca, núm. 1, 2005, p. 159.

¹³ Véase en este sentido, Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*. Ariel. Barcelona 1994, pp. 52-53; Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, pp. 102-103.

Así, en el caso español, el artículo 162 CE, dispone que estén legitimados para interponer una demanda de inconstitucionalidad, “el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”.

En el caso portugués,¹⁴ por citar un segundo ejemplo, la legitimación activa la tienen el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea legislativa, el primer ministro, el Procurador de Justicia, el Fiscal General de la República, y las asambleas de las regiones autónomas para los casos previstos en el artículo 229 constitución portuguesa¹⁵ (art. 281.1 Constitución de Portugal).

A la tercera categoría, pertenecen muy pocos ordenamientos jurídicos europeos, ubicados, principalmente, en países del este europeo. Así ocurre en Eslovenia, en donde se señala que dicha demanda la puede interponer quien tenga interés legítimo

¹⁴ Sobre el sistema de Justicia constitucional en Portugal, Doncel Luengo, Juan Antonio, “Una primera aproximación al Tribunal Constitucional de Portugal: el ejemplo del primer semestre de 2001”. UNED. Teoría y realidad constitucional, núms. 10-11, pp. 585-605; Rodrigues Canotilho, Mariana, “El sistema constitucional de Portugal”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año 7, núm. 14, pp. 123-124; Martínez Estay, José Ignacio, *op. cit.*, nota 10, pp. 166-170.

¹⁵ El art. 229 de la Constitución es el que establece las competencias de las regiones. En concreto, dispone que “1. Las regiones autónomas son personas colectivas de derecho público y tendrán las siguientes atribuciones, que se definirán en los estatutos respectivos:

- a) legislar, dentro del respeto a la Constitución y a las leyes generales de la República, en materias de interés específico para la región que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía;
- b) reglamentar la legislación regional y las leyes generales emanadas de los órganos de soberanía que no reserven a éstos el respectivo poder reglamentario;
- c) ejercitar la iniciativa legislativa, mediante la presentación de propuestas de ley a la Asamblea de la República;
- d) ejercer el poder ejecutivo propio;
- e) administrar su patrimonio y disponer de él y celebrar los actos y contratos en que estén interesadas;
- f) disponer de los ingresos fiscales percibidos por ellas y de otros que les estén atribuidos y afectarlos a sus gastos;
- g) ejercer poder de orientación y de tutela sobre los entes locales autónomos;
- h) supervisar los servicios, instituciones públicas y empresas nacionalizadas que ejerzan su actividad exclusivamente en la región y en otros casos en que el interés regional lo justifique;
- i) elaborar el plan económico regional y participar en la elaboración del Plan;
- j) participar en la definición y ejecución de las políticas fiscal, monetaria, financiera y cambiaria, de tal modo que se garantice el control regional de los medios de pago en circulación y la financiación de las inversiones necesarias para su desarrollo económico-social;
- k) (sic) participar en las negociaciones de los tratados y acuerdos internacionales que les afecten directamente, así como en los beneficios derivados de las mismas.

2. Las asambleas regionales podrán solicitar al Consejo de la Revolución la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas emanadas de los órganos de soberanía, por violación de los derechos de las regiones consagradas en la Constitución”.

en la obtención de la declaración de inconstitucionalidad.¹⁶ La legitimación también se concibe en sentido amplio en el caso de Serbia y Montenegro.¹⁷

II.1.2. Control en concreto

II.1.2.1. Decisiones normativas

El otro modelo de control de constitucionalidad, que también puede incluirse en un código procesal constitucional, y lo normal es que haga conjuntamente con el anterior, es el del control en concreto.¹⁸ En este supuesto, las dudas de inconstitucionalidad surgen porque esa norma debe surtir efecto en un caso particular y el operador jurídico que la tiene que aplicar, tiene sospechas de inconstitucionalidad. En el modelo concentrado de control de constitucionalidad, solamente el Tribunal Constitucional¹⁹ puede declarar inconstitucional una norma. Sin embargo, ello no impide que haya otros órganos que puedan colaborar con el TC en el control de constitucionalidad. En este sentido, en el proceso de codificación debe optarse por fijar qué operador jurídico es el que puede plantear la duda de inconstitucionalidad al TC. Es decir, el código procesal constitucional debe concretar si cualquier funcionario o autoridad, incluida la judicial, puede plantear una duda de inconstitucionalidad. O si, por el contrario, son solamente los jueces y magistrados los que pueden hacerlo. En un caso u otro, de igual modo, debería regularse cómo y cuándo dialogan dichas autoridades con el TC.

II.1.2.2. Análisis comparado

Si echamos un vistazo a la situación existente en el modelo concretado en Europa, suele ser frecuente que se atribuya a los jueces de la jurisdicción ordinaria una función de colaboración con el TC en el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico. En este supuesto, inmediatamente a continuación, debe fijarse si ese juez al que surge la duda de inconstitucionalidad, puede declarar en el caso concreto, la inconstitucionalidad de la norma. En el caso en que no pueda, también debe regularse si la duda de inconstitucionalidad solamente la pueden plantear determinados órganos jurisdiccionales, o todos, o si se puede promover a instancia de parte o de oficio, o si se suspende o no la resolución del asunto respecto del cual ha surgido la duda.²⁰

¹⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 104. También puede verse, Vecchio, Fausto, “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, pp. 207-222.

¹⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 104. En dicha página afirma que “esta apertura a los particulares choca con la característica indicada de la restricción de legitimación, además de acentuar el peligro de que el órgano se vea saturado (saturación que, incluso, está presente en Tribunales Constitucionales que carecen de tan amplia legitimación)”.

¹⁸ En general, sobre este modelo, Vélez, “El control concreto de constitucionalidad”. *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, pp. 19-75.

¹⁹ A partir de ahora TC.

²⁰ En el caso español, el art. 29.1 LOTC dispone que “la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

a) El recurso de inconstitucionalidad.

Como se puede apreciar, las distintas opciones que se van tomando, van abriendo nuevos horizontes y cuestiones a las que necesariamente debe darse respuesta en un código procesal constitucional.

Si prestamos atención a la situación existente en España, por ejemplo, el artículo 163 CE dispone que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Es la LOTC la que en el capítulo III, artículos 38-40, regula la cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, el artículo 35.1 LOTC dispone que “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

Como puede apreciarse, solamente jueces y magistrados, pueden promover una cuestión de inconstitucionalidad. En la línea de lo que contempla la CE, la duda debe afectar a una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y que condicione el fallo que vaya a dictarse. Es decir, debe ser determinante de la decisión que pueda tomarse en el caso. Y en este sentido, ya sea de oficio o a instancia de parte, dicho tribunal puede plantear la duda al TC.

Por su parte, el apartado segundo añade que “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”.

De este párrafo creemos que pueden destacarse tres aspectos. El primero, el momento para promover la cuestión de inconstitucionalidad, es cuando se haya concluido el proceso y se abra el plazo para dictar sentencia. En ese momento, queda suspendido el proceso.

b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”.

El art. 35.1 LOTC dispone que “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

En segundo lugar, en todo caso, debe prestarse audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, aun cuando en dicho proceso no intervenga el fiscal. La razón es evidente, está en juego un interés público: que se aplique al caso concreto o no, una norma sospechosa de inconstitucionalidad.

En tercer lugar, la duda de inconstitucionalidad puede plantearse en sucesivas instancias o grados. Es decir, si las partes solicitaran una suspensión del proceso para que el TC resuelva si la norma aplicable al fondo del asunto es constitucional, en el caso en que el órgano decida no plantear la duda, las partes pueden volverlo a intentar en instancias sucesivas.

Por su parte, el apartado 3 establece que al promoverse la cuestión, quedará suspendido el proceso en el que ha surgido la duda, hasta que el TC resuelva. En concreto, dispone que “el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”.

El artículo 36 LOTC dispone que “el órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere”.

Por su parte, el artículo 37 LOTC codifica el proceso que debe seguirse ante el TCE para la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad.

Al respecto, el apartado 1 dispone que “recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada”.

Como puede apreciarse, se contempla la posibilidad de que el TCE rechace *a limine* la cuestión que se le suscita, si considera que es notoriamente infundada o cuando falten las condiciones procesales necesarias. En todo caso, obviamente, esta decisión debe ser motivada.

Por su parte, el apartado 2 regula el procedimiento propiamente dicho para la resolución de la cuestión. Así, “publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días”.

El apartado 3 añade que “el Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos

los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.

II.2. Momento para el control de constitucionalidad

II.2.1. Control a priori

Un segundo aspecto en el que merece la pena detenerse en el análisis que estamos realizando, es el relativo a la concreción del momento en que una norma puede ser controlada por inconstitucionalidad. En este caso, podemos hablar tanto de un sistema de control a priori, como de control a posteriori. El primero de ellos, permite la intervención del correspondiente TC antes de la publicación y entrada en vigor de la norma. En este caso, las opciones creemos que pueden ser dos: la primera, permitir el control de constitucionalidad de proyectos de ley; la segunda, que se sometan a control de constitucionalidad las leyes elaboradas por el Parlamento, pero antes de su entrada en vigor.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que si se quiere optar por permitir el control a priori, lo más oportuno es implicar al TC una vez que el Parlamento ha terminado su labor. Es decir, no creemos conveniente que se sometan a control los proyectos de ley. Es más oportuno que el poder legislativo haga su trabajo y legisle sin la interferencia del TC. Además, el proyecto de ley no es más que un proyecto de ley. En el avatar parlamentario puede que no llegue a ver la luz, o que obviamente, acabe siendo aprobado con modificaciones sobre la redacción inicial. Con el objeto de no sobrecargar al TC, creemos que si se quiere un control a priori, lo mejor es que se tenga elaborada y aprobada la ley y antes de que entre en vigor, someterla a control de constitucionalidad.

II.2.2. Control a posteriori

Por su parte, si se optara por un modelo de control a posteriori, ello implicaría que la norma solamente podría ser controlada una vez que la misma hubiera sido promulgada y hubiera entrado en vigor.

Si nos acercamos a la realidad existente en la codificación procesal constitucional española, podremos ver que se opta por un modelo de control a posteriori,²¹ si bien, excepcionalmente, hay dos tipos de normas para las cuales se admite un control a priori. Una de esas excepciones es la relativa a tratados internacionales.

Sobre la posibilidad de control previo de los tratados internacionales, debe tenerse presente que ésta es una exigencia que se contempla expresamente en el texto constitucional. En este sentido, el artículo 95.1 CE dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución

²¹ En este sentido, el artículo 31 LOTC dispone que “el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley podrá promoverse a partir de su publicación oficial”.

exigirá la previa revisión constitucional”. El apartado 2 añade que “el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”²².

La segunda excepción, es la referente al control preventivo de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. En concreto, el artículo 79 LOTC, introducido por la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, permite el control previo de los proyectos de ley orgánica de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, o sus proyectos de reforma.²³

²² La ratificación del Tratado de Maastricht, implicó que se consultara al TCE si dicho tratado contenía disposiciones contrarias a la CE en lo relativo a la regulación del derecho de sufragio pasivo. En concreto, el art. 8.B.1 de dicho Tratado reconoce el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la Unión Europea. Sin embargo, el art. 13.2 CE solamente lo reconoce a ciudadanos españoles. El TCE en su Declaración 1 de julio de 1992, consideró que el Tratado y la CE eran incompatibles. Ello implicó la reforma del artículo señalado. A día de hoy, la disposición citada dispone que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

²³ En concreto, el art. dispone que “uno. Son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos. Dos. El recurso tendrá por objeto la impugnación del texto definitivo del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de Reforma de un Estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales.

Tres. Están legitimados para interponer el recurso previo de inconstitucionalidad quienes, de acuerdo con la Constitución y con esta Ley Orgánica, están legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía.

Cuatro. El plazo para la interposición del recurso será de tres días desde la publicación del texto aprobado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales». La interposición del recurso suspenderá automáticamente todos los trámites subsiguientes.

Cinco. Cuando la aprobación del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, el mismo no podrá convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales.

Seis. El recurso previo de inconstitucionalidad se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley y deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional en el plazo improrrogable de seis meses desde su interposición. El Tribunal dispondrá lo necesario para dar cumplimiento efectivo a esta previsión, reduciendo los plazos ordinarios y dando en todo caso preferencia a la resolución de estos recursos sobre el resto de asuntos en tramitación.

Siete. Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirán su curso los trámites conducentes a su entrada en vigor, incluido, en su caso, el correspondiente procedimiento de convocatoria y celebración de referéndum.

Ocho. Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar los preceptos a los que alcanza, aquellos que por conexión o consecuencia quedan afectados por tal declaración y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales.

Nueve. El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa”.

II.3. Composición y designación de magistrados

II.3.1. Consideraciones generales

El tercer punto al que debe darse respuesta en la codificación procesal del modelo concentrado, es el relativo a concretar qué número de magistrados deben formar parte del órgano de control de constitucionalidad, y sobre todo, cómo o quién designa los magistrados de los diferentes tribunales constitucionales. En este ámbito, está en juego el prestigio y el buen nombre de los mismos. Muchas veces se habla de la necesidad de garantizar un colegio de magistrados realmente independiente, o que no esté politizado, siendo ésta una de las discusiones más relevantes cuando se estudia cualquier modelo de control concentrado de control de constitucionalidad. En definitiva, la concreción del estatuto de los magistrados de los tribunales constitucionales, en temas tales como número de miembros, o sistema de selección, son cuestiones especialmente sensibles y sobre las que todavía a día de hoy sigue estando abierto el debate sobre la mejor solución. Este desafío histórico, sigue abriendo nuevas perspectivas de futuro a las que hay que atender.

Vamos a referirnos en primer lugar, a las cuestiones relativas al número de magistrados. A continuación, estudiaremos los aspectos referentes a la designación de los mismos.

II.3.2. Número de magistrados

Si atendemos a las aportaciones de Kelsen, en relación con la composición del TC, sostuvo que no debería tener un número muy elevado de miembros. No obstante, no aportó una fundamentación de esta propuesta. En concreto, afirma:²⁴

“El número de miembros no debería ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamado a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución”.

En su aplicación práctica, en el ámbito europeo podemos encontrar diferentes soluciones. En este sentido, podemos decir que el número de magistrados se mueve en un mínimo de cuatro, y un máximo de diecinueve.²⁵ Así, cuatro magistrados tiene el Tribunal constitucional de Andorra;²⁶ cinco tiene el de Liechtenstein;²⁷ seis tiene el Tribunal constitucional de Moldavia;²⁸ siete tiene el tribunal de Letonia;²⁹ nueve

²⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 57.

²⁵ Para un estudio comparativo de estos aspectos, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, pp. 39-40.

²⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 39. También puede verse la información recogida en el sitio web: www.tribunalconstitucional.ad.

²⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

²⁸ Flores Juberías, Carlos; Torres Pérez, Mercedes, “Los Tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa central y oriental”. *Cuestiones constitucionales*. Revista mexicana de Derecho Constitucional 2001, núm. 5, p. 100.

²⁹ Flores Juberías, Carlos; Torres Pérez, Mercedes, *op. cit.*, nota 26, p. 100.

tiene el Consejo Constitucional francés.³⁰ El tribunal constitucional de Eslovaquia tiene diez magistrados.³¹ Doce miembros tiene, por ejemplo, el tribunal constitucional español o el belga;³² trece tiene el tribunal constitucional portugués,³³ catorce, el austriaco,³⁴ quince, el italiano,³⁵ dieciséis, el alemán,³⁶ dieciocho el de Ucrania,³⁷ o diecinueve, la Federación de Rusia.³⁸

En todo caso, en la codificación procesal constitucional, la decisión más relevante en este punto es la de elegir entre un TC con pocos magistrados o con un número mayor. Nosotros creemos que el número puede venir condicionado, en gran medida, por las competencias que finalmente se le atribuyan a este órgano jurisdiccional. Es decir, a mayor número de procesos de los que pueda conocer, mayor deberá ser la composición. Es verdad que la tendencia mayoritaria es que los Tribunales constitucionales tengan un número reducido de magistrados. Sin embargo, creemos que esa tendencia debe someterse a revisión cuando la competencia de los tribunales es amplia. Si no se hace así, se corre el riesgo de que el TC sea objetivamente incapaz de absorber todos los asuntos que le llegan y puede conducir a la saturación o paralización de dicho órgano jurisdiccional.

II.3.3. Designación de magistrados

II.3.3.1. Aportaciones de Kelsen

Si nos acercamos a la obra de Kelsen, podremos ver que de manera muy clara afronta el análisis de quién debe proceder a la designación de los magistrados de los tribunales constitucionales. En concreto, no es partidario de una designación exclusiva por el parlamento, ni tampoco por altas instancias del Estado. Su postura es claramente favorable a que se combinen ambos criterios. En este sentido, por ejemplo, ve razonable que sea el parlamento el que designe a los magistrados del tribunal constitucional, entre los candidatos propuestos por el gobierno o por el jefe del Estado, o a la inversa. Si atendemos a sus palabras, merece la pena destacar las que siguen:³⁹

³⁰ En relación con este órgano debemos precisar que ese número de nueve hace referencia al número de magistrados electos. No hay que perder de vista que también hay otros miembros natos de este Consejo, que son los expresidentes de la República. No obstante, debe tenerse presente que estos expresidentes “en la práctica sólo han acudido a dicho órgano de 1959 a 1962” (Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40).

³¹ Flores Juberías, Carlos; Torres Pérez, Mercedes, *op. cit.*, nota 26, p. 100.

³² Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

³³ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

³⁴ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

³⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

³⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

³⁷ Flores Juberías, Carlos; Torres Pérez, Mercedes, *op. cit.*, nota 26, p. 100.

³⁸ Flores Juberías, Carlos; Torres Pérez, Mercedes, *op. cit.*, nota 26, p. 100.

³⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 57.

“Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservar ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o por el gobierno. Posiblemente, se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces a propuesta del gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente”.

Una de las preocupaciones de Kelsen es la de evitar la politización del tribunal constitucional. No obstante, reconoce que si el parlamento interviene, los partidos políticos van a participar en el proceso de selección, y esta circunstancia, obviamente, puede conducir a la politización que no ve deseable. Ésta es la razón por la que considera que no todos los miembros del tribunal deban ser designados por intervención de las fuerzas políticas. Destacamos las siguientes palabras de Kelsen:⁴⁰

“Es muy difícil pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del tribunal constitucional toda influencia política. No puede negarse que las determinaciones de los especialistas podrían estar influenciadas —consciente o inconscientemente— por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del tribunal, por ejemplo, proveer una parte de los puestos por el Parlamento mediante la vía de elección, sin dejar de tener en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son atribuidos a especialistas, éstos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos”.

Por otro lado, en la medida en que el TC es un órgano que ejerce jurisdicción, Kelsen entiende que lo razonable es que la mayoría de sus miembros sean juristas. Por este motivo, en cuanto a la designación de los miembros del tribunal, sostiene que podría ser razonable que las Facultades de Derecho pudieran intervenir en el proceso de fijación de los candidatos a ser miembros del tribunal. Nótese que esta propuesta se suma a la anterior. Es decir, que las Facultades podrían proponer candidatos, si bien, el gobierno, el jefe del Estado o el parlamento, serían los que, en su caso, podrían asumirlos como candidatos propios. En este sentido, afirma:⁴¹

“Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las facultades de derecho de un país o a una comisión de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos”.

Expuestos estos criterios para la designación de los magistrados del tribunal constitucional, Kelsen todavía propone un último. En concreto, se refiere a la posibilidad de que el mismo tribunal proceda a la cooptación de sus miembros. Así, afirma:⁴²

“Podría, asimismo, atribuírsele al propio tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes”.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 58-59.

⁴¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 57-58.

⁴² Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 58.

II.3.3.2. Modelos existentes

Desde nuestro punto de vista, y en un intento de sistematizar los sistemas existentes, podemos clasificarlos distinguiendo cuatro modelos.

II.3.3.2.1. Designación exclusiva por el Parlamento

El primer modelo por el que puede optarse en la codificación procesal constitucional, es aquel en el que todos los magistrados del TC sean designados por el parlamento.

Si echamos un vistazo a la situación existente en Europa, podremos ver que el caso más significativo, sin lugar a dudas, es el alemán. Como ya hemos señalado anteriormente, el tribunal constitucional alemán está integrado por dieciséis magistrados. Pues bien, ocho de ellos son designados por una de las cámaras legislativas existentes en Alemania, y los otros ocho, por la otra cámara legislativa.⁴³ Nos referimos al *Bundestag* y al *Bundesrat*, que eligen a los magistrados por una mayoría de dos tercios.⁴⁴

Este modelo también existe en países como Liechtenstein o Hungría.⁴⁵

II.3.3.2.2 Designación por altas instancias del Estado

Otro modelo al que podemos hacer referencia es aquél en que son altas instancias del Estado las que proceden a la designación de los magistrados del tribunal constitucional. Es decir, frente al anterior modelo en que el parlamento es el que tiene el protagonismo, en este son altas instancias de la nación, con exclusión de la intervención directa del parlamento.

Desde nuestro punto de vista, en el ámbito europeo, el caso paradigmático es el del Consejo constitucional francés. Como ya hemos señalado anteriormente, este órgano está integrado por un total de nueve miembros (a los que hay que sumar los miembros natos). Pues bien, los nueve miembros a los que nos referimos, tres son designados por el Presidente de la República, otros tres, por el presidente del Senado y los otros tres, por el presidente de la Asamblea Nacional.⁴⁶

II.3.3.2.3. Modelo mixto

En el punto intermedio entre los dos modelos que hemos descrito, se encuentra el mixto. Es decir, un modelo en el que se combinan la designación parlamentaria

⁴³ Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, pp. 42-43.

⁴⁴ Resultan interesantes las palabras de Schlaich, K., “El Tribunal constitucional federal alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984, p. 146 en la que afirma que “el propio sistema de designación en cuanto tal es criticado cada cierto tiempo, con argumentos plenos de razón desde un punto de vista teórico. En efecto, hay pocos lugares en los que un poder sea ejercitado de modos tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del T.C.F. Una elección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente”.

⁴⁵ En este caso, como señala Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 42, todos los magistrados son nombrados por el parlamento “a propuesta de una comisión de designación integrada por un diputado de cada partido con representación parlamentaria”.

⁴⁶ Véase, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, pp. 42-43.

con la designación por altas instancias del Estado. En este modelo mixto, a su vez, podemos distinguir dos submodelos.

El primero, aquél en el que predomina el criterio de designación parlamentaria sobre el de autoridad; el segundo, aquél en el que ocurre a la inversa, es decir, predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la designación parlamentaria. A continuación, vamos a analizar algunos ejemplos en la clasificación realizada.

II.3.3.2.3.1. Predominio de la designación parlamentaria

A esta categoría pertenece, sin lugar a dudas, el modelo español. Hemos señalado que el TCE está integrado por doce magistrados, tal y como se desprende del artículo 159 CE en el que se dispone que “el Tribunal constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro propuestas del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

Como puede apreciarse, de un total de doce magistrados, la mayoría, en concreto ocho, son designados por el parlamento; los cuatro restantes, son designados por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial.

Dentro de esta categoría creemos que debemos incluir también el sistema de selección de los magistrados previsto en Portugal. En concreto, su TC está integrado por un total de trece magistrados. Pues bien, el Parlamento designa a la mayoría de eso trece, en concreto, a diez.⁴⁷ Posteriormente, esos diez son los que cooptan a los tres que faltan para completar el número total de trece.⁴⁸ Como puede verse, el Parlamento designa a la mayoría, y la autoridad a la que se recurre para completar el Tribunal, es la de los mismos magistrados de dicho tribunal.

Dentro de esta misma categoría debemos incluir también el caso belga. En este país, las dos cámaras legislativas existentes elaboran una lista de veinticuatro personas, sobre la base de las cuales el Rey procede a seleccionar a doce.⁴⁹ Hay una intervención de la autoridad del monarca, pero en todo caso, dentro de los márgenes que le ha fijado el parlamento.⁵⁰

Creemos que es también muy interesante el sistema de selección de los magistrados del TC en Bosnia-Herzegovina. Dicho tribunal está integrado por un total de nueve magistrados. Pues bien, seis de esos nueve, la mayoría, son designados por

⁴⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 43.

⁴⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 44.

⁴⁹ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 43.

⁵⁰ Como señala, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 43 de esos doce “seis de expresión francesa y seis de expresión flamenca”.

el Parlamento.⁵¹ Los tres restantes, son nombrados por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁵²

II.3.3.2.3.2. Predominio del criterio de autoridad

El segundo gran modelo dentro del sistema mixto, es aquél en el que predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la intervención del Parlamento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano. La *Corte costituzionale* italiana está integrada por un total de quince magistrados. Pues bien, cinco de ellos, son designados por parte de las magistraturas supremas del Estado italiano. En concreto, tres por el Tribunal de Casación; uno por el Consejo de estado y otro más, por el Tribunal de Cuentas.⁵³

El presidente de la República italiana tiene la competencia para designar a otros cinco de los quince magistrados.⁵⁴ Y los cinco restantes, son designados por las dos cámaras legislativas existentes en dicho país, que deben reunirse en sesión conjunta.⁵⁵

II.3.3.2.4. Designación popular

El cuarto modelo por el que puede optarse, es el de que sean los ciudadanos los que procedan a elegir, mediante sufragio, a los magistrados del TC.

Este sistema no se encuentra muy extendido. De hecho, en Europa no es una realidad. Sin embargo, no podemos pasar por alto que éste ha sido el sistema acogido, por ejemplo, en la Constitución política del Estado de Bolivia, de octubre de 2008. En concreto, el artículo 198 de la Constitución dispone que “las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

El apartado II del artículo 199 añade que “las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

II.3.3.3. Problemas de aplicación práctica

En los casos en que hablamos de designación de todos o algunos magistrados de los tribunales constitucionales por el parlamento, surge inmediatamente a continuación la crítica relativa a que dicho sistema puede contribuir a la politización de los tribunales constitucionales. Sin embargo, dicho problema también puede apreciarse si hablamos de la designación por altas instancias del Estado que sean cargos de

⁵¹ En concreto, como indica Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 42 “cuatro por el Parlamento federal y dos por la Asamblea de la República Serbia de Bosnia”.

⁵² Como indica Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 44 esto “no sucede en ningún otro ordenamiento y se explica por los acontecimientos bélicos que asolaron el país (...)”.

⁵³ Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 43.

⁵⁴ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 43.

⁵⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 42.

representación, como el presidente de una República, o cargos en un parlamento, como el presidente del mismo. Obviamente, estas personas ocupan dicho cargo en la medida en que han concurrido en las listas de un partido político.⁵⁶

Ahora bien, la presencia de sensibilidades políticas en los tribunales constitucionales no es algo que en principio nos deba preocupar, ya que el TC, además de ser un órgano jurisdiccional, es un órgano llamado a defender la principal norma política de un Estado: su Constitución. Lo que debe garantizarse, desde nuestro punto de vista, son varias cosas.

Por un lado, que a los tribunales constitucionales lleguen personas que reúnan los méritos necesarios. De esta manera, creemos conveniente que se fijen requisitos objetivos para poder postular a una persona como candidato a magistrado del TC. Al respecto, puede ser interesante incorporar al código procesal constitucional, unos años mínimos de ejercicio de actividad vinculada al ámbito judicial, o que el candidato deba someterse a control de sus méritos ante las Cámaras legislativas, por ejemplo.

Por otro lado, cuando haya intervención parlamentaria, debe evitarse que un sólo partido político pueda configurar con su decisión, la composición del Tribunal. Esto se logra estableciendo un sistema de mayorías cualificadas. Así, países como Alemania, España, Italia, Portugal o Bélgica, cuentan con este sistema de mayorías cualificadas o reforzadas.⁵⁷

Si bien este sistema tiene la virtud que acabamos de subrayar, genera inmediatamente a continuación un problema que no podemos desdeñar. Nos referimos al hecho de que en ocasiones, los partidos políticos utilizan esa necesidad del consenso como arma electoral, poniendo en el eje de su campaña política una de las instituciones esenciales en el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho: el TC.

Así ocurrió, por ejemplo, en Italia. La constitución de 1947 preveía la creación de la *Corte costituzionale*, pero hasta ocho años después, las fuerzas políticas no se pusieron de acuerdo para nombrar a los cinco magistrados de designación parlamentaria.⁵⁸

O lo mismo podemos decir de la situación existente en España. Por exigencia constitucional, la renovación de los miembros del TC debe hacerse por terceras partes cada tres años (art. 159.3 CE). Obviamente, para que la renovación de los

⁵⁶ En este sentido, Pino, Stephan, “El sistema constitucional de Francia”. Revista de Derecho constitucional europeo, año 7, número 14, julio-diciembre 2010, p. 53 en la que afirma que “se plantea, por otra parte, el problema de la «politicidad» de los nombramientos, de la competencia de las personalidades designadas, y de la presencia de los miembros de derecho. Como Georges Vedel destacó, el Consejo es «un ser raro: debería estar por encima de la batalla y sus miembros son designados por los grandes actores del combate político». En efecto, el Presidente de la República nombra tres, otros tres son nombrados por el Presidente de la Asamblea Nacional y los últimos tres por el Presidente del Senado. Dado que estos tres cargos suelen estar vinculados al partido mayoritario, y dado que la V República conoció su primera alternancia política en 1981, se comprende por qué la corriente socialista tuviera que esperar hasta 1983 para estar representada...”

⁵⁷ En este sentido, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 45.

⁵⁸ Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 46.

magistrados del TC tenga lugar en el caso de los ocho magistrados que son designados por las Cámaras legislativas, es necesario que las fuerzas políticas logren el correspondiente acuerdo para alcanzar la mayoría de tres quintos requerida constitucionalmente.⁵⁹ Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que los partidos políticos anteponen sus intereses electorales a los generales, bloqueando y paralizando la renovación de la composición del TC.⁶⁰

En el caso de designación popular regulado en Bolivia, también encontramos dificultades. Debemos subrayar que no se trata de una designación popular pura. Nos explicamos. Hemos señalado que los candidatos a magistrados del TC pueden ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Sin embargo, es posteriormente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que selecciona a los candidatos que finalmente pueden optar a la elección. Así se desprende del artículo 182 de la Constitución para la designación de los candidatos para ocupar el Tribunal Supremo de Justicia, sistema que se aplica también a los candidatos a ocupar el TC.

Las primeras elecciones tuvieron lugar el 16 de octubre de 2011.⁶¹ En concreto, la Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionó a 28 candidatos para ocupar 7 cargos de titular y otros 7 de suplentes.

⁵⁹ La LOTC contempla que los magistrados del TCE continúen en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles (art. 17.1 LOTC). Para estos casos, se ha añadido un nuevo párrafo 5 al artículo 16 LOTC, fruto de la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 8/2010, 4 noviembre. En concreto, ese párrafo dispone que “las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del período para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”.

⁶⁰ Para que el lector constate la situación existente y los problemas que hemos descrito, queremos poner de manifiesto los aspectos que han afectado a renovaciones de los magistrados del TCE. El 17 de mayo de 2008 falleció el magistrado, D. Roberto García Calvo que ostentaba la condición de magistrado del alto tribunal, desde octubre de 2001. Pues bien, hasta el 29 de junio de 2012, las dos fuerzas políticas mayoritarias no alcanzaron un acuerdo para nombrar al sustituto. Es decir, durante cincuenta y dos meses, el TCE a pesar de que por exigencias constitucionales debe tener una composición de 12 magistrados, estuvo funcionando con un total de 11. Por otro lado, también puede tenerse presente que había tres magistrados cuyo mandato expiró en noviembre de 2010, y que hasta el 29 de junio de 2012 tampoco se logró el acuerdo para su renovación. En el ínterin, para forzar esta renovación, los tres magistrados presentaron su dimisión al presidente del TC en el mes de junio de 2011. Sin embargo, el presidente no la aceptó, apelando a la responsabilidad institucional.

Esta situación descrita es la que llevó al TCE a emitir el 22 de mayo de 2012, una dura nota informativa, la 22/2012, en la que instaba a los partidos políticos a cumplir con sus obligaciones y proceder a designar a los cuatro magistrados.

Si bien la situación que hemos descrito se refiere a los magistrados nombrados a propuesta del Congreso de los diputados, una situación parecida se dio en relación con los magistrados nombrados a propuesta del Senado. En este caso, la renovación tuvo lugar en enero de 2011, con el nombramiento de cuatro nuevos magistrados, si bien la renovación tuvo lugar tras un notable retraso.

⁶¹ Véase, <http://www.que.es/ultimas-noticias/sucesos/201101070108-morales-inaugura-judicial-tendra-eleccion-efe.html>

En Bolivia ha sido muy criticado el sistema en la medida en que a los candidatos se les prohíbe hacer campaña o aparecer en los medios de comunicación tres meses antes de la votación.⁶² Pero sobre todo, se ha puesto de manifiesto que esta opción no ha servido para solucionar los problemas de la Justicia ni las injerencias del poder político.⁶³ Ello ha conducido a que en la práctica, se esté cuestionando este sistema de selección.

II.4. Derechos humanos y tribunales constitucionales

II.4.1. Planteamiento general

Un cuarto ámbito que también es digno de atención en el proceso de codificación, es el relativo a la concreción de la competencia de los Tribunales constitucionales. Es decir, qué asuntos o procesos les encomienda el ordenamiento jurídico. En este punto, una cuestión sobre la que hay que tomar postura es la de si además de los procesos de constitucionalidad, es conveniente atribuir a los Tribunales constitucionales, otros asuntos diferentes. Así, por ejemplo, puede decidirse que conozcan de procesos penales para el enjuiciamiento criminal de altas instancias de la Nación, o configurar este órgano jurisdiccional también como tribunal electoral, por ejemplo. Sin embargo, donde es preciso tomar postura de manera clara es la relativa a si se le atribuye o no al TC, el conocimiento de las demandas de amparo o tutela por violación de derechos fundamentales.⁶⁴

Uno de los grandes retos que presentan los ordenamientos jurídicos en los que su TC conoce también de demandas de amparo, es el gran número de asuntos que ingresan. Es por ello, que en el proceso de codificación debe tomarse la opción de si se restringe o no el acceso de amparos o tutelas al TC. En el caso en que se opte por establecer algún tipo de restricción, es preciso que se concrete de qué tipo, o si, por ejemplo, la restricción implica que sea el TC el que pueda seleccionar los amparos sobre los que quiera pronunciarse.⁶⁵

⁶² En este sentido, <http://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/en-marcha-la-eleccion-popular-de-magistrados-en-bolivia/20110613111201056242.html>

⁶³ Véase en este sentido, <http://www.economiabolivia.net/2014/03/06/anular-la-eleccion-popular-de-magistrados/>

⁶⁴ Si bien ésta no es una práctica generalizada en Europa, existen bastantes ordenamientos jurídicos en cuya regulación presenta gran interés. Nos referimos, principalmente, a los casos de los ordenamientos jurídicos alemán, austriaco y español, por citar algunos ejemplos.

⁶⁵ Así se ha hecho, por ejemplo, en el caso español. Con la reforma operada de la LOTC llevada a cabo por la LO 6/2007, la demanda de amparo debe justificar la especial trascendencia constitucional del mismo, pudiendo el TCE seleccionar los asuntos sobre los que quiere pronunciarse. Esta reforma fue respuesta a un grave problema de saturación y casi colapso del TCE. Sobre esta reforma, Aragón Reyes, Manuel, "La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, 2008, pp. 7-35; Díaz Revorio, Francisco Javier, "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007". *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 81-108.

De igual modo, debe tomarse la opción de si es posible plantear acciones de tutela o amparo constitucional contra leyes, o solamente cuando se haya producido una violación efectiva. y en ese caso, frente a qué tipo de actos se puede presentar una demanda de amparo.

Si acudimos a las aportaciones realizadas por Kelsen, podremos apreciar que este autor era partidario de la atribución de alguna competencia adicional. En concreto, sostenía esa conveniencia cuando se tratara del enjuiciamiento de altas instancias del Estado, o para la resolución de conflictos, o en general, cuando se tratara de asuntos cuya atribución al tribunal constitucional evitara la creación de nuevas jurisdicciones especiales. En este sentido, afirma:⁶⁶

“Podría, naturalmente, darse a la jurisdicción constitucional, por razones de prestigio o por otras razones, el control de ciertos actos individuales del jefe del Estado o de gobierno –suponiendo que se desea de manera general– someterlas a un control jurídico. En fin, señalamos que puede ser oportuno, llegado el caso, hacer del tribunal constitucional una Alta Corte de Justicia encargada de juzgar a los ministros sometidos a responsabilidad, un tribunal central de conflictos, o un tribunal investido de otras facultades con el objeto de evitarse las jurisdicciones especiales. En efecto, es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el derecho”.

II.4.2. Derecho comparado

Si echamos un vistazo a la situación existente en el ámbito europeo, suele ser bastante frecuente que a los tribunales constitucionales se les atribuya la función de resolución de conflictos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso español. El artículo 161.1 CE dispone que el TCE conozca “de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí”⁶⁷.

Lo mismo ocurre en el caso de la *Corte costituzionale* italiana.⁶⁸ El artículo 134 del texto constitucional atribuye a este órgano, la competencia para resolver “los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí”⁶⁹.

De igual modo, podemos hacer referencia a la situación existente en Alemania, en donde el TC resuelve los conflictos entre el *Bund* y los *Länder*, así como entre órganos del Estado.⁷⁰

⁶⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 96-70.

⁶⁷ Si acudimos a la LOTC, podremos apreciar que el ámbito de la resolución de los conflictos se amplía. Así, los arts. 73-75 regulan los aspectos relativos a la resolución de conflictos entre órganos constitucionales del Estado.

⁶⁸ En general, sobre este tribunal, Presno Linera, Miguel Ángel; Campione Riccardo, “Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2010.

⁶⁹ Sobre el régimen de justicia constitucional en Italia, Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, pp. 85-101; Martínez Estay, José Ignacio, *op. cit.*, nota 10, pp. 163-166.

⁷⁰ Véase en este sentido, Martínez Estay, José Ignacio, *op. cit.*, nota 10, p. 158.

En ocasiones, también se les atribuye a estos tribunales constitucionales el conocimiento de cuestiones de índole electoral. Así ocurre, por ejemplo, en Austria⁷¹ o Alemania.⁷²

No suele ser frecuente que los ordenamientos jurídicos europeos atribuyan a sus tribunales constitucionales el conocimiento de las demandas de amparo por violación de derechos fundamentales.⁷³ Esta previsión se contiene, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos como el austriaco, alemán y español, principalmente.⁷⁴

En el supuesto de Austria, es posible solicitar la intervención del tribunal constitucional en los casos de violación de derechos que estén “instituidos por una disposición del derecho objetivo de rango constitucional”⁷⁵. Esta demanda de amparo procede contra las leyes y actos administrativos en los que se haya violado algunos de esos derechos.⁷⁶

En el caso alemán también puede interponerse recurso de amparo contra una ley que viole derechos fundamentales,⁷⁷ así como contra actos administrativos o judiciales en los que se haya producido dicha violación.⁷⁸ En el primer caso, el plazo del que se dispone es de un año; en el segundo, de un mes.⁷⁹

En el caso español, el amparo puede interponerse contra actos de lesión efectiva de un derecho fundamental (art. 161.1 *b*) CE). No puede interponerse contra leyes, sino contra actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial, con los que se haya violado un derecho fundamental.⁸⁰ En cada uno de esos casos, el plazo para la interposición de la demanda de amparo, es diferente.⁸¹

⁷¹ Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, p. 49.

⁷² Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, pp. 67-68.

⁷³ Sobre esta cuestión, AAVV, Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.

⁷⁴ No obstante, hay otros ordenamientos jurídicos, sobre todo, en la Europa del este, que recogen la posibilidad de este amparo constitucional. Véase en general sobre esta cuestión, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 81.

⁷⁵ Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, p. 59.

⁷⁶ Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, pp. 58-59, en las que afirma que “no hay protección, como sucede en Alemania o en España, contra los actos jurisdiccionales”. Sobre la demanda contra una ley que viole derechos de reconocidos en norma constitucional, Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, pp. 53-54.

⁷⁷ En general, González Pascual, María Isabel, “El tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos”. Civitas. Thomson Reuters. Madrid 2010.

⁷⁸ Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, p. 75.

⁷⁹ Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 11, p. 75.

⁸⁰ El art. 41.2 LOTC dispone que “el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía 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”.

⁸¹ El art. 42 LOTC dispone que “las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus

El riesgo de saturación que implica que el TC conozca de tantos asuntos, ha conducido en la práctica, se hayan introducido mecanismos de selección de las demandas de amparo. En este sentido, como requisito introducido por una reforma legal llevada a cabo por la LO 6/2007, la demanda de amparo debe justificar la especial trascendencia constitucional del mismo.

II.4.3. Acción de grupo en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

En este último apartado, queremos hacer referencia a otro aspecto que creemos que también es interesante incorporar al código procesal constitucional. En este sentido, en el caso en que se permita que un TC pueda conocer de las acciones de amparo o tutela por violación de derechos fundamentales, resulta interesante que también quede concretado quién tiene legitimación activa para presentar la demanda amparo.

En este supuesto, es evidente que la víctima de la violación debe tener legitimación activa. Sin embargo, en la codificación procesal constitucional, debe tenerse presente que también es interesante y necesario legitimar a organismos públicos o al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de tutela o amparo. La legitimación del Ministerio Fiscal estaría más que justificada en los casos en que fuera posible presentar una demanda de amparo contra una ley y lo que se pretendiera fuera la tutela de intereses generales o difusos. No obstante, también creemos que puede ostentar legitimación activa cuando haya una violación individual.

En el caso español, Según dispone el artículo 162.1 b) CE están legitimados “para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.⁸²

órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

Si se trata de violación en un acto administrativo, el art. 43.1 LOTC dispone que “las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”. En lo referente al plazo, el art. 43.2 LOTC añade que “el plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial”.

Si se trata de violación cometida por un acto del juez, el art. 44.2 LOTC dispone que “El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

⁸² Sobre el papel del Defensor del Pueblo en la Justicia constitucional, Bassols Coma, Martín, “El Defensor del Pueblo en el sistema constitucional: sus relaciones con las Cortes Generales; Administración Pública y Administración de Justicia”. Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, núm. 8, 1998-1999 (ejemplar Homenaje al profesor Dr. Don Luis García de San Miguel), pp. 21-46; Díaz Crego, María, “Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial”. Teoría y realidad constitucional, núm. 26, 2010, pp. 307-352.

La LOTC, al reglar los sujetos legitimados, distingue según el acto contra el que se interponga la demanda de amparo.

Si la violación se ha producido en un acto sin valor de ley procedente órganos parlamentarios del Estado o de las CCAA, la legitimación la tiene la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46.1 *a*) LOTC).

Si la violación se ha producido en un acto del Gobierno, un órgano ejecutivo de las CCAA o de las distintas Administraciones públicas, sus agentes o funcionarios, así como cuando se produce en acto u omisión de órganos judiciales, tienen legitimación activa quien ahí sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46.1 *b*) LOTC).

En los casos en que la demanda de amparo la presente un particular o el Defensor del Pueblo, se prevé la intervención necesaria del MF “en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 47.2 LOTC).

Pero por otro lado, también es interesante que el código procesal constitucional concrete la legitimación para la tutela de los intereses de grupo o clase. En este sentido, con independencia de la legitimación activa que pueda atribuirse al Ministerio Fiscal u otros organismos públicos, creemos que es muy interesante hacer referencia al concepto de víctima que se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸³ Esa concepción a la que vamos a referirnos creemos que debe tenerse presente en una eventual codificación procesal constitucional.

Los aspectos relativos a la legitimación activa para el proceso ante el TEDH se concretan en los artículos 33 y 34 del Convenio Europeo para la protección de Derechos humanos y Libertades Fundamentales, 4 noviembre 1950,⁸⁴ para concretarla.⁸⁵

Sobre la legitimación activa del Ministerio Fiscal para la demanda de amparo, Domínguez García, Fernando, “La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 100, núm. 3, 2001, pp. 741-776.

Sobre el interés legítimo para presentar la demanda de amparo, Gómez Montoro, Ángel José, “El interés legítimo para recurrir en amparo: La experiencia del Tribunal Constitucional español”. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 9, 2003.

⁸³ A partir de ahora TEDH.

⁸⁴ A partir de ahora CEDH.

⁸⁵ En el caso de las pretensiones interestatales, la legitimación activa y la pasiva la tienen exclusivamente los Estados parte. Ello no podía ser de otra manera, en la medida en que estamos hablando de demandas que un Estado dirige frente a otro por violar alguno de los derechos del CEDH o sus protocolos, o por incumplir alguna de las obligaciones derivadas del Convenio. En el primero de los casos mencionados, el Estado demandante no requiere la condición de víctima, tal y como se da en el caso de las demandas individuales a las que luego nos referimos. Basta con que constate con otro Estado parte no respeta los derechos contenidos en el CEDH.

En este sentido, Morenilla Allard, Pablo, *et. al*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex, Madrid, 2007, p. 860, afirma que “el mencionado art. 33 legitima activamente a uno o varios Estados para acudir al Tribunal (...) para denunciar el incumplimiento del compromiso adquirido de reconocer en su Jurisdicción el respeto del derecho o libertad reconocido a los individuos dentro de la jurisdicción

En las demandas individuales, la legitimación activa la tiene la persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares “que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”. Por lo tanto, las Administraciones públicas no tienen reconocida legitimación activa al amparo de este artículo.⁸⁶ Tampoco la tendrían, por ejemplo, otros organismos creados en el marco del CE, como el Comité para la prevención de la tortura o las penas inhumanas o degradantes. Hacemos esta consideración porque a pesar de que se trata de un proceso dirigido a la protección de derechos o libertades fundamentales, no está previsto un supuesto de legitimación activa por titularidad de un interés general o público.⁸⁷

Sin embargo, resulta interesante cómo se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia del TEDH el concepto de víctima indirecta o potencial, que sí ostenta legitimación para poder presentar una demanda de amparo contra una norma, a pesar de que no es víctima directa. Por esta vía, y ahora haremos referencia a un caso paradigmático, se ha permitido que una persona pueda accionar para la tutela de los intereses de un grupo o clase.

El caso paradigmático al que queremos referirnos es el recogido en la sentencia S.A.S. contra Francia, de 1 de julio de 2014,⁸⁸ que resuelve la demanda de amparo presentada por una mujer musulmana contra la prohibición del velo integral introducido en la legislación francesa.

No vamos a entrar en el análisis del contenido de la sentencia y del fallo del TEDH. Sin embargo, creemos interesante subrayar que el Gobierno francés, entre otros argumentos de defensa, arguyó que la demandante carecería de legitimación activa para dirigirse al TEDH. Sostenía el Gobierno que en realidad, dicha persona no había sufrido ninguna sanción por el uso del velo integral, por lo que no podía considerarse como víctima a los efectos del CEDH.⁸⁹

de ese Estado. No necesita, a diferencia de los particulares, ser una víctima de la violación, sino que la constancia de que por otro Estado parte se incumple su obligación internacional de respetar los derechos fundamentales que el CEDH garantiza objetivamente, le confiere legitimación para denunciar este incumplimiento del Tratado ante el TEDH”.

⁸⁶ Morenilla Allard, Pablo, et. al., *op. cit.*, nota 83, p. 859.

⁸⁷ En relación con la legitimación activa, debemos subrayar que es preciso que el sujeto que presente la demanda sea víctima de la violación, potencial o real, pero es necesario que sufra o pueda sufrir un menoscabo en el ámbito de algún derecho o libertad reconocido en el CEDH o en sus Protocolos. Morenilla Allard, Pablo, et. al., *op. cit.*, nota 83, p. 859 afirma que “en efecto, <víctima>, en el sentido del art. 34 CEDH, es primordialmente quien se siente lesionado, de modo efectivo y real, en el goce de su derecho fundamental por el acto u omisión invocada, ya sea de manera directa o indirectamente (...)”.

⁸⁸ Base de datos Aranzadi Westlaw TEDH 2014\36.

⁸⁹ En el párr. 53 se recoge la argumentación del Gobierno demandado. En concreto: “el Gobierno cuestiona la condición de víctima de la demandante. En este sentido señala que no aporta ningún elemento que demuestre que ella es musulmana y que desea llevar el velo integral por razones religiosas, no pretende haber sido, sólo sería apercibida, por usar el velo en un lugar público y no proporciona ningún indicio de que lo llevara antes de la entrada en vigor de la ley. Se declara asimismo perplejo en cuanto a la gravedad para ella de las consecuencias de la prohibición, dado que ella indica que se abstiene de

Sobre la cuestión, el TEDH, en el párrafo 54, el TEDH afirma:

“Se recuerda en particular a este respecto que en las sentencias *Dudgeon* contra el Reino Unido (22 de octubre de 1981 [TEDH 1981, 4], serie A núm. 45), *Norris* contra Irlanda (26 de octubre de 1988 [TEDH 1988, 22], serie A núm. 142) y *Modinos* contra Chipre (22 de abril de 1993 [TEDH 1993, 20], serie A núm. 259), el Tribunal reconoció la condición de víctimas a los homosexuales debido a la existencia de leyes que prevén sanciones penales por actos sexuales consentidos entre personas del mismo sexo debido a que la opción que se les ofrecía era, bien abstenerse de la conducta prohibida, bien exponerse a ser procesados, a pesar de que rara vez se aplicaban estas leyes. Señala que en el asunto *S.L.* contra Austria (JUR 2003, 14875) (núm.45330/99, TEDH 2003 I(extractos)) el Tribunal asimismo reconoció la condición de víctima a un menor de 17 años que denunció una legislación que prohibía relaciones homosexuales entre adultos y menores cuando sólo los adultos se exponían a ser procesados y que en realidad no existía dichas acusaciones.

Señala que su fe es una parte esencial de su ser, que es una practicante asidua y que para ella es fundamental el uso del velo y juzga inoportuno que el Gobierno le exija que demuestre que ella es musulmana y que desea llevar el velo por razones religiosas. Declara no saber qué pruebas puede aportar y observa que sería extraño que se esperara que los demandantes mencionados en los anteriores casos probaran su homosexualidad. Agrega que no puede haber ninguna duda sobre el hecho de que el Islam comprende una escuela de pensamiento que requiere que una mujer oculte su rostro en público, y que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal que no corresponde al gobierno evaluar la legitimidad de la forma en la que ella manifiesta su religión. En su opinión, incluso suponiendo que puedan existir dudas sobre el hecho de si ella usaba el velo integral antes de la entrada en vigor de la ley, ella es víctima de la ley desde el momento que le impide, so pena de sanciones, usarlo en público cuando lo desee: lo sufre directamente por el hecho de ser una mujer musulmana creyente que se cubre el rostro en público”.

usar el velo integral en público, en caso de obstáculos prácticos, como parte de su vida profesional, o cuando desea conocer gente en público y que lo usa solo cuando su estado de ánimo introspectivo, sentimientos espirituales o un deseo de centrarse en las cuestiones religiosas se lo demandan. Según él, la demanda es parte del *actio popularis* socava el requisito de agotar los recursos internos y que una aplicación extensiva de ello podría tener efectos altamente desestabilizadores para el sistema del Convenio: Esto sería contrario a los redactores de éste y aumentaría considerablemente el número de demandantes potenciales. En su opinión, si circunstancias muy excepcionales pueden, en ciertos casos muy específicos, ser tenidas en cuenta por el Tribunal para ampliar la noción de víctima, esto no debe llevar a anular el principio según el cual sólo aquellos cuyos derechos han sido real y concretamente violados pueden pretender reclamar esta condición”.

Un breve repaso por los principales derechos laborales, incorporados a través de Tratados Internacionales y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Juan Antonio Rinaldi¹

I. Introducción

Es sabido en la comunidad internacional que aquellos Estados que ratifican las normas internacionales de trabajo de la O.I.T., poseen un bienestar superior al resto de los países que no las han ratificado. Ello no es azaroso, sino que se condice con la propia finalidad de dichas normas, cuyo objetivo es el progreso constante de las personas en sus caracteres de seres humanos.

En esta línea desde 1919 la OIT ha sostenido y desarrollado un sistema de normas internacionales del trabajo a efectos de mejorar las oportunidades para los hombres y las mujeres en los ámbitos laborales, mediante un proceso de debate de todos los sectores mundiales, promoviendo así, un crecimiento favorable para todos. Por ello, en el presente trabajo nos abocaremos a desarrollar aquellos derechos esenciales para la propia O.I.T., haciendo una pequeña mención a los convenios de gobernanza que también cumplen un rol importante en el ordenamiento jurídico internacional, pero por razones de brevedad nos dedicaremos a los derechos que a nuestro en-

¹ Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Morón (1987), luego especializado en Derecho, Política y Criminología en el Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca (1998 y 1999). Posee una experiencia de 30 años como analista laboral y desde 1995 lidera su propio estudio. Actualmente es Director en el Instituto de Derecho Social y del Trabajo y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Actualmente se desempeña como asesor laboral de la Escuela Religiosa Israelita Harav Kuk Instituto Integral Talpiot, del Grupo Inversora Juramento, de la Presidencia del Banco Macro y de la Asociación de Bancos Privados de Capital Argentino (A.D.E.B.A). Es representante Argentino ante la OIT en las conferencias anuales por la Asociación ADEBA. Fue asesor de la constituyente reformada de la Constitución Nacional y de la estatuyente porteña; asimismo fue Asesor de gremios y Súper Intendente de Salud en la gestión de Graciela Ocaña. Ha participado en diversas instancias de formación, entre los que se destaca el Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales y Temas del Trabajo: Mercados de Trabajo y Políticas de Empleo, en la Universidad de Bologna (2001). Además, formó parte del Programa de Formación de Normas Internacionales del Trabajo en el Centro Internacional de Formación Turín perteneciente a la OIT (2002 y 2016) y, en el marco del mismo programa, del Proyecto de Evaluación (Segunda Fase), en Turín/Ginebra (2003). Correo electrónico: JuanAntonioRinaldi@macro.com.ar. Agradecimientos: Se agradece la activa colaboración del Dr. Martín Rodrigo Egües.

tender –y de la OIT en algunos casos– son fundamentales para el sistema laboral internacional y nacional.

II. Convenios Internacionales de la O.I.T.

a) Acerca de la O.I.T.

La O.I.T. fue fundada en 1919 y en 1946 se convirtió en una agencia especializada de las Naciones Unidas, cuenta con 182 Estados Miembros y tiene una estructura “tripartita” única que agrupa a representantes de gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. Siendo esta base organizativa, la que les da legitimidad y sustento a nivel internacional.

b) Normativa O.I.T.

Como se aclaró anteriormente, la estructura tripartita de la OIT hace que los convenios y las recomendaciones sean preparados por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, que luego serán adoptadas en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT anualmente.

Las normas de la O.I.T. se dividen en convenios– que son “Tratados internacionales” legalmente vinculantes para los Estados que lo ratifiquen– o en “recomendaciones” –que actúan como directrices no vinculantes–. De esto, se entiende que los convenios funcionan como “pisos” y las “recomendaciones” como complementos a los convenios.

▪ Convenios Fundamentales

El Consejo de Administración de la OIT instituyó que son ocho los convenios de carácter “fundamental”. Los cuales regulan los siguientes derechos: la libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios también están incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Según la propia organización,² existen 1.367 ratificaciones a estos convenios, restando solamente 129 para lograr la ratificación universal de los países.

Los 8 Convenios fundamentales que se encuentran ratificados por la Argentina son:

- i. Convenio sobre la libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Convenio 87)

² Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>. 07/06/2018: “(...) Existen en la actualidad más de 1.367 ratificaciones de estos convenios, lo que representa el 91,4% del número posible de ratificaciones. Se necesitan aún 129 ratificaciones para lograr el objetivo de la ratificación universal de todos los convenios fundamentales”.

- ii. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Convenio 98)
- iii. Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (Convenio 29)
- iv. Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Convenio 138)
- v. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Convenio 182)
- vi. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Convenio 100)
- vii. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, (Convenio 111)

▪ **Convenios prioritarios**

El consejo de Administración de la OIT designó otros cuatro convenios como instrumentos “prioritarios”. Importante es destacar que desde 2008, estos convenios están calificados de “Convenios de Gobernanza”, ya que fueron identificados por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa como las normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza.³

Por ello la OIT solicita la ratificación de todos los Estados miembros en razón de la importancia en el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo, desde el punto de vista de la gobernanza.

Estos 4 Convenios prioritarios son:

- i. Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (Convenio 81)
- ii. Convenio sobre la Inspección del trabajo (agricultura), 1969 (Convenio 129)
- iii. Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (Convenio 144)
- iv. Convenio sobre la política del empleo, 1964 (Convenio 122), único de estos no ratificado por nuestro país.

c) Derechos Fundamentales:

▪ **Libertad sindical:**

La Libertad sindical se encuentra en el centro de importancia de la O.I.T. y de la comunidad internacional, por ello es que se encuentra incorporada en la Constitución de la OIT (1919), en la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944), y en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Cabe decir que dicho derecho también se encuentra proclamado en la

³ Organización Internacional del Trabajo.<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>. 07/06/2018: (...) Desde 2008, estos convenios están calificados de Convenios de gobernanza, ya que fueron identificados por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa como las normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Resulta importante aclarar que el debido cumplimiento de este derecho es de esencial importancia para que se logre consolidar la negociación colectiva y el diálogo social.

Los convenios que protegen estos derechos, son los números 87, 98, 135, 141 y 151.

Uno de los convenios más importantes, es el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, sancionado en 1948 (Convenio 87), ya que establece –según artículo 2–⁴ el derecho de los trabajadores y de los empleadores a que se les garantice tanto la libertad de asociación como la de afiliación.

Además de esto, el convenio en sus artículos 3 y 4,⁵ complementan lo dicho en el párrafo anterior, al proteger la libertad de elección de sus representantes, de su organización y sobre todo a que se les garantice la abstención de cualquier autoridad pública en los derechos de estas asociaciones.

Otra norma fundamental es el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 (Convenio 98), el cual sostiene que los trabajadores deben contar con una defensa adecuada contra todo acto de discriminación que tienda a perjudicar el ejercicio de la libertad sindical en relación con su trabajo. Quedando vedada la negación de un trabajador a afiliarse o el de despedirlo por su afiliación. Además de encontrarse terminantemente prohibido –según art. 2–⁶ la injerencia de organizaciones de empleadores en asociaciones de trabajadores y viceversa.

Por otro lado, el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, de 1971 (Convenio 135) alega que los trabajadores deberán gozar de una protección eficaz contra todo acto que pueda afectar sus derechos, incluido el despido en razón de su

⁴ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, número 87. Sanción 1948. Artículo 2: Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

⁵ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, número 87. Sanción 1948. Artículo 3:1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Artículo. 4: Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa

⁶ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, número 98. 1949. Artículo 2: 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

condición de representantes de los trabajadores, o cualquier otra causa relativa a su condición de sindicalista⁷

También agrega que para que los representantes de los trabajadores puedan llevar a cabo su función principal, es necesario que existan políticas nacionales que fomenten y faciliten su labor.⁸

Asimismo, a este compendio de normas, se agrega el Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, de 1975 (Convenio 141) el cual, agrega y solicita que se cumplan con todos los principios de libertad sindical así como a la libre asociación de los trabajadores rurales, promoviéndose su independencia, voluntariedad y libres de toda injerencia.

Por último, se encuentra el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración Pública, de 1978 (Convenio 151), el cual promueve la no injerencia de las autoridades, de una debida protección, la no discriminación sindical y la independencia de las asociaciones sindicales respecto a las autoridades públicas.

▪ **Negociación colectiva:**

De lo dicho anteriormente, deducimos que, de cumplirse esos puntos, la negociación colectiva se debería realizar en un pie de igualdad, garantizando resultados justos y equitativos, evitándose de esa forma conflictos laborales como desigualdad en los salarios, huelgas, despidos y demás conflictos. Está comprobado incluso que la negociación colectiva, permitió solucionar graves conflictos sociales no solamente laborales. Tal y como lo informa la propia organización,⁹ este mecanismo fue utilizado para solucionar conflictos por el apartheid en Sudáfrica y la crisis económica en Corea del Sur.

⁷ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre los representantes de los trabajadores, número 135. 1971. Artículo 1: Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

⁸ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre los representantes de los trabajadores, número 135. 1971. Artículo 2: Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones. 2. A este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada. 3. La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada.

⁹ Organización Internacional del Trabajo. Las Reglas de Juego: Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo. Edición revisada 2009. Ginebra. Publicación 2005 Pagina. 30: “(...) Efectivamente, algunos países han indicado que los países en los que la negociación colectiva está muy coordinada, tienden a tener menos desigualdades en los salarios, un desempleo más bajo y menos persistente, menos huelgas y más breves que los países en los que la negociación colectiva está menos instaurada. Las prácticas establecidas de negociación colectiva permitieron a la República de Corea capear la crisis financiera asiática y posibilitaron que Sudáfrica realizase una transición relativamente pacífica hacia la época posterior al apartheid”.

Las normas que sancionó la OIT para el debido cumplimiento de este derecho fueron los convenios: 98, 151 y 154.

El Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 (Convenio 98), integra el grupo de los convenios fundamentales de la O.I.T. y tiene como finalidad— según el art. 4—¹⁰ la toma de medidas adecuadas a las condiciones de cada país para estimular y proponer el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, y así por medio de contratos colectivos, regular las condiciones de empleo.

También debemos hablar del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, de 1978 (Convenio 151). Convenio que promueve la negociación colectiva en el caso de los empleados públicos y establece como nota distintiva —art. 8—¹¹ que los conflictos se solucionaran a través de procedimientos no judiciales, y de esa forma promover una solución no litigiosa.

Otro de los Tratados importantes es el Convenio sobre la negociación colectiva, de 1981 (Convenio 154). El cual define a la negociación colectiva como “(...)todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.(...)”¹² Despejando cualquier tipo de duda, en caso de que existiere, respecto a la definición jurídica de negociación colectiva. Cabe resaltar que este derecho se debe garantizar en todos los ámbitos de la actividad económica, incluso en la administración pública.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, número 98.1949. Artículo 4: Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

¹¹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la negociación colectiva, número 151. 1978. Artículo 8: La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

¹² Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la negociación colectiva, número 154. 1981. Artículo 2.

▪ Trabajo forzoso

Según la organización el “trabajo forzoso” es todo aquel trabajo que se realiza de manera “involuntaria y bajo amenaza de una pena cualquiera”.¹³

Para combatir esta práctica, la OIT crea dos Convenios el número 29 y el número 105.

Siendo el primero de ellos del año 1930, denominado Convenio sobre el trabajo forzoso. Donde además de definir el trabajo forzoso en el art. 2 como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”, también se encarga de definir cuales trabajos o servicios que no deben incluirse como forzosos,¹⁴ tales son los casos del servicio militar obligatorio, o que consten en obligaciones cívicas de los ciudadanos, trabajos comunales, entre otros.

Otro Convenio fundamental que regula estas situaciones es el Convenio número 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, sancionado en 1957. Prohibiendo –en su artículo 1–¹⁵ el uso del trabajo forzoso: como medio de coerción o educación a determinadas políticas públicas u oposición ideológica; como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines económicos; como medida disciplinaria; castigo por participación en huelgas o como medidas discriminatorias. Dando de esta forma un marco detallado a lo que ya había impuesto el convenio 29 en 1930.

¹³ Organización Internacional del Trabajo.<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang-es/index.htm>. 14/06/2018

¹⁴ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre el trabajo forzoso, número 29. 1930. Artículo 2: (...) 2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende:(a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;(b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;(c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;(d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;(e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

¹⁵ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, número 105. 1957. Artículo 1: Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: (a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; (b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; (c) como medida de disciplina en el trabajo; (d) como castigo por haber participado en huelgas; (e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

▪ **Regulación sobre el trabajo infantil**

Los convenios que regulan este derecho, son los Convenios 138 y 182. Siendo el primero, el que establece un piso de edad de 15 años, del que los Estados no pueden trasgredir, solamente pudiendo ser de 14 años para los países de insuficiente desarrollo, debiendo cumplir en ese caso las exigencias del art. 3 párrafo 5, que establece: “Cada Miembro que haya especificado una edad mínima de catorce años con arreglo a las disposiciones del párrafo precedente deberá declarar en las memorias que presente sobre la aplicación de este Convenio, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo: (a) que aún subsisten las razones para tal especificación, o (b) que renuncia al derecho de seguir acogidos al párrafo 1 anterior a partir de una fecha determinada”.

Dicho convenio se agrega la edad mínima en 18 años para trabajos peligrosos, pudiendo llegar a 16 cuando haya legislación nacional que la permita y cuando se encuentre plenamente garantizado la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes.

Otra excepción al límite de edad dicho anteriormente, es permitir el empleo de personas de trece a quince años de edad en caso de trabajos ligeros, siempre y cuando no se vea afectada su salud o desarrollo y que no se vea afectada su asistencia a la escuela, participación en programas de orientación profesional o la enseñanza que reciben.

Mientras que el Convenio 182, sancionado en 1999, si bien prohíbe una serie de formas de trabajo infantil muy importantes para salvaguardar los derechos de los niños, lo más relevante— jurídicamente hablando— es que, establece una definición —en el artículo 2—¹⁶ de niño al decir que es “toda persona menor de 18 años”.

▪ **Igualdad de trato**

Este derecho que regula la O.I.T. está orientado a eliminar la discriminación en todos sus aspectos, garantizando la igualdad de remuneración por la misma tarea.

Los instrumentos que utiliza la OIT para proteger este derecho, son los Convenios número 100, el número 111 y el 156.

El primero, que fue sancionado en el año 1951, establece como punto esencial que los Estados deben cumplir en garantizar la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina. Es de suma importancia agregar que el artículo 1¹⁷ del convenio 100, define que debe entenderse por remuneración a cualquier percepción del trabajador por parte de empleador ya sea en dinero o en especie.

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, número 182. 1999. Artículo 2: A los efectos del presente Convenio, el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años.

¹⁷ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre igualdad de remuneración, número 100. 1951. Artículo 1: A los efectos del presente Convenio: (a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador en concepto del empleo de este último; (...)

Respecto al convenio n° 111 debemos destacar su importancia en complementar el convenio n° 100, al definir lo que es discriminación en su art. 1, diciendo que es: “(...) (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación(...)”. Y así comprometer a los Estados a garantizar políticas antidiscriminatorias.

Por último, a este compendio de normas debemos agregar el Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Destinado a los trabajadores y trabajadoras que cuenten con responsabilidades hacia los hijos a su cargo y/o respecto a otros miembros directos de la familia que se encuentren a su cargo. Obligando a que los Estados breguen por la igualdad de trato y así garantizar a los sujetos un empleo sin discriminación alguna.

Conclusión

No se puede negar la importancia y el rol preponderante de los derechos que regulan las normas descriptas. Sin embargo, como se puede observar estos Convenios son de carácter amplio, y a la luz de la crisis laboral que existen en el mundo, resulta necesario dar un paso adelante y que fomentemos la creación de normas internacionales vinculantes para los Estados, obligándolos a cumplir con políticas de empleo específicas, como pueden ser la exigencia de bajas tasas de desempleo mejoras en la calidad del empleo.

Bibliografía

Organización Internacional del Trabajo. Las Reglas de Juego: Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo. Edición revisada 2009.
www.ilo.org/global/lang--en/index.htm

La Sala Constitucional de Costa Rica y el control de convencionalidad: algunos apuntes para la discusión

Víctor Orozco Solano¹

Sumario

I. Introducción. II. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica. III. Las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con motivo del control de convencionalidad. IV. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que Costa Rica no es parte. V. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

En términos generales el propósito de estas notas es desarrollar los alcances de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este orden, la Sala Constitucional costarricense ha sostenido con respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, que es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio del llamado control de convencionalidad, tanto en los supuestos en que la República de Costa Rica es parte del litigio que se ventila en el seno de la Corte IDH, como en aquellos en que no lo es (ver sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto).

De igual modo, los tribunales ordinarios también han comenzado a inaplicar disposiciones legales por motivos de inconventionalidad (ver la decisión del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal No. 2014-1758 de 11 de septiembre de 2014). En este marco, valdría la pena preguntarse si ello supone una ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional (en el marco de un sistema de justicia constitucional concentrado) para expulsar del ordenamiento jurídico una norma por razones de inconstitucionalidad o inconventionalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad

¹ [©]Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Autor de varios libros y artículos publicados en revistas especializadas. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

debe realizarse en el marco de las competencias procesales y legales de los países que pertenecen al Sistema Interamericano.

Pues bien, en estas líneas serán analizadas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica, tanto en el ejercicio de la función consultiva, como contenciosa. También se examinará las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro de las cuales se ha incluido en el parámetro de constitucionalidad, o en el Derecho de la Constitución, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el carácter aparentemente vinculante que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre todo en aquellos asuntos en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se ventila en ese tribunal.

Acerca del particular, y con el mayor respeto, nos parece que la Sala debería matizar esa posición original, para sostener ese carácter vinculante sólo en los casos en que el estándar convencional sea superior al nacional, en aplicación del principio “*pro homine o pro libertate*”. Esta idea, que no es original del autor, sino que fue inicialmente esbozada por don Fernando Castillo Viquez en su libro: “Temas Controversiales del Derecho Constitucional”, tiene por fin impedir que en la aplicación de una sentencia de la Corte IDH, en un asunto que no es parte la República de Costa Rica, se afecte una institución nuclear del sistema de justicia constitucional costarricense, o bien porque sencillamente el estándar nacional de protección de los derechos humanos es superior al convencional. Ello se produce, por ejemplo, si se pretende trasplantar los alcances del fallo *Yatama vs. Nicaragua* (que declaró inconvencional la prohibición de revisar en sede judicial las decisiones del Supremo Órgano Electoral), con respecto al Tribunal Supremo de Elecciones, donde precisamente esa prohibición tiene por objeto la defensa del principio de imparcialidad y la pureza del sufragio, o bien si se pretende aplicar un criterio convencional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en detrimento del estándar nacional desarrollado por la Sala Constitucional en su Jurisprudencia, en cuya virtud la inexistencia de recursos económicos no debe ser impedimento para asegurarle al particular el pleno goce de estos derechos. En este orden, nos parece que el intérprete debe aplicar, o seguir con lupa, o con mucho cuidado, la Jurisprudencia de la Corte IDH, teniendo en cuenta que para dicho Órgano le resulta una tarea imposible determinar los efectos plenos de sus decisiones con respecto a todos los países que conforman el sistema interamericano.

Pero también se ha planteado si con ocasión del control de convencionalidad, por parte del juez ordinario, se produce o no una ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional para expulsar del ordenamiento jurídico una norma ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad. En este orden, aunque la Corte IDH ha sostenido en su jurisprudencia que los jueces ordinarios deben realizar, de oficio, un control de convencionalidad con respecto a las normas del ordenamiento jurídico, desde ningún punto de vista se puede soslayar que la propia Corte IDH, ha sostenido que dicho control debe realizarse *en el marco*

de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (caso Atalá Riffo vs. Chile)”.

Con lo cual el juez ordinario, en el marco del modelo de justicia constitucional concentrado o híper-concentrado que configura el artículo 10 de la Constitución Política, si tiene dudas fundadas acerca de la compatibilidad a la Constitución Política y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la norma que ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses, y en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, debe plantear la consulta judicial de constitucionalidad para que sea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia quien determine si finalmente esa norma se adecua al Derecho de la Constitución, y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si se trata de una norma con rango de ley.² Es claro que en nuestro sistema el juez ordinario no puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad, sencillamente porque el sistema no es difuso, sino concentrado.

Es distinto si se trata de una norma con rango infralegal, que sí puede ser inaplicada por el juez ordinario ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad.

II. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica

Con respecto a Costa Rica, la Corte IDH ha resuelto 5 opiniones consultivas y 3 casos contenciosos (sea los casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Artavia Murillo y otros (*Fecundación in Vitro*) vs. Costa Rica y Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia de 29 de noviembre de 2016, también sobre la falta de aplicación de la técnica de la fertilización asistida, que se resolvió con un arreglo amistoso),³ con la salvedad que, al momento en que se escriben estas líneas, se encuentra pendiente de resolución el caso Amrhein y otros contra Costa Rica, que es planteado a favor de 17 condenados penales, por supuesta violación del derecho de obtener una revisión amplia de las condenas penales que se impusieron por diversos delitos.

² Véase sobre el particular Hernández Vaille Rubén, *El Diálogo de las Cortes en Costa Rica*, en *Diálogo Jurisprudencia en Derechos Humanos*, Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, 2013 p. 837.

³ En esta oportunidad la Corte IDH decidió, por cinco votos a favor y uno en contra, homologar, en los términos de la presente Sentencia, el “Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante”, suscrito por Costa Rica y el representante de las víctimas; por cinco votos a favor y uno en contra: Aceptar el reconocimiento de las violaciones a derechos humanos efectuado por el Estado en dicho Acuerdo y, finalmente, por cinco votos a favor y uno en contra, valorar positivamente el referido “Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante”, en el cual se señala que “[e]l Estado de Costa Rica es respetuoso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como de la investidura de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la fuerza vinculante de sus decisiones”..

La primera de las opiniones consultivas es la número OC-4/84 de 19 de enero de 1984, es decir, la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. En ella, el Gobierno de Costa Rica solicitó que la Corte IDH determine: ¿si existe alguna incompatibilidad entre las reformas propuestas y las disposiciones citadas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos? En una forma específica, dentro del contexto de la pregunta anterior, estima que deben contestarse las siguientes preguntas:

- a) ¿Se afecta en alguna forma el derecho de toda persona a tener una nacionalidad estipulado en el artículo 20, párrafo primero de la Convención, con las modificaciones proyectadas a los artículos 14 y 15 de la Constitución Política?
- b) ¿Es compatible la reforma propuesta al inciso 4 del artículo 14, según el texto propuesto en el dictamen, con el artículo 17, párrafo 4 de la Convención, en cuanto a igualdad entre los cónyuges?
- c) ¿Es compatible el texto de la moción acompañada por los Diputados a su dictamen para reforma de ese mismo inciso, con el párrafo primero del artículo 20 de la Convención?

Lo anterior, ante la iniciativa de las autoridades costarricenses de reformar los artículos 14 y 15 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en los siguientes términos:

“Artículo 14. Son costarricenses por naturalización:

1. *Los que han adquirido esa calidad en virtud de leyes anteriores;*
2. *Los nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento, con cinco años de residencia oficial en el país, y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;*
3. *Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente por un término mínimo de siete años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;*
4. *La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por ese mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad; y*
5. *Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.*

Artículo 15. Quien solicite naturalizarse debe acreditar su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido, que sabe hablar, escribir y leer el idioma español. Se someterá a un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores, debiendo, asimismo, prometer que residirá en el territorio nacional de modo regular y jurar que respetará el orden constitucional de la República. Por medio de ley se establecerá los requisitos y la forma para tramitar la solicitud de naturalización”.

Pues bien, al resolver la consulta, la Corte IDH resolvió, en relación con el artículo 20 de la Convención, y por cinco votos contra uno: *“que el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta”*. Ahora bien, en lo que atañe a los artículos 24 y 17.4 de la Convención, por unanimidad la Corte IDH dispuso: *“que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros”* y por 5 votos contra 1: *“que no constituye discriminación contraria a la Convención limitar esa preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento”*; también se resolvió por 5 votos contra 1 *“que no constituye, en sí mismo, discriminación contraria a la Convención agregar los requisitos del artículo 15 del proyecto, para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización”*, y por unanimidad: *“que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges”*. Este último criterio luego fue retomado con posterioridad por la Sala Constitucional en el caso de la famosa sentencia hombre-mujer, en el cual señaló que no pueden establecer discriminaciones por razones de género, en lo que respecta a los procesos de naturalización. Sobre este tema se volverá luego.

Ahora bien, mediante la opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte IDH resolvió la solicitud del Gobierno de Costa Rica, en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica (en adelante “la Ley No. 4420” y “Colegio de Periodistas”, respectivamente) con las disposiciones de los artículos mencionados de la Convención.

De este modo, tras desarrollar los alcances de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte dispuso por unanimidad: *“que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*, y además que *“la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. Dicho criterio luego fue retomado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el caso Roger Ajún Blanco, como se verá infra.

Por su parte, por medio de la opinión consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, la Corte IDH se pronunció sobre la solicitud efectuada por el Gobierno de Costa Rica, mediante la comunicación del 1° de octubre de 1985, sobre la interpretación y alcance del artícu-

lo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con respecto a los artículos 1.1 y 2 de la misma. En dicha oportunidad la Corte IDH dispuso: “*el artículo 14.1 de la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta exigible per se, como derecho de la propia Convención, cualesquiera que sean su valor y eficacia, o los de la Convención en general, en el orden interno de cada Estado, e independientemente de si éste haya establecido o no las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición*”. En virtud de lo anterior, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, todo Estado Parte está obligado, inmediata e incondicionalmente:

1. A garantizar el derecho de rectificación o respuesta a toda persona sometida a su jurisdicción, en los términos del artículo 14.1, frente a los medios de comunicación colectiva que el mismo se refiere, públicos o privados, así como a respetarlo directamente en los primeros, aunque no haya establecido en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición;
2. A garantizarlo, en todo caso, de acuerdo con criterios de razonabilidad, habida cuenta de su naturaleza, objeto y fin y de la necesidad de equilibrar su ejercicio legítimo con el de los derechos fundamentales de los demás, particularmente el de libre expresión de los medios;
3. A otorgar a toda persona que se considere agraviada, en los términos del artículo 14.1, el acceso a un recurso jurisdiccional expedito y eficaz, que resuelva perentoriamente cualquier conflicto sobre la existencia del agravio y, en caso afirmativo, garantice la publicación oportuna de la rectificación o respuesta

También se dispuso que complementariamente y sin perjuicio del deber inmediato e incondicional de respetar y garantizar el derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes están obligados, en virtud del artículo 2 de la Convención y del principio en general de seguridad jurídica, a establecer en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por el artículo 14.1, habida cuenta de las peculiaridades del propio derecho y respetando su contenido esencial y los demás derechos reconocidos por el derecho internacional. Además, se dispuso que el establecimiento de las condiciones de ejercicio de ese derecho, debe hacerse en primer lugar mediante ley formal, en los términos definidos por la Corte en su Opinión Consultiva. De este modo, con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, en sus artículos 66 a 70, se estableció la manera de hacer valer el derecho de rectificación y respuesta.

Además, en lo que respecta a las opiniones consultivas, por medio de la No. OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991, la Corte IDH resolvió la comunicación efectuada el 22 de febrero de 1981 por parte del Gobierno de Costa Rica, acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma de dos artículos del Código de Procedimientos Penales y de Creación del Tribunal Superior de Casación Penal en trámite ante la

Asamblea Legislativa, con el artículo 8.2.h. de la citada Convención. En esa ocasión, la Corte IDH ha decidido no responder la consulta formulada por el Gobierno, considerándose que una respuesta a las preguntas de Costa Rica, que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención.

Finalmente, mediante la OC-25/2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió la gestión planteada el 18 de mayo de 2016 sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento. En particular, Costa Rica presentó la solicitud de opinión consultiva con el fin de que el Tribunal se pronuncie sobre: “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”. b. “[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo o 54 del Código Civil de la República de Costa Rica Ley n 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”. c. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

Pese a la claridad de las afirmaciones de la Corte IDH en este último caso, lo cierto es que a la fecha, no existe el matrimonio igualitario en Costa Rica. En la actualidad, se conocen sendas acciones de inconstitucionalidad, ante la Sala Constitucional de Costa Rica, sobre la prohibición legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como, contra la decisión del Consejo Superior Notarial de no permitir este tipo de uniones mientras permanezca vigente dicha prohibición. Será muy importante examinar cuál será la respuesta de la Sala Constitucional a la decisión de la Corte IDH, en el marco de un diálogo entre las Cortes de San José, que como veremos *infra*, a propósito de la fertilización *in vitro*, podría ser otro caso de diálogo entre sordos, en que se plasme una suerte de guerra entre tribunales.

Ahora bien, en lo que atañe a la competencia contenciosa de la Corte IDH, a la fecha los casos más llamativos que se han tramitado contra la República de Costa Rica, son Herrera Ulloa vs. Costa Rica, y Artavia Murillo y otros (*Fecundación in Vitro*) vs. Costa Rica). En el primer asunto, la Corte IDH consideró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, en los términos señalados en los párrafos 130, 131, 132, 133 y 135 de esa sentencia.⁴ Además, se

⁴ Entre los argumentos que sobre el particular utilizó la Corte IDH están los siguientes:

“130. A la luz de lo anteriormente señalado, este Tribunal pasa a determinar si la sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa fue una restricción necesaria en una sociedad democrática y consecuentemente compatible con la Convención Americana. 131. En el presente caso, la información vertida en la prensa de Bélgica respecto del diplomático Félix Przedborski, representante del Estado

consideró que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 de la misma, y en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, en los términos señalados en los párrafos 172, 174, 175 y 167 de la sentencia.⁵

costarricense ante la Organización de Energía Atómica en Austria, por sus supuestas actividades ilícitas, produjo una inmediata atención por parte del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien reprodujo parcialmente información publicada por dichos medios. La Corte observa que el periodista Herrera Ulloa se limitó básicamente a la reproducción de estas informaciones que atañían, como se ha dicho, a la conducta de un funcionario público en el extranjero. 132. Este Tribunal debe mencionar que, como consecuencia de sus actos, el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando los artículos 146, 149 y 152 del Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que sólo pudo demostrar que “el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa”. Esto significa que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención. 133. El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. 134. A este respecto, la Corte Europea ha señalado que “El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público. 135. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, dado que la restricción al ejercicio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo”.

⁵ Entre los argumentos que utilizó la Corte con respecto a este derecho se encuentran los siguientes: “167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado”.

172. Como ha quedado probado, en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades (supra párr. 95. r y 95. w). La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria por el abogado defensor del señor Mauricio Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico “La Nación”, y por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohrmoser, respectivamente (supra párr. 95. y). 173. Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en que, inter

Esta sentencia tuvo grandes repercusiones en el país, a tal grado que motivó una reforma a la normativa procesal penal. Concretamente, generó la promulgación de la Ley de creación del recurso de apelación de sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal, Ley No. 8837 de 3 de mayo del 2010, publicada en el Alcance No. 10-A al Diario Oficial La Gaceta No. 111 de 9 de junio del 2010.

Ahora bien, en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante “FIV”) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.

En este orden, en el año 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-SI, denominado “Fertilización *in vitro* y transferencia de embriones”. En este instrumento normativo se aprobaba la reproducción asistida entre cónyuges, aunque incluía varios requisitos, entre ellos: “*que se tratara del último medio técnico para conseguir el embarazo y que, habiendo sido informados acerca de la adopción, hayan renunciado a ella. Además, permitía la reproducción asistida heteróloga con otros requisitos*”.⁶

De acuerdo con Cianciardo, Juan, la Fecundación *in vitro* fue practicada de manera efectiva en Costa Rica durante los años 1995 y 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad, periodo durante el cual nacieron 15 costarricenses.⁷ Con posterioridad la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una sentencia emitida el 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos de sus Magistrados, declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo *supra* aludido. Según Campos Vargas, “*entre de los argumentos principales expuestos se menciona que a partir de la fecundación ya existe persona, además de que no hay que pasar por alto que el embrión es un sujeto de derecho y no un*

alia, “la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados)” (*supra* párr. 95. s). 174. Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma. 175. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa”.

⁶ Campos Vargas G., “Implicaciones Éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación *in vitro* en la Salud Reproductiva de Costa Rica”, *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*, Edición Semestral No. 22, Abril 2012, Septiembre de 2012,

⁷ Cianciardo J., “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”, *Revista Dikaion*, Universidad de La Sabana, Año 30, Vol. 25, núm 2., Chía, Colombia –diciembre de 2016, p. 166.

*mero objeto; respecto de dicha postura, el artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respecto a la vida desde la concepción, de allí que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) representan un atentado contra la vida humana, debido a la pérdida elevada de embriones, considerados seres humanos”.*⁸

De este modo, en la mencionada decisión la Sala Constitucional expuso, con respecto al a protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano que

“Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto —célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal— se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la “criatura única” desde hace más de cincuenta años, pero como la

⁸ Campos Vargas G., “Implicaciones Éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica”, Revista Electrónica..., *op. cit.*,

información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica”.

De esta forma, en la mencionada sentencia la Sala Constitucional adopta la construcción doctrinal según la cual la vida inicia desde la concepción y, con ese fin, se apoya en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de la siguiente manera:

VI. La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, —cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho—, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, —adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” —, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes

como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

Así, en la sentencia referida la Sala Constitucional concluye que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de ese Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre –generalmente no más de cuatro– aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aun logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana.

Advierte la Sala Constitucional que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta– viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí

misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas

En razón de dicha sentencia se plantearon diversas gestiones contra el estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, a su vez, elevó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, al plantear el caso contencioso ante la Corte IDH, entre otros aspectos, las víctimas alegaron que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Tras analizar los argumentos formuladas por las partes, en esa ocasión la Corte IDH dispuso que el Estado costarricense es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión. En dicha sentencia se esboza la manera en que debe ser interpretado el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que atañe a la protección del derecho a la vida del no nacido, de la siguiente manera:

“La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1. tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

De esta forma, en esa sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, por cinco votos a favor y uno en contra, que:

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

2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.
4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía o no la obligación de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la fecundación de *in vitro*, teniendo en consideración que la Corte IDH ha establecido la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias No. 2013-10712 de 8 de agosto, y No. 2014-3715 de 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación *in vitro* a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que:

*“en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica **el deber de regular** el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, **NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA**. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar”.*

En este orden, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la Magistrada Hernández López y el Magistrado Salazar Murillo a la decisión No. 2014-3715 de 14 de marzo. Así, en el primero de ellos:

*“a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización *in Vitro*, entendida ésta en la forma*

y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante”

Lo anterior justamente al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son “*self executing*”, es decir no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo emitió un decreto en que se regulaba la técnica de la Fecundación *in vitro*, que fue impugnado ante la Sala Constitucional. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional costarricense, por medio de la sentencia No. 2016-1692, de 3 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015, por vulnerar el principio de reserva de ley.

Luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 26 de febrero de 2016, dispuso, entre otras cosas, que “*debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público*” y, además, “*disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia*”. Con lo cual, a partir de ese momento, ha sido aplicada la técnica *supra* aludida.

III. Las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con motivo del control de convencionalidad

Tras 28 años de funcionamiento de la Sala Constitucional, son múltiples las sentencias que ha dictado con motivo del control de convencionalidad, en los cuales se ha defendido un carácter *supra*-constitucional de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a tal grado que si reconocen un derecho o brindan mayor cobertura de una libertad que la propia Constitución, entonces priman sobre ésta. Es claro entonces que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas. Lo anterior a partir de una relación armónica de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política.

Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supra-constitucional de estos instrumentos. Entre los que defienden dicho carácter supra-constitucional, Armijo Sancho ha señalado, al comentar el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 3805-92 de 28 de noviembre, que: *“lo expuesto, tiene como objeto presentar con claridad el lugar que, dentro de las fuentes normativas de nuestro ordenamiento jurídico, tienen los derechos humanos, desde luego prevalente sobre la legislación “municipal” desde la perspectiva internacional, categoría a la que pertenecen los Códigos, y además explica la razón por la cual la Sala ha declarado inaplicables algunas normas, o en otros casos ha visto la necesidad de emplear la técnica de dictar interpretaciones armónicas de sus reglas con las superiores de los tratados sobre derechos humanos y con las constituciones. En última instancia, lo que hacemos es parodiar y transformar la frase de García de Enterría, al señalar que: los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica son normas jurídicas y como tales producen efectos jurídicos”*⁹

Es clara entonces la existencia una línea jurisprudencial muy definida por la Sala Constitucional, en el sentido de privilegiar la aplicación de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos sobre las disposiciones constitucionales, si confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un determinado derecho que la Norma Fundamental. En su estudio, Armijo Sancho menciona las siguientes sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, todas las cuales han tenido gran trascendencia en el foro jurídico costarricense:¹⁰

- la Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un funcionario judicial sentenciado su derecho a la jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos “tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción– del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”. Así, en esta sentencia resalta la Sala que el Derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delinquentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no sólo el artículo 33 Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2.1 y 7 Declaración Universal sobre Derechos

⁹ Armijo Sancho G., La tutela de los derechos humanos en Costa Rica, Ius et praxis, Vol 9, No. 1, Talca, 2003, pp. 39-62

¹⁰ Armijo Sancho Gilbert, La tutela de los derechos humanos en Costa Rica, *op. cit.*, pp. 39-62.

Humanos; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Preámbulo y el artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT;

- la Sentencia No. 1739-92, de 1° de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente No. 1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de “Compañía Distribuidora G. Renero”. En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante, q.d.D.g.) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no sólo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- la Sentencia No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta es una de las primeras ocasiones en que la Sala Constitucional realiza un control de convencionalidad y lo hace con respecto a la misma Constitución;
- la Sentencia No. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: “que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En esta decisión se afirma que las decisiones de la Corte IDH son vinculantes para el país, tanto en el ejercicio de su competencia contenciosa, cuanto en la consultiva;

- la Sentencia No.2000-09685 de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió sobre la eficacia de que se dota en el sistema de justicia constitucional costarricense a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional, del siguiente modo: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N° 2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía “fines de recreación” y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte ínter americana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten”;
- y la Sentencia No. 2002-10693 de 7 de noviembre, en que se reitera el criterio sostenido por la Sala Constitucional en las anteriores oportunidades, para ad-

mitir el derecho de toda persona de participar en la formación de las decisiones públicas referentes a la protección del ambiente, en los términos en que está consagrado en los numerales: 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 16 de la “Carta Mundial de la Naturaleza”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 37/7 de 28 de octubre de 1982; 8.2 de la “Declaración sobre el derecho al desarrollo”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 41/128, de 4 de diciembre de 1996.

A las anteriores decisiones bien se podría agregar la sentencia No. 2003-02771 de 4 de abril, en que la Sala declara la inconstitucionalidad de la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de julio de 1969, y en el que se indica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un límite implícito al poder reformador de la Constitución, ejercido según el procedimiento previsto en el artículo 195 constitucional.

Es claro entonces que la Sala Constitucional no sólo ha defendido en su reiterada Jurisprudencia el carácter normativo y vinculante de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, sino también su valor supra-constitucional, en aquellos supuestos en que un instrumento internacional brinde mayor amplitud o protección de una determinada garantía que la propia Constitución.

IV. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que Costa Rica no es parte

Como se expuso en la introducción de este trabajo, recientemente la Sala Constitucional ha sostenido, a través de la sentencia No. 2014-12703 de 1° de agosto, el carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte IDH, con sustento en la siguiente argumentación:

“III.– CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. *El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas”*

Dicho criterio, que no es compartido por todos los Magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en

el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, ha extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

Cabe mencionar que con esta decisión la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro –norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto–, en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo, lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH.

En efecto, lo anterior había sido negado por la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al considerarse que la decisión de la Corte IDH no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló por el contrario el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala “*es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto*”. Lo anterior por cuanto, en aquel caso se tiene como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual. Aunado a lo anterior, sin duda destaca el voto particular del Magistrado Castillo Víquez, quien se niega a conceder carácter vinculante a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en aquellos asuntos en que el Estado costarricense no es parte.

En el otro caso, el de la sentencia No. 2013-04491 de 3 de abril, la Sala Constitucional se negó a aplicar los alcances del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, con el argumento que el supuesto de hecho conocido en aquel caso es distinto del fallado por la Sala, en la medida en que, como se argumentó en el voto de mayoría, la prohibición de

inhabilitación de los funcionarios públicos por parte de órganos administrativos únicamente alcanza a los que son escogidos mediante elección popular. Al respecto, en el voto de mayoría se afirmó.

“En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso López Mendoza vs. Venezuela de 1° de septiembre de 2012, ese órgano regional estimo que violentaba el parámetro de convencionalidad (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una sanción de inhabilitación por tres años impuesta a quien se había desempeñado por ocho años como Alcalde del Chacao –Estado de Miranda–, sea en un puesto de elección popular, para postular su nombre como candidato de la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas y, eventualmente, ser electo en ese cargo de designación popular. Esa sanción en el ordenamiento jurídico venezolano es accesoria a la declaratoria de responsabilidad administrativa de un funcionario público. La Corte Interamericana estimó que la sanción administrativa impuesta de inhabilitación para ejercer funciones públicas, por el Contralor de la República de ese país, violentaba el derecho al sufragio pasivo, sea a ser electo popularmente de López Mendoza, ante su proyecto de postularse como Alcalde del Estado Mayor de Caracas. Lo anterior, queda ratificado con la transcripción literal de las consideraciones de la Corte Interamericana. Así en el Considerando 104 estimó lo siguiente: “104. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana” Luego añade lo siguiente: “105. Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo. En la consideración de la Corte Interamericana 108 se indica: “En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.” En la consideración 140, vuelve a reiterarla Corte Interamericana lo siguiente: “140. Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (supra párr. 108)”. En los “Puntos Resolutivos” o parte dispositiva, la Corte Interamericana resuelve, expresamente, lo siguiente: “1. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia. Finalmente, la Corte Interamericana declara lo siguiente: “1. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo. En la presente acción de inconstitucionalidad, los funcionarios públicos que acuden a este Tribunal, no son de elección popular y no aducen que se hubieren postulado para un

puesto de elección popular, por lo que no está en juego el derecho a ser electo o el sufragio pasivo, con lo que la sentencia de la Corte Interamericana, evidente y manifiestamente, no resulta aplicable.”

Acerca del particular, en el voto salvado del Magistrado Armijo Sancho se rebate el punto y se afirma que *“En este asunto, efectivamente en el párrafo 100 de la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2011) la Corte discierne que el punto central del fallo radica en las sanciones de inhabilitación impuestas a López, por decisión de un órgano administrativo, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. No obstante, cabe destacar que la sentencia aborda –y equipara– dos resoluciones sancionatorias contra López, la primera de ellas impuesta el 24 de agosto de 2005 por el Contralor General en Resolución N° 01-00-00020690, por acciones que realizó estando designado como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa Petróleos de Venezuela S.A, confirmada el 28 de marzo del mismo año y que le impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres años, con base en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 y el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, se trata de la inhabilitación decretada contra un funcionario público de designación por actividad administrativa, no electo popularmente”.*

En suma, lo cierto es que en esta decisión la Sala Constitucional también se había negado a aplicar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela para resolver un caso sometido a su conocimiento.

Como se expuso en la introducción de este trabajo, no nos parece conveniente que se establezca una recepción directa de la jurisprudencia de la Corte IDH, sin tener en cuenta que en efecto coincidan las circunstancias de hecho y de derecho que así lo justifican, dentro de lo cual se debe tener muy en cuenta no sólo el fenómeno cultural, sino también los casos en los cuales el trasplante de la jurisprudencia de la Corte IDH podría afectar una institución nuclear del sistema jurídico y político costarricense, o bien cuando el estándar interno de protección de un determinado derecho sea superior al convencional. En suma, aunque compartimos sin duda los alcances del fallo No. 2014-12703 de 1° de agosto, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, sí nos parece conveniente proceder con cautela en esta materia, vigilar la jurisprudencia de la Corte IDH, y aplicarla en nuestro país sólo sí, en aplicación del principio *pro homine*, el estándar convencional es superior al nacional con respecto a determinado derecho. Es lógico entonces que ello depende, ciertamente, de la ponderación que realice el Tribunal Constitucional en determinado conflicto de derechos, con lo cual el principio de autocontención debe encontrarse de manera permanente en el actuar de los jueces constitucionales, quienes son, como se verá más adelante, los únicos facultados para expulsar del ordenamiento jurídico, con efectos *erga omnes*, o bien para inaplicar, una norma con rango de ley que se estime inconvencional.

V. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense

Con ocasión de la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, efectuada por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, se atribuyeron a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia las siguientes competencias: la jurisdicción de constitucionalidad (artículos 10 y 128 constitucionales) para garantizar la supremacía y uniforme interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución;¹¹ la jurisdicción de los derechos y libertades fundamentales, que tiene por objeto tutelar las libertades y los derechos humanos fundamentales; y la jurisdicción de conflictos, con el fin de resolver las disputas de competencias entre los órganos constitucionales.

De esta forma, en lo que atañe al sistema de justicia constitucional costarricense, se debe advertir que nuestro modelo de justicia, al igual que el español o alemán, responde más al concentrado que al difuso. Lo anterior por cuanto, mientras el difuso se caracteriza, fundamentalmente, por la potestad de que goza cada juez para desaplicar con efectos inter partes, al resolver un caso concreto, una disposición contraria a la Constitución; el modelo concentrado, en cambio, determina la conformidad de una medida con la Norma Fundamental mediante un juicio abstracto de constitucionalidad, cuyo resultado tiene efectos *erga omnes*, declarándose en consecuencia la nulidad de la disposición impugnada.

Este tema fue resuelto por la Sala Constitucional con ocasión de la consulta judicial facultativa de constitucionalidad formulada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José, sobre la regularidad constitucional de los artículos 15 de la Ley No. 6966 de 25 de septiembre de 1984 y 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333 de 5 de mayo de 1993. En efecto, en la sentencia No. 1185-95 de 2 de marzo, la Sala Constitucional dispuso:

“la Sala estima que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, si se le interpreta en el sentido de que no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto.”

En esa oportunidad, la Sala puso de manifiesto la noción concentrada (en el mayor grado) de nuestro sistema de justicia constitucional, y señaló que existe reserva

¹¹ Piza Escalante R., La Justicia Constitucional en Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004, p. 87.

constitucional en cuanto a la asignación de competencia para realizar el control de constitucionalidad.¹² Por lo anterior, desde ningún punto de vista compartimos el razonamiento expresado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal en la decisión No. 2014-1758, de 11 de septiembre, en que se desaplica con efectos para el caso concreto el artículo 11 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo No. 8204. Lo anterior por cuanto, en ese caso el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal actúa en el ejercicio de una atribución que no le corresponde, pues en el marco del sistema concentrado de control de constitucionalidad, únicamente la Sala Constitucional puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad. No olvidemos que si bien la Corte IDH ha señalado que los jueces ordinarios deben efectuar de oficio un control de convencionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, dicho control debe ser realizado *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*, con lo cual si los jueces ordinarios tienen dudas fundadas acerca de la inconstitucionalidad, o de la inconventionalidad, de la norma que ha de aplicarse para resolver un caso concreto, tienen la obligación de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea la Sala quien dirima el problema, en los términos en que está regulado por el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo anterior, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de los jueces ordinarios de efectuar una interpretación conforme al Derecho de la Constitución, o al Derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si la norma lo permite. En este marco, lo que no es posible es que el juez ordinario inaplique directamente la ley, soslayando los alcances del artículo 10 de la Constitución Política.

Conclusiones

En este breve ensayo se ha pretendido repasar cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este sentido, se han analizado las decisiones de la Corte IDH con respecto a Costa Rica, tanto con motivo de su función consultiva, cuanto la contenciosa, las cuales son vinculantes para nuestro país. También se han examinado las principales decisiones de la Sala Constitucional con respecto al valor normativo de los Instru-

¹² En efecto, en esta sentencia la Sala consideró: “Como se ha dicho, en forma resumida, esa posibilidad del control en manos diferentes al órgano constitucionalmente señalado, queda fuera del alcance de la ley ordinaria, pues la materia constitucionalmente regulada automáticamente escapa a su ámbito y rango de regulación, como también se ha escrito en el ámbito de la doctrina nacional. Esta es la verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad. Por ese motivo, hablamos aquí ya no simplemente del principio de legalidad, sino específicamente del principio de legalidad constitucional, que es su versión más calificada y atendible. Ante tal reserva, constituiría un sofisma afirmar que el principio de supremacía constitucional lleva a que toda autoridad pública –y obviamente todo juez– tiene competencia para desaplicar las normas inconstitucionales, independientemente del alcance que se le otorgue a ese acto”.

mentos Internacionales de Derechos Humanos, así como las ocasiones en que se ha efectuado por parte de la Sala el control de convencionalidad.

Acerca del particular sin duda sobresale lo resuelto por la Sala Constitucional en la sentencia hombre-mujer, para sostener la imposibilidad de establecer discriminaciones por razones de género incluso en la propia norma constitucional, a partir de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También sobresale el criterio de la Sala según el cual los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos tienen valor supra-constitucional, y deben ser aplicados incluso por encima de las normas constitucionales si confieren mejor protección o mayor alcance de un derecho que la propia Constitución.

Además, se ha analizado cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se ventila ante la Corte y se ha reconocido su valor vinculante, a partir de la sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto. Acerca del particular, y como se ha mencionado en otros trabajos, preferimos que la Sala matice esa posición para reconocer dicho valor vinculante solo en los casos en que el estándar regional de protección de los derechos humanos sea superior al nacional. Otra discusión se produce por la aparente ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional para inaplicar y expulsar del ordenamiento jurídico una norma con rango de ley que no es compatible frente a la Constitución Política y frente a la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho monopolio no solo persiste por fuerza del artículo 10 constitucional, sino también porque la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizar en el marco de las competencias procesales y legales de cada país determinado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos: valor interno, diálogo judicial y resistencias nacionalistas

Haideer Miranda Bonilla¹

Sumario

1. Introducción. 2. El rango de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno. 2.1. Supraconstitucional. 2.2. Constitucional. 2.3. Legal. 2.3. Infralegal. 3. El diálogo judicial entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales en derechos humanos. 4. Existencia de conflictos y desacuerdos. 5. Resistencias nacionalistas a la Convención Americana. 5.1. Las sentencias números 1939-2008 y 1547-2011 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela. 5.2. La sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente estudio se analiza el impacto que ha tenido la Convención Americana de Derechos Humanos comúnmente conocida como el “Pacto de San José”² texto fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el derecho interno.³ Para ello se estudiará la jerarquía o rango que se le ha reconocido a la

¹ Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. aprobando su tesis Doctoral con mención de sobresaliente cum laude. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos de la Universidad de Costa Rica (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Profesor de la Facultad de Derecho (UCR) y miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

² Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora. La Convención Americana fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

³ Sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede consultar: Héctor Faúndez Ledezma Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales. IIDH, 2005, San José. Cecilia Medina y Claudio NASH Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007. Haideer Miranda Bonilla. Derechos Fundamentales en América Latina. Ed.

Convención Americana a nivel interno, así como la relación entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales que evidencia la existencia de un diálogo judicial en materia de derechos humanos el cual no está ajeno a conflictos y desacuerdos. En este sentido, se analizarán algunas resoluciones emitidas por jurisdicciones constitucionales de la región que han formulado “resistencias nacionalistas” a las obligaciones convencionales derivadas de la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad.⁴

II. El rango de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno

A partir de mediados del siglo XX se empezó a hablar de la “internacionalización del derecho constitucional” y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “constitucionalización del derecho internacional”. La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constitucionales del orden internacional que implica el respeto por los derechos humanos.⁵ El primero de los fenómenos opera en el ámbito interno, en la medida que cada Estado fija de forma autónoma el rango o la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, en el segundo de los fenómenos, se puede evidenciar como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha nutrido de institutos jurídicos propios del derecho constitucional como el control de convencionalidad y la interpretación conforme a la Convención Americana.⁶

Jurídica Continental, 2015, San José. Manuel Ventura Robles. Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. IIDH, 2007.

⁴ El término nacionalismo tiene como sinónimos los siguientes términos: Patriotismo, chauvinismo, civismo, patriotería, chovinismo, xenofobia. En Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos. Ed. Océano, Barcelona. En cuanto a su definición: “Nel suo significato più generale il termine designa l'ideologia nazionale, l'ideologia di una formazione politica determinata, lo Stato nazionale, la quale si sovrappone alla ideologie dei partiti e tende ad assorbirle, p. 602. En. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino. Il Dizionario di Politica. Ed. UTET Librería, Turín, 2011.

⁵ Corte IDH. Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre del 2007. Serie C No. 174, párr. 6.

⁶ Haideer Miranda Bonilla. La interpretación convencionalmente conforme, p. 251 - 270. En Luis Andrés Cucarella Galiana. Derecho Procesal Convencional. El nuevo desafío de la Justicia Constitucional. XLV Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Universitat de Valencia, AMJC, Bogotá, 2016.

En la actualidad, no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sean abordados de forma independiente como se hizo en un pasado, pues entre ellos hay una relación de reciprocidad, la cual ha implicado que en los ordenamientos constitucionales de los Estados, se haya ampliado el catálogo de derechos tutelados, lo que supone un nuevo constitucionalismo.⁷ En América Latina, el proceso de constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos plantea el problema del rango o jerarquía que le ha sido asignada a la Convención Americana y demás instrumentos internacionales dentro de las fuentes de derecho interno. Ello, en la mayoría de las situaciones, viene regulado en la constitución de cada ordenamiento. Existen básicamente cuatro sistemas para clasificar el rango que se les concede a los tratados internacionales de derechos humanos y por ende, a la Convención Americana en el derecho nacional: a) supraconstitucional; b) constitucional; c) supra legal; y d) legal.⁸

II.1. Supraconstitucional

En el sistema supraconstitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden prevalecer aún respecto a la Constitución del Estado. Al respecto, se pueden mencionar los textos constitucionales de Colombia (1993),⁹ Bolivia

⁷ Antônio Cançado Trindade Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos. Ed Fabris, Porto Alegre, 2 da. edición, Tomo II, 2003, p. 509.

⁸ Sobre el rango o jerarquía que tienen los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho nacional América Latina existe en una vasta bibliografía dentro de la que se destaca: Carlos Ayala Corao. La jerarquía de los tratados de derechos humanos, p. 137 - 154. En AA.VV. El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998. Allan Brewer Carías. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número 46 de julio a diciembre de 2007, San José, p. 219 - 271. ID Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings. Cambridge University Press, 2009. Germán Bidart Campos. Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos. En Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998. Mireya Castañeda. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012. Héctor Fix Zamudio. La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos fundamentales, p. 583 - 672. En Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Mariela Morales Antoniazzi. La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina. Tomo I, II. UNAM, México, 2011. Florentín Meléndez. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia: estudio constitucional comparado. 8a ed. Ed. Fundación Konrad Adenauer - Fundación Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012. Rodolfo Piza Escalante, Gerardo Trejos Salas. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ed. Juricentro, San José, 1989.

⁹ El numeral 93 determina: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el derecho interno”.

(2009),¹⁰ Ecuador (2008),¹¹ Guatemala (1985)¹² y Honduras (1982)¹³ cuyos textos reconocen expresamente, la preeminencia que tienen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el derecho interno.

II.2. Constitucional

El sistema de rango constitucional determina que los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales tienen un rango constitucional, adquiriendo la supremacía y en consecuencia la rigidez propia de la Constitución.¹⁴ En esta categoría se pueden citar el artículo 75 inciso 22 de la Constitución de Argentina (1994), el numeral 23 de la Constitución de Venezuela (1999), el artículo 74 inciso 3 de la Constitución de la República Dominicana (2010) y el numeral 1 de la Constitución Federal de México (2011).¹⁵

Por otra parte, es interesante el caso de Costa Rica donde el rango ha sido ampliado vía jurisprudencial por la Sala Constitucional a través de lo dispuesto en el

¹⁰ El artículo 256 inciso 1 indica: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”.

¹¹ El artículo 424 dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

¹² El numeral 46 de la Constitución de Guatemala de 1985 dispone: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

¹³ Al respecto, el artículo 17 determina “Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución, de igual manera el precepto constitucional afectado debe ser modificado por el mismo procedimiento, antes de ser ratificado el Tratado por el Poder Ejecutivo”. Por su parte, el artículo 18 señala: “En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero”.

¹⁴ Allan Brewer Carías. Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings, *op. cit.*, p. 32. Carlos Ayala Carao. La jerarquía de los tratados de derechos humanos, *op. cit.*, p. 143.

¹⁵ En la contradicción de Tesis 293/2011 la Suprema Corte de la Nación de México determinó: “Las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. En efecto, una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de tal suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía. Sobre el tema se puede consultar el estudio de Daniel Álvarez Toledo. El control de convencionalidad en México, p. 35 - 58. En Mario Cruz Martínez (coord.) Las nuevas voces de la democracia en México. Algunos temas sobre derechos humanos analizados desde las sentencias del máximo órgano de justicia del país. Ed. Fontarama, México, 2015.

artículo 29 de la Convención Americana. Al respecto, el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica determina: “*Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes*”. Por su parte, la Sala Constitucional ha interpretado que los “*instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen un valor similar a la Constitución Política y en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución*”.¹⁶

II.3. Supralegal

En el sistema supra legal, las normas de derecho internacional tienen un valor superior a las normas de derecho interno. En este sentido, este es el sistema adoptado en la mayoría de Estados, quienes incorporan los tratados internacionales sobre derechos humanos en su derecho interno, con rango inferior a la Constitución, pero superior a la norma interna.¹⁷ Al respecto, se puede mencionar el artículo 55 y la cuarta disposición transitoria de la Constitución del Perú (1993), el numeral 137 de la Constitución del Paraguay (1992), así como los textos constitucionales de Nicaragua¹⁸ El Salvador y Panamá.

II.4. Legal

El sistema legal otorga a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el mismo valor que la ley nacional. En este sentido, se encuentra la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual expresa en su artículo VI.2 que todos los tratados, así como la Constitución y las leyes serán ley suprema del país. La jurisprudencia los equipara a las leyes federales internas.¹⁹ Por otra parte, existen constituciones que no regulan expresamente el rango de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Dentro de esta clasificación se podrían citar los casos de Brasil, Chile y Uruguay, donde es necesario recurrir a la interpretación de los principios que se derivan del texto constitucional, para determinar que rango se le ha reconocido a los instrumentos internacionales. El artículo 6 de la Constitución de Uruguay, si bien hace referencia a los tratados internacionales y al derecho internacional, la jurisprudencia

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencias números 3435-1992, 5759-1993 y 2313-1995. El texto integral de las resoluciones puede ser consultado en <http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/>

¹⁷ Sergio García Ramírez. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno, pp. 353-375. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad Adenauer, Colombia, 2008.

¹⁸ El artículo 182 señala: “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”.

¹⁹ Carlos Ayala Carao. La jerarquía de los tratados de derechos humanos, *op. cit.*, p. 146.

le ha reconocido un valor legal.²⁰ Por su parte, la Constitución de Chile dispone en su artículo 5.2 determina el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales a quienes jurisprudencialmente se les ha asignado un rango legal salvo algunas excepciones.²¹

III. El diálogo judicial entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales en derechos humanos

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales e internacionales un círculo de cooperación o influencia recíproca que se mueve en una lógica compleja, pues no está ajena a desacuerdos y conflictos. El diálogo judicial *«judicial dialogue»*²² en sentido estricto viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia.²³ Ello conlleva una interacción jurisprudencial entre tribunales de distintas jurisdicciones. En efecto el *«diálogo fra le*

²⁰ Héctor Gross Espriel. Los Tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Interno. En Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1987.

²¹ Humberto Noguera Alcalá. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista Ius et Praxis número 2, pp. 9-43, 1996, Chile.

²² Sobre el así denominado «diálogo judicial, jurisprudencial o jurisdiccional» existe una vasta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: Marta Cartabia. “Taking dialogue seriously?” The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union. En Jean Monnet working papers, número 2/2007. ID. La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto, in AA.VV., Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta. Ed. Giuffrè, Milán, 2008. Sabino Cassese. Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Ed. Einaudi, Torino, 2009. ID. I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale. Ed. Donzelli, Roma, 2009. Roberto Cosío, Raffaele Foglia (a cura di) Il diritto europeo nel dialogo tra corti. Ed. Giuffrè, Milán, 2013. Giuseppe De Vergottini. Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. ID. Il dialogo transazionale tra le corti. Ed. Scientifica, Napoli, 2010. Massimo Fragola (a cura di). La Cooperazione fra Corti nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. Ed. Scientifica, Nápoles, 2011. Javier García Roca, Raúl Canosa Usera, Pablo Antonio Fernández Sánchez, Pablo Santolaya Machetti. (coord.), El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 2012. Tania Groppi. Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali. En Revista Quaderni Costituzionali, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011. Haideer Miranda Bonilla. Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2016. Andrea Pertici, Emanuela Navarretta Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. Alessandro Pizzorusso. La produzione normativa nei tempi della globalizzazione. Ed. Giappichelli, Torino, 2008. ID. Fonti del diritto. Disposizioni preliminari. Ed. Zanichelli, Bologna 2011. Gustavo Zagrebelsky. La legge e la sua giustizia. Ed. Il Mulino, Bologna, 2008.

²³ Giuseppe De Vergottini. Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione. Ed., Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

cortis es esencialmente un diálogo entre intérpretes y entre diferentes interpretaciones, por lo que el fundamento de las elecciones está en la motivación y en la capacidad de las mismas de convencer a otros jueces u operadores jurídicos.²⁴

En esta materia se debe distinguir entre el diálogo horizontal y vertical. El primero se presenta entre órganos de un mismo nivel, es discrecional y espontáneo, en tanto no existe una obligación constitucional u internacional para llevarlo a cabo. Este se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o a nivel internacional entre la Corte IDH y sus homólogos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos. Por su parte, el *diálogo vertical*, el cual es aquel fenómeno que toma en consideración los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales como la Corte IDH. Este diálogo deriva de la obligación de los Estados partes de respetar el parámetro convencional y la jurisprudencia de los órganos internacionales en materia de derechos humanos. El diálogo puede ser *tri* o *multidimensional*, no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales. En sentido amplio esta noción puede conducir tanto al acuerdo como a la oposición.

El éxito de este fenómeno jurídico se debe a varios factores: 1) la globalización de las fuentes. 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados. 3) la existencia de problemáticas comunes.²⁵ En relación al último de los elementos se puede mencionar la tutela del ambiente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, el surgimiento de nuevos derechos ligados con las nuevas tecnologías como el derecho de acceso a internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuáles las jurisdicciones nacionales e internacionales han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes.

En este sentido, se evidencia como algunas jurisdicciones constitucionales en la región (Argentina, Costa Rica, Colombia, México y Perú) utilizan con bastante frecuencia jurisprudencia de la Corte IDH en sus sentencias incluso para declarar la inconstitucionalidad de normativa interna. Por su parte, se verifica el fenómeno inverso, como la Corte IDH utiliza en la motivación de sus sentencias jurisprudencia de Corte y Tribunales Constitucionales de la región, lo que evidencia un diálogo judicial interamericano en materia de derechos humanos.²⁶

²⁴ Esta temática fue ampliamente tratada por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Diálogo tra le Cortis» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

²⁵ Haideer Miranda Bonilla. Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad, op cit., p. 257 y 258.

²⁶ Haideer Miranda Bonilla, Diálogo Judicial Interamericano, *op. cit.*, p. 297 - 305.

IV. Existencia de conflictos y desacuerdos

Los enfrentamientos judiciales siguen siendo frecuentes en la vida del ordenamiento jurídico caracterizado por un *constitucionalismo multinivel* de normas y garantías en la protección de los derechos fundamentales.²⁷ Esto es coherente con las explicaciones dadas por los estudiosos interesados en los conflictos: a pesar de que los agentes que operan en este campo ahora comparten la necesidad de respetar los bienes constitucionales (los derechos fundamentales) concebidos como fundamentales por la jurisprudencia de los varios niveles, siempre es posible tener discrepancias interpretativas.²⁸ En este sentido, la relación entre los diferentes ordenamientos en un escenario multinivel no está ajena a tensiones y conflictos lo importante es que esas diferencias nunca se transformen en una «guerra entre cortes».²⁹ En sentido «amplio» la noción de diálogo judicial puede conducir tanto al acuerdo como a la oposición. Al respecto, es muy útil en el ámbito del “*judicial dialogue*” la clasificación realizada por DE MARTINICO entre “desobediencia funcional” y “desobediencia “negativa”. El concepto de desobediencia funcional fue desarrollado por los estudiosos de la teoría de la organización y gerencia empresarial. Queriendo partir de una definición, se podría decir que la desobediencia funcional “*is a response to explicit or implicit instructions from above that are interpreted as requiring one to engage in some unsavory practice*”.³⁰ Como se puede notar se trata de una desobediencia “calificada”, o bien, debida a razones particulares, y no, entonces, a un fin en sí mismo. Aplicándola a nuestro contexto se podría decir que un juez nacional es protagonista de un acto de desobediencia funcional cuando decide no seguir (“declines to follow”) la solución derivada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, desobedeciendo, en efecto, sobre la base de una serie de argumentos tendientes a inducir a la Corte EDH a una interpretación diferente de aquella precedentemente establecida (porque poco respetuosa del margen de apreciación nacional, o porque se fundamenta en una errónea reconstrucción del “consenso”. Actos de desobediencia funcional dan origen de desacuerdos interpretativos (conflictos) que se caracterizan por los siguientes elementos, apertura, distinción entre interpretación y argumentación, funcionalidad y diálogo.³¹ Por su parte la “desobediencia negativa” es aquella que se presenta cuan-

²⁷ *Ibid.*, p. 308.

²⁸ Cfr. Giuseppe Martinico. La autonomía del derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 119 mayo - junio del 2016, San José.

²⁹ Giuseppe Campanelli. Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna. Ed. Giappichelli, Turín, 2005.

³⁰ Brief - Buttram - Dukeric. Collective Corruption in the Corporative World: Towards a Process Model, in Turner (ed.), Groups at Work: Theory and Reserch, Lawrance Erlbaum Associates, Mahwah, NJ, 2001, p. 471 y ss., p. 492. Citado por Giuseppe Martinico. Corti Costituzionali (o Supreme) e “Disobbedienza funzionale”, p. 306.

³¹ Giuseppe Martinico. Corti Costituzionali (o Supreme) e “Disbebbbedienza funzionale”. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e Convenzione

do una jurisdicción nacional no sigue los criterios interpretativos de una jurisdicción convencional o supranacional de la cual su país forma parte. Tal construcción teórica puede ser aplicada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En relación a los desacuerdos entre la justicia convencional y constitucional es muy útil la clasificación que lleva a cabo *LÓPEZ GUERRA*—actual juez del Tribunal EDH— pues considera que existe: a) Críticas expresas. Una versión de diálogo entre tribunales es aquella que se produce cuando, aceptando y aplicando al caso concreto la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se formulan reservas o críticas expresas respecto de su contenido. b) Niveles distintos de protección. Cuando el nivel de protección de los derechos fundamentales establecido en la normativa nacional es superior al reconocido por el Convenio EDH, de acuerdo con la interpretación de éste por parte del Tribunal de Estrasburgo. c) Crítica implícita a la jurisprudencia del Tribunal EDH al revisar sentencias de tribunales nacionales, destacando sus efectos perversos.³² En el Sistema Europeo de Protección se puede mencionar el conflicto que se dio entre la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Federal Constitucional Alemán en el caso *Görgülü* o entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (U.E.) y algunas jurisdicciones constitucionales en relación al principio de primacía del derecho comunitario que provocó la creación de la doctrina de los “contralímites” por parte de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán.³³ Por su parte, el Sistema IDH no escapa a esta temática en donde se han presentado conflictos entre la Corte IDH y jurisdicciones constitucionales.³⁴

V. Resistencias nacionalistas a la Convención Americana

En el presente *apéndice* se analizarán algunas sentencias de jurisdicciones nacionales que evidencian una resistencia nacionalista al cumplimiento de las obligaciones convencionales que el Estado ha aceptado. El término nacionalista es utilizado en sentido que se antepone el derecho interno para escapar el cumplimiento de las obligaciones convencionales.

americana dei diritti umani), p. 305 y 306. En *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, número 2/2015, Roma.

³² Luis López Guerra. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. *Coincidencias y Divergencias*, pp. 139-158. En *Teoría y Realidad Constitucional* (Ejemplar dedicado a: La Integración política en Europa), número 32, 2013.

³³ Sobre la teoría de los contralímites se puede consultar el interesante libro de: Giuseppe Martinico y José Luis Gordillo. *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*. Ed. Civitas, Madrid, 2015.

³⁴ Haideer Miranda Bonilla. *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 308-315.

V.1. Las sentencias números 1939-2008 y 1547-2011 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela

En la sentencia número **1939-2008** del 18 de diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, al resolver una acción de control de constitucionalidad interpuesta por la Procuraduría General de la República, declaró inejecutable la sentencia Apits Barbera y otros vs. Venezuela emitida por la Corte IDH. En la motivación de la sentencia se indica que *“La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara”*. Además determinó: *“(…) la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo. Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República”*.³⁵ En la resolución además de declarar inejecutable una sentencia de la Corte IDH, decidió solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la Convención Americana.

En igual sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia número **1547-2011**, en la que declaró inejecutable la sentencia López Mendoza de la Corte IDH.³⁶ Al respecto, en su motivación determinó *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional”*. Posteriormente, la Sala Constitucional en la sentencia número **1175-2015** declaró inejecutable la sentencia Marcel Granier y otros de la Corte IDH.

Estas sentencias no son un hecho aislado, son la culminación de una serie de decisiones anteriores adoptadas desde el 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las que fue desarrollando la tesis del control de constitucionalidad por dicho Tribunal, de las sentencias emanadas por tribunales internacionales, en especial de la Corte IDH, con el objeto de “controlar” su conformación

³⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela. Sentencia número 1939 del 2008 del 18 de diciembre de 2008. El texto integral de la sentencia puede ser visto en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>

³⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela. Sentencia número 1547 del 17 de octubre del 2011.

con la Constitución antes de poder proceder a su ejecución en el derecho interno.³⁷ En este contexto, considero que el control de convencionalidad ha sido reconocido en Venezuela por la Sala Constitucional, pero ha sido aplicado a la inversa, es decir, como un control de la convención mediante la inejecutabilidad de sentencias dictadas por la Corte IDH condenatorias contra Venezuela. Lo anterior, no sitúa en un plano de desconocimiento de uno de los derechos esenciales de una democracia, cual es de la tutela judicial efectiva que propende a que, a pesar de que en un proceso una de las partes resulte vencida y por ende no está conforme con ese fallo, el mismo se ejecutará, eso hace diferencia entre la barbarie y la civilidad.³⁸

El 10 de septiembre de 2012, el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia de la Convención Americana por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Venezuela. De conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 de la Convención Americana, la denuncia surtió efectos a partir del 10 de septiembre de 2013. Ello no afecta la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer asuntos relacionados con Venezuela; sin embargo, la Corte IDH no podría conocer ni tramitar ninguna denuncia por hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha en la que se alegue una violación al parámetro de convencionalidad.

V.2. La sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

En la sentencia en cuestión el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH suscrito en 1999 por el entonces Presidente. En la motivación de la sentencia la mayoría de los jueces consideró:

“9.19. La aceptación de la competencia de la Corte IDH, para ser vinculante respecto al Estado dominicano, debió haber cumplido, pues, los requerimientos del artículo 37 numeral 14 de la Constitución de 2002, es decir: “aprobar o desaprobado los tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo” 43. Sobre todo, en razón de que dicha aceptación transfiere competencias jurisdiccionales que podrían lesionar la soberanía nacional, el principio de la separación de los poderes, y el de no intervención en los asuntos internos del país, normas invariables de la política internacional dominicana. No bastaba, en consecuencia, cumplir únicamente con lo establecido en los artículos 62.1 y 62.3 de la CADH”.

³⁷ Sobre el tema se puede consultar: Carlos Ayala Corao. La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009), p. 505. En Eduardo Ferrer Mac Gregor Eduardo, Alfonso Herrera García. Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

³⁸ Gonzalo Pérez Salazar. Algunas notas sobre el diálogo judicial entre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 253 y 254. En ID. (Coordinador). VI Congreso Internacional de Derecho Procesal & IV Congreso de Derecho Administrativo. Homenaje al Prof. Carlos Ayala Corao. Universidad Monteávila, Caracas, 2017.

La sentencia contó con tres votos disidentes de las magistradas Bonilla Hernández y Jiménez Martínez, así como del Magistrado Acosta de los Santos quienes consideraron que no era necesario la aprobación por parte del Congreso, en razón de que según el artículo 62.1 de la Convención Americana, la aceptación de la competencia puede hacerse sin necesidad de una convención especial y además analizaron como la tesis de mayoría vulneraba el principio de estoppel.

VI. Conclusiones

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales, un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmáticamente como en la práctica.³⁹ En América Latina ese proceso se evidencia con el reconocimiento de un valor supraconstitucional o constitucional a la Convención Americana y demás instrumentos del parámetro convencional en el rango o jerarquía de las fuentes en una gran cantidad de ordenamientos que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Además, se constata la existencia de un diálogo judicial entre la Corte IDH y las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales en la región. En primer plano algunas jurisdicciones constitucionales en la región (Argentina, Costa Rica, Colombia, México y Perú) utilizan con bastante frecuencia desde hace varios años jurisprudencia de la Corte IDH en sus sentencias incluso para declarar la inconstitucionalidad o inaplicar normativa interna. Por su parte, se verifica el fenómeno inverso, como la Corte IDH utiliza en la motivación de sus sentencias jurisprudencia de Corte y Tribunales Constitucionales de la región, lo que evidencia un diálogo judicial interamericano en materia de derechos humanos que tiene como finalidad la construcción de un patrimonio constitucional interamericano caracterizado por estándares mínimos de protección.⁴⁰

No obstante, ese “*judicial dialogue*” no está ajeno a tensiones y conflictos, lo importante es que esas diferencias o conflictos no fortalezcan resistencias nacionalistas que se transformen en una «guerra entre cortes».⁴¹ En este sentido las sentencias números 1939-2008, 1547-2011 y 1175-2015 emitidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela evidencian como a través de la aplicación errónea del control de convencionalidad se declararon inejecutables sentencias condenatorias de la Corte IDH. Además, recomendó al Presidente que denunciará la competencia de la Corte IDH, lo cual efectuó el 10 de septiembre de 2012 y entró en vigencia

³⁹ Giancarlo Rolla. Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional. UNAM, México, 2002, p. 86.

⁴⁰ Haideer Miranda Bonilla. Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad, *op. cit.*, p. 315 y ss.

⁴¹ Giuseppe Campanelli. Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna. Ed. Giappichelli, Torino, 2005.

un año después. Lo anterior, es un claro ejemplo de una resistencia nacionalista que antepone los intereses internos o nacionales para incumplir con las obligaciones convencionales en derechos humanos en detrimento incluso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por su parte, la sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana en la que se declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH suscrito en 1999 por el entonces Presidente en virtud de que ello no fue ratificado por el Congreso, conlleva una resistencia por parte de una jurisdicción constitucional en aceptar la jurisdicción interamericana. No obstante, lo anterior no conlleva a que se desconozca la jurisdicción de la Corte IDH pues para ello existe un mecanismo de denuncia que a la fecha no ha sido llevado a cabo por el Estado y más bien debe ser visto como un ejemplo de conflicto en el ámbito de ese diálogo judicial interamericano, el cual tiene como gran reto la construcción de un patrimonio constitucional interamericano conformado por estándares mínimos de protección comunes en la mayoría de ordenamientos jurídicos.

Bibliografía

- Bazán Víctor y Nash Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012.
- Brewer Carias Allan. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*. Cambridge University Press, 2009.
- _____, *El rol del juez constitucional en Venezuela en la demolición del Estado de Derecho*. En <http://allanbrewercarias.com/>.
- Cucarella Galiana Luis Andrés. Derecho Procesal Convencional. *El nuevo desafío de la Justicia Constitucional*. XLV Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Universitat de Valencia, AMJC, Bogotá, 2016.
- Ferrer Mac Gregor Eduardo, Herrera García Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpijo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- López Guerra Luis. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y Divergencias*, pp. 139-158. En *Teoría y Realidad Constitucional* (Ejemplar dedicado a: La Integración política en Europa), número 32, 2013.
- Martinico Giuseppe. *Corti Costituzionali (o Supreme) e "Disbebbidenza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani)*, p. 305 y 306. En *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, número 2/2015, Roma.
- Martinico Giuseppe y Gordillo. José Luis. *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*. Ed. Civitas, Madrid, 2015.

V. Pactos Nacionales e Internacionales
y derechos humanos

Miranda Bonilla Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

_____, *El control de convencionalidad como mecanismo de diálogo jurisprudencial en América Latina*. En Revista IUS Doctrina, número 12, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2015.

_____, *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, 2016, Bogotá, Colombia.

_____, *La utilización de precedentes extranjeros por la Sala Constitucional*. En Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, número 120, enero del 2017, San José, Costa Rica.

Pérez Salazar Gonzalo. *Algunas notas sobre el diálogo judicial entre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 241-256. En ID. (Coordinador). VI Congreso Internacional de Derecho Procesal & IV Congreso de Derecho Administrativo. Homenaje al Prof. Carlos Ayala Corao. Universidad Monteávila, Caracas, 2017.

Derechos Humanos y los Tratados Internacionales: una materia a ser interpretada

Joaquín Pablo Reca¹

I. Introducción

El hombre, como centro de la sociedad y razón de ser del Estado es titular real o potencial de todos y cada uno de los derechos que pueden ser vinculados a la persona humana, y en consecuencia, más allá del alcance e importancia de las declaraciones de derechos; aún a falta de ellas, el hombre resultaría poseedor de todas las facultades que pudieran aparecer, sin perjuicio de las limitaciones legalmente admisibles. Los instrumentos que describen los derechos humanos son meramente ejemplificativos.

Para llegar a tal conclusión ha de partirse de la premisa contenida en nuestra Constitución, que sostiene que las acciones de los hombres que no afecten el orden público ni perjudiquen a terceros caen fuera de la égida del Estado (art. 19 C.N.); y en los instrumentos internacionales, referidas a que: *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”*.²

De ello se extrae que toda acción que no perjudique a terceros, ni ponga en peligro la seguridad común no sólo está permitida, sino que, además, no podrá ser afectada bajo ningún concepto, desde que el Estado, en principio, carece de potestades para reglamentar más allá de tales supuestos. En ningún caso, los intereses estatales podrán hacerse valer por sobre los de los habitantes, salvo en cuanto tiendan a preservar la seguridad general; y por supuesto que tampoco podrán anteponerse las necesidades de ningún gobierno al pleno ejercicio de los derechos.

¹ Abogado de la Universidad Nacional de La Plata, (U.N.L.P.). Abogado de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (S.C.B.A.). Maestría de Derechos Humanos, en progreso, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (U.N.L.P.), a cargo del Dr. Fabián Salvioli; colaborador, desde 2015 hasta la fecha, en la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (U.N.L.P.); participación en calidad de asistente en cursos sobre la materia; expositor en seminarios y jornadas de derechos humanos; publicaciones sobre los distintos factores: económicos, procesales, entre otros, que conculcan derechos humanos. joaquinreca_d@hotmail.es.

² Convención Americana de Derechos Humanos, art.32.2; en análogo sentido Declaración Americana, art. XXVIII; Declaración Universal, art.29.2; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art.4.

II. Vallado a las potestades estatales: declaraciones escritas en materia de derechos humanos

Podría pensarse que resulta absolutamente innecesario y sobreabundante el consignar los derechos en textos escritos, toda vez que, aun cuando ellos no existieran, el individuo igualmente se encontraría protegido por la norma general que estatuye su titularidad potencial de todos y cada uno de los derechos.

Si bien eso último resulta acertado, no puede negarse la utilidad de contar con catálogos que los describan con la mayor minuciosidad posible, toda vez que la historia demuestra la común resistencia del Estado a admitir y respetar las potestades de los particulares, pese –muchas veces– a hallarse plasmadas en prolijas declaraciones.

La referida conveniencia debe ser evaluada, teniendo siempre presente que: “la declaración de los derechos humanos que realiza un Estado o una comunidad regional o internacional, es un reconocimiento de los mismos, no los constituye, porque su constitución se apoya en la existencia humana. Podemos reclamar tal declaración, porque tiene un sólido fundamento, más allá de la norma escrita. Se tenga o no ésta, cabe siempre reclamar su respeto y su promoción, sin perjuicio de que aquel reconocimiento le añada certeza y le asegure su más efectivo cumplimiento”.

Tales instrumentos describen no sólo los derechos, sino también las garantías que no son otra cosa que métodos o instrumentos para hacer efectivo el mejor resguardo de aquellos. Así la libertad ambulatoria aparecerá custodiada por el *habeas corpus* y todas las obligaciones impuestas al Estado para la sustanciación de procesos penales; los restantes derechos serán protegidos mediante el amparo y el libre acceso a los tribunales para conseguir su reconocimiento.

Un dato a tener en cuenta es que, los documentos en cuestión permiten la formulación de un vallado infranqueable para las potestades del Estado que no podrá avanzar sobre los principios así descritos.

Los compendios de derechos poseen una mayor efectividad si, como sucede en nuestro orden jurídico, provienen de fuentes distintas, externas (regionales o internacionales), toda vez que, además de insertarnos en el esquema universal de los derechos humanos, crean mecanismos de control ajenos al propio Estado, y por ende, no manipulables por él. Esto es lo que sucede actualmente con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos, con referencia al Pacto de San José de Costa Rica; y con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La interpretación de los documentos descriptivos de derechos debe hacerse con carácter extensivo, amplio, admitiendo el hecho de que puedan surgir otros no incluidos en el catálogo, o que los que están puedan poseer un alcance superior al que podría indicar su formulación.

III. Presunciones en el campo de los derechos humanos: su operatividad

Uno de los temas más estudiados y discutidos por los constitucionalistas ha sido la coexistencia de dos grandes clases de disposiciones: las llamadas “operativas” y “programáticas”.

Las primeras resultan de aplicación inmediata, razón por la cual algunos doctores las denominan “auto-ejecutivas” o self-executing en el derecho comparado (derecho norteamericano), pudiendo hacerse valer ante un tribunal sin otra norma que precise su contenido o alcance. En nuestro ordenamiento jurídico no resulta necesaria la sanción de ninguna ley para efectivizar el derecho de los habitantes a que no se les imponga la pena de muerte (art. 4.3 C.A.D.H.) ni a que se respete su libertad de conciencia y religión (art. 12 C.A.D.H.), o de pensamiento y expresión (art. 13 C.A.D.H.), etc.

Mientras que las disposiciones “programáticas” necesitan un panorama concreto, que es otorgado por directivas (por medio de disposiciones normativas) para su posterior aplicación. Le imponen al legislador la obligación de dictar las leyes que permitan efectivizar el derecho en cuestión.

La “programaticidad” presenta varios supuestos, según el grado de precisión de la descripción hecha por la norma, o los condicionamientos por ella misma establecidos para su vigencia.

Hay previsiones que requieren para su implementación de la existencia de circunstancias de hecho determinadas para poder ser desarrolladas y puestas en vigencia; y mientras tales condiciones no se den en el plano fáctico, carecen de toda posibilidad de ser implementadas.³

Otras presentan formulaciones dirigidas no al intérprete, sino al legislador, imponiéndole el dictado de normas que hagan regir efectivamente el derecho de que se trate, indicándole un determinado contenido.⁴

Por último, aparecen mandatos claramente dirigidos al órgano legislativo que obligan a éste, no sólo a dictar una ley de implementación, sino que también le imponen fijar su contenido y alcance.⁵

Para determinar si una norma es operativa o programática, deberá estarse principalmente a su formulación gramatical; a quién se halla dirigida; el tipo y tiempo de verbo empleado, etc. Así se expresa que: “*la ley debe*” o “*la ley deberá*” reconocer tal o cual derecho, nos hallaremos ante una previsión programática; pero no será así cuando se aluda a que las personas “*tienen*” derechos sujetos a “*las limitaciones prescriptas por la ley*”, o “*las condiciones que establezca la ley*”, o “*según las formas establecidas por la ley*”, etc.

³ Es el caso del artículo 26 de la C.A.D.H., que establece el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, “en la medida de los recursos disponibles”.

⁴ Por ejemplo, art.17.4 y 17.5, C.A.D.H.; art.20, p.I.D.C.P.

⁵ Por ejemplo, art. 19, C.A.D.H. y 24.1 del P.I.D.C.P. En la actualidad, tales derechos han sido precisados adecuadamente a partir de la ratificación por nuestro país de la Convención Sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.338), que conforme el art. 75 inc. 22 de la C.N., posee jerarquía constitucional.

En este último supuesto, la norma indica, a través del tipo y tiempo de verbo (“*tiene*”) que el individuo es poseedor de un derecho vigente, y que el legislador puede fijar las condiciones de tiempo y modo imprescindibles para asegurar su adecuado ejercicio, sin desnaturalizarlo.

Las normas en materia de derechos humanos corren con la presunción de operatividad. Así fue admitido desde antaño por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso “Siri”, en cuanto sostuvo que: “...*las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagrados por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución, para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González que: “No son, como puede creerse... simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente”.* Contemporáneamente ha agregado que: “*Es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.* Esta lógica de la Corte encuentra su basamento en el “deber” de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la misma línea de razonamiento se erige la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha sostenido que: “*El sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo*”.

Más, la circunstancia de hallarnos frente a una norma programática no implica que carezca de cualquier efecto, sino que, por el contrario, pueden extraerse varias consecuencias. La primera de ellas es que la disposición impide la adopción, por el Estado, de normas que se opongan al mandato o plan contenido en aquella, puesto que de lo contrario se estaría desconociendo el programa.

En segundo término, si el mandato normativo aparece claro, el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñar el sentido de otras normas.

Por último, se ha sostenido que el órgano legislativo queda emplazado de poner en marcha el plan esbozado en la norma que un plazo razonable, lo que ha sido reconocido por la Corte con relación expresa a los Tratados en materia de derechos humanos, al decir que: “...*la violación de un tratado internacional puede acaecer... por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento*”.⁶

No debe aquí perderse de vista que en materia de interpretación de derechos humanos, rige el principio “*in dubio pro libertate*” o “*favor libertate*” que posee diversas acepciones dado que, además de reforzar la presunción de operatividad de las normas que los contienen, propicia la adopción de las soluciones que mejor y más ampliamente

⁶ C.S.J.N. fallo Ekmekdjian c/Sofovich cit.; y nota de Bidart Campos, Germán J.; El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica, ED del 25-8-92, especialmente cap. III, párr. 9.

coordinen los derechos de los individuos; y por otra parte, indica que, cuando se plantea el crudo dilema de todas las sociedades modernas entre las potestades estatales y facultades de los individuos; entre seguridad y libertad, debe adoptarse una solución que en ningún caso conculque los intereses de la persona humana.

En síntesis, siempre ante cualquier incertidumbre que se plantee en el proceso interpretativo, habrá de escogerse la solución que resulta más próxima al pleno ejercicio de los derechos del hombre.

IV. Titularidad de los derechos humanos: ¿destinatarios indiscriminados?

El derecho presupone la existencia de una vida en sociedad, de convivencia, puesto que aquel sólo resulta necesario como regulador, cuando entre en juego más de una persona. Esto trae aparejada la necesidad de determinar quién puede ser titular de derechos humanos y frente a quién los hace valer, o quién interviene en una relación de derechos humanos.

No puede haber ninguna duda que el hombre es esencialmente el titular de la clase de potestades que nos ocupa.

En relación al Estado como tal, debemos aclarar que si bien goza de ciertos derechos propios de las personas, tal extremo no la convierte en una. Es por tal motivo, que no debemos circunscribirlo como destinatario de los derechos humanos, por el simple hecho de carecer de caracteres humanos. Sería un grave error tergiversar el rol del Estado en la materia susodicha, el cual debe actuar no como titular de los mismos, sino como impulsor y garante. En esta tesitura lo enmarcan tanto, los Tratados Internacionales, como así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Más dudoso es el caso de las sociedades o asociaciones civiles; comerciales; gremiales o políticas. Hay quienes han entendido que al estar integradas por personas, los entes colectivos, en la medida que le es admitida la titularidad de ciertos derechos análogos a los de aquéllas, podrán ser reconocidos como derechos humanos. Sin dejar de reconocer que tal doctrina aparece inspirada en la intención de dar la mayor cobertura posible al ser humano en sus múltiples actividades dentro de la sociedad; y también de admitir que es un derecho del hombre el de asociarse libremente con fines lícitos, pero tampoco puede ignorarse que la lectura de los instrumentos existentes en materia de derechos humanos parecen indicar con claridad que los catálogos están referidos a hombres, e incluso el más importante de ellos se identifica claramente al sujeto activo diciendo: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

El problema de la determinación del titular de los derechos humanos resulta fundamental en el proceso interpretativo, puesto que de la respuesta que se dé al interrogante, dependerá si una persona jurídica está autorizada a exigir una obligación determinada por parte de alguien, con base en los Instrumentos Internacionales que los describen.

Así como en principio, sólo el hombre puede ser titular de derechos humanos, igualmente pareciera que sujeto pasivo de la relación (frente a quien pueden hacerse valer) sería cualquiera, el Estado u otra persona física o jurídica.

No puede existir duda en cuanto a que determinados derechos y garantías tienen como único obligado posible al Estado. Así, a sólo título ejemplificativo, pueden mencionarse la prohibición de reimplantar la pena de muerte; las garantías judiciales; el principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna, etc.

En otros supuestos, el sujeto pasivo puede ser un individuo o una sociedad, como podría acaecer si la vida o la integridad corporal es afectada por el accionar de personas o grupos de ellas no vinculadas al Estado. Pero en materia de derechos humanos, siempre éste resultará obligado en forma directa, indirecta o eventual, desde que: *“El deber de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención implica la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan impedir el disfrute de tales derechos”*.

Esta obligación que convierte al Estado en sujeto pasivo de toda relación de derechos humanos está puesta en cabeza del órgano judicial y ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

V. Intérpretes

Es por demás evidente que la interpretación de textos normativos no se halla necesariamente vedada a persona alguna, y, de hecho, tal operación intelectual es llevada normalmente a cabo diariamente por el habitante, el abogado, el jurista, el estudiante, etc.

Sin embargo, resulta imprescindible para comprobar la vigencia real de un sistema de derechos humanos el conocer la jurisprudencia de los tribunales puesto que, sus decisiones reflejarán el grado de adaptación de una sociedad a los parámetros de aquél en un momento dado de su historia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, con específica referencia al Pacto de San José de Costa Rica, ha admitido que la interpretación del mismo debe: *“Guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.⁷ Ello viene a reafirmar el carácter supraconstitucional del sistema implementado a partir del instrumento antes mencionado.

VI. Conclusión

La Constitución Política reglamenta puntilosamente las facultades del Estado, de cada uno de sus órganos y las funciones a ellos atribuidas; y tales previsiones configuran el techo por sobre el cual carece de competencia para intervenir. El hombre ha delegado determinados poderes, pero sólo los indispensables para que pueda conseguir los fines para los cuales fuera creado, o sea, lograr el goce de los derechos

⁷ C.S.J.N. Casos Ekmekdjian c/Sofovich, especialmente consid. 21 y Giroldi, puntualmente consid. 11.

de los habitantes en un pie de igualdad, conseguir su desarrollo material e intelectual, y aportar la seguridad.

En consecuencia, las facultades estatales han de ser interpretadas en forma restrictiva, siempre que puedan interferir o rozar derechos humanos. En este supuesto, sólo tendrá potestades para reglamentar cuando expresamente se le confiera y siempre que el ejercicio del derecho por parte del individuo, pueda afectar a terceros, a la seguridad o bienestar de la comunidad. Nunca la limitación podrá estar fundada en intereses momentáneos de un gobierno o de un grupo dentro de la sociedad; sino que deberá estar basada en una mejor coordinación para asegurar el ejercicio de los derechos humanos a todos en un pie de igualdad.

De esta manera entiendo que, el Estado en materia de derechos humanos puede intervenir mínima y exclusivamente como ordenador de la coexistencia social; carece en esta materia de facultades implícitas; está obligado como sujeto pasivo de derechos a adoptar todas las medidas para otorgar operatividad a aquellos derechos que lo requieran y le está vedado intervenir en toda oportunidad en que el legítimo ejercicio de un derecho humano no interfiera con el de un tercero. También la responsabilidad del Estado se extiende a la obligación de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos humanos por parte de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que pudieran presentarse.

En este orden de ideas, aparecen importantes las limitaciones a las potestades estatales al estar vedado intervenir en referencia a acciones de los hombres que no produzcan daños a terceros (reales o potenciales; actuales o inminentes), ni interfieran el legítimo ejercicio del derecho de otro.

No obstante lo mencionado con antelación, se admite que el Estado posea facultades para reglamentar derechos de los habitantes en función del bien común. Es posible entender el bien común como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de un modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”. A este respecto, debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse como medios para suprimir un derecho garantizado o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

Bibliografía

Bidart Campos, Germán J. “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”.
Editorial Ediar, 1995. Buenos Aires, p. 88.

Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E. “Principios de Derechos
Humanos y Garantías”. Editorial Ediar, 1991. Buenos Aires, pp. 105-147.

La Corte Suprema Argentina en su laberinto. A propósito de la sentencia “Muiña”, que beneficia a un condenado por delitos de lesa humanidad. Los efectos políticos e institucionales del fallo

Jorge O. Berchold¹

Sumario

I. Introducción; II. La sentencia y sus efectos jurídicos y procesales; III. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales externos a la Corte Suprema; IV. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales internos hacia la propia Corte Suprema; 1. Las características técnicas recomendables para la designación de los jueces de un tribunal de última instancia; 2. La conformación y clase de los debates dentro del tribunal y de los votos unánimes y con disidencias; 3. El liderazgo dentro del tribunal; V. A modo de conclusión

I. Introducción

La Corte Suprema argentina (CSJN) ha producido en el acotado plazo de 8 meses y medio, y luego de la regularización del plantel de magistrados con la incorporación de los jueces Rosatti y Rosenkrantz (asumieron sus cargos el 29/6/16 y 22/8/16 respectivamente), una serie de sentencias sobre temas relevantes y polémicos *per se*, y repotenciados en esos matices, por el sentido de algunas de las decisiones del tribunal, y por la conformación de las mayorías obtenidas y los alineamientos de los votos de los magistrados.

En ese breve período, desde el 18 de agosto de 2016 (*sentencia CEPIS, sobre las tarifas de gas*), hasta el 3 de mayo de 2017 (*sentencia Muiña, sobre el otorgamiento del beneficio*

¹ Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, España (UCLM). Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. (UBA). Especialista en Sociología Jurídica y Abogado (UBA). Ha obtenido varios títulos de postgrado entre ellos los de Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, otorgados por la UCLM, España. Diploma de Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la UBA. Profesor Catedrático Titular regular de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Catedrático de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación en la carrera de Derecho, Universidad Abierta Interamericana. Profesor visitante y Director de proyectos de investigación en Instituciones académicas de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá y España. Autor de 12 libros y editor-director de 5 libros colectivos. Autor de más de 100 contribuciones en capítulos de libros y artículos en revistas del área de su especialidad.

del llamado 2 x 1), la Corte resolvió los casos, *CEPIS; Fontevicchia; Schiffrin; Villamil; Alespeiti y Muña* (en rigor un recurso de hecho interpuesto en el marco de la causa Bignone), en una suerte de refundación jurisprudencial de nuevo signo con implicancias jurídicas y políticas complejas y novedosas (no necesariamente novedades positivas).

No es casual porque resulta razonable esperar y suponer que, luego de un período de incertidumbre y transición en el tribunal,² (en el breve lapso de 19 meses quedó reducido a 3 miembros), se requiera resolver temas complejos que habían estado postergados a la espera de la reconstrucción del plantel de magistrados. Algunos casos aparecieron con el cambio de gobierno, pero la mayoría era de larga data y por diversos motivos venían demorando su resolución. Especialmente porque se trataba de temas que requieren una conformación y funcionamiento adecuados y regulares de la institución, entiéndase, que esté conformada por la totalidad de los miembros previstos, sin vacantes y ello relacionado al objetivo de obtener por el sistema decisiones sólidas, consistentes, tomadas por el cuerpo en funcionamiento con plenitud de sus miembros, para la producción de sentencias que transmitan mensajes claros a la ciudadanía sobre temas complejos y relevantes.

Y ello tampoco es novedoso, pues se asemeja mucho a lo que aconteció con el Tribunal luego de la crisis de 2001-2002, en la que la Corte quedó en medio de la tormenta política– económica e institucional del momento. También en esa época la Corte tuvo una etapa de transición en la que funcionó de modo irregular, sin la totalidad de sus miembros, con vacantes, en medio de tensiones, juicios políticos y cambio de gobiernos. Ese proceso se extendió desde octubre de 2002 con la renuncia de Bossert, a la que le sucedieron renuncias y juicios políticos a los que solo sobrevivieron Fayt, Petracchi y Belluscio. Recién en febrero de 2005, con la designación y asunción del cargo de Argibay, la Corte se regularizó en el número de miembros y comenzó a funcionar con dinamismo.

Dos hipótesis, no excluyentes entre sí, pueden explicar esta cuestión que se repite en la Corte actual, a partir de su normalización con la designación de los magistrados Rosatti y Rosenkrantz; i) La Corte desde que completó su elenco de magistrados, se ocupa de cuestiones sumamente complejas, postergadas por los cambios en su composición. Culminado, por ahora, dicho proceso, desde agosto de 2016 asumió un rol más activo sobre esas cuestiones postergadas; ii) las cuestiones postergadas resultan de tal complejidad jurídica, institucional y política que hacen comprensible las dificultades para obtener los consensos mínimos y la producción de sentencias que transmitan mensajes claros a la ciudadanía sobre temas complejos y relevantes.

² El tribunal de 7 miembros se redujo a 3 en el lapso desde Mayo de 2014 a Diciembre de 2015 cuando por deceso (Argibay y Petracchi), o por renuncia (Zaffaroni y Fayt), su conformación quedó diezmada. Contemporáneamente a ello se produjo una elección nacional de autoridades, con cambio de signo político en el gobierno, lo que complicó el normal funcionamiento del tribunal y la sustitución de los jueces y regularización de las vacantes generadas.

Dentro del grupo de las sentencias judiciales referidas, hay una que se destaca por la rara cualidad de haber generado un revuelo multifacético, con efectos relevantes, en varios niveles o campos simultáneamente, como los que ha generado la sentencia recaída en el caso Muiña, emitida por la Corte Suprema el pasado 3 de mayo, otorgando al condenado el beneficio del cómputo especial que la derogada ley 24.390 concedía, conocido como 2 x 1.³ Resulta aún más llamativo cuando se trata de una resolución en un recurso de hecho, por una norma de aplicación procesal en el proceso de ejecución de una sentencia. No se trata de una sentencia definitiva que implique inmiscuirse en una cuestión de fondo de profundo contenido doctrinario, y con efectos que generan polémicas y debates valorativos por generaciones. Sin embargo, obviamente, no puede soslayarse que, el contexto histórico y social, la valoración de las conductas involucradas, lo inédito y aún reciente en la historia política del país de los hechos juzgados, su gravedad, hacen que una resolución que fuera de contexto no resultaría relevante, en términos técnico-jurídicos estrictos, haya generado las repercusiones políticas, jurídicas e institucionales que generó.

Y eso es lo que llama poderosamente la atención. ¿Acaso los magistrados que conformaron la mayoría no eran conscientes de las repercusiones y efectos que generaría el fallo en el sentido en el que fue emitido? Sólo soslayando lo insoslayable se podría haber pensado que se trataba de un caso de obvia resolución técnica y que no generaría las tensiones e implicancias que en varios campos ha generado. Es el contexto jurídico, político e institucional del caso lo que lo hace excepcional y para el que se requiere un tratamiento excepcional. Principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente técnico-jurídicos a fin de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar (Sagúes, 1986:909)

Se pueden identificar, al menos, cuatro campos distintos para el análisis y en los cuales la sentencia ha generado polémica y efectos que aún no han terminado de expandirse y revelarse. Muchos de ellos sorprendentemente paradójicos.

- a. *El ámbito jurídico*, con los debates doctrinarios que se suceden a través de publicaciones, artículos, opiniones, reportajes. con diversidad de análisis, perspectivas e interpretaciones. Además, y en términos más estrictos de efectos en el sistema judicial, de los cientos de casos (cantidad no determinada con certeza, pues se ha hablado de cifras que oscilan entre 300 y 700 procesos) en los cuales se podría pedir la aplicación del beneficio otorgado por la ley 24.390.
- b. *El ámbito jurídico más específico de los Derechos Humanos* como materia en evolución y desarrollo permanente y con aplicación de normas nacionales e internacionales con raigambre constitucional.

³ El beneficio que otorgaba la ley permitía contabilizar doble cada día en que un detenido se halla en tal estado, en calidad de prisión preventiva, sin sentencia judicial firme. Ello, a su vez permitía, disminuir la extensión de la condena en cuanto la sentencia, eventualmente, se efectivizaba.

- c. *Los efectos políticos e institucionales externos a la Corte Suprema*, impulsados por el input de su sentencia hacia fuera de su órbita jurisdiccional, con impacto en el gobierno, la oposición y las instituciones, tanto en la agencia legislativa (entiéndase el Parlamento), como en la agencia judicial (entiéndase los tribunales inferiores ante los cuales se replican los planteos de aplicación del beneficio del 2x1).
- d. *Los efectos políticos e institucionales internos hacia la propia Corte Suprema*, generados por su propia sentencia, que denotan una puja en el liderazgo de la institución y debates nunca debidamente zanjados sobre su modelo de deliberación, su rol y diseño institucional y las características técnicas recomendables para la designación de los jueces.

II. La sentencia y sus efectos jurídicos y procesales

La propia sentencia expresa claramente muchos de los matices conflictivos dignos de análisis a través de los votos de la mayoría y de la disidencia. Sí intentaré destacar algunos aspectos, o aportar algunas perspectivas multi e interdisciplinarias de análisis en relación al fallo.

1. No se puede soslayar que todos los procesos relacionados a la represión de Estado, o terrorismo de Estado, o delitos de lesa humanidad, han tenido distintos niveles de tratamiento excepcional, y de compleja armonía y funcionalidad con las reglas del debido proceso y de las garantías fundamentales de todas las partes involucradas. Primero de las víctimas de las conductas delictuales, ahora se discute sobre las de los victimarios.

Sentencias que declararon normas constitucionales y luego, años después, las mismas normas, fueron declaradas inconstitucionales,⁴ y más aún, declaradas nulas por el Parlamento (ley 25.779).

Indultos y suspensión de juicios luego revisados; Constitucionalización, reforma de 1994 mediante, de los tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, ex post facto de los hechos imputados y condenados que, entre otros efectos notables, declararon nada menos que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Luego, las sentencias de la Corte refrendando la imprescriptibilidad ya sancionada normativamente (fallos Simón y Mazzeo).

⁴ Un ejemplo histórico de ello: En 1987 al declarar nuestra Corte la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida, el magistrado Petracchi dijo en su voto que: “Debe quedar en claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente...” sin embargo “...esta ley no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación...” casi dos décadas después en un contexto bien diferente se declaró su inconstitucionalidad. El Juez Petracchi voto en ese sentido. Este voto refleja y resulta un buen ejemplo de lo se supone es la faceta diferenciadora de un juez con responsabilidades excepcionales como el Juez constitucional, o de un tribunal de última instancia. Su visión periférica, su perspectiva estratégica y de hombre de Estado. Citado en Jorge O. Bercholz, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, p. 45.

Casi 34 años después de la decisión política del *Nunca Más*, lo único que parece haber sido lineal e inconvencional, fue la voluntad política de la ciudadanía y de las instituciones de someter a juicio a los responsables de los delitos de lesa humanidad y que, sin dudas ni limitaciones de ningún tipo recibieran las sanciones legales correspondientes, sin chance alguna de perdón o concesión, llámese indulto, conmutación de penas o amnistía. Todo intento dado en ese sentido fue desandado y repuesto en el sentido permanente de la sanción en debida proporción para ese tipo de delitos. Una muestra clara de una política de Estado, que permanece en el tiempo, más allá de coyunturas, tensiones, cambios de gobierno y signo político e ideológico.

"... Se trata de una política de estado, afirmada por los tres poderes, en distintas épocas, de modo que constituye parte del contrato social de los argentinos...", según el último párrafo del considerando 7 del voto personal en disidencia del Presidente de la Corte Lorenzetti.

La Corte ya ha receptado el carácter excepcional del delito que se juzga y sobre el cual no puede aplicarse ningún tipo de dispensa, reducción o prescripción, siguiendo standards internacionales.

Dadas las características tan particulares de los delitos concebidos en un marco de terrorismo de Estado y su permanencia en el tiempo, resulta una incongruencia básica e ingenua querer aplicar pautas procesales ordinarias a casos extraordinarios.

La paradoja del argumento de la superioridad del Estado de Derecho, que brinda garantías aún a aquellos que las despreciaron, resulta plausible para casos de derecho común o para jueces de instancias inferiores cuyas resoluciones no generan efectos institucionales severos.

2. En los considerandos 14 y 15 del voto en disidencia de Lorenzetti se refuta de un modo muy sólido la aplicación literal y formalista, de acuerdo a la interpretación del voto mayoritario, esquemático y descontextualizado en su argumentación, pues no considera el contexto normativo en juego que, por demás, han generado los legisladores.

La razón de la sanción de la ley 24.390 claramente no abarca a los delitos especial y desagradamente considerados por el legislador y la jurisprudencia nacional y los standards internacionales de lesa humanidad aplicables. Ha sido una norma de *ideología procesal administrativa* tendiente a aliviar el estado procesal de los detenidos con prisión preventiva. Dirigido a los casos comprendidos en dicha ley (art. 8 de ley 24.390) y presentando la excepción del art. 10, lo que por analogía nos podría llevar a la aceptación de otras excepciones dispuestas por el legislador en esta u otras normas. Más aún si los delitos son tipificados especial y excepcionalmente en leyes especiales, como de lesa humanidad. Si existen leyes especiales, por caso las normas constitucionalizadas de rango internacional vía tratados y pactos reconocidos por el país, no pueden ser ellas puestas en estado de minusvalía ante normas locales de tipo general sin especificación.

Dicho de otro modo, solo una interpretación lineal y esquemática, sacada del contexto de la evolución normativa y jurisprudencial sobre el tema de delitos de lesa humanidad, puede extender la aplicación de la ley 24.390 a los procesos que juzgan esos delitos. Dicha ley no pensó en ellos cuando fue sancionada, pero el legislador sí pensó en el castigo integral para esos delitos al adscribir a la imprescriptibilidad de los mismos. Lo que la Corte consolidó en su jurisprudencia sobre casos concretos. No hubo vacío legal, ni falta de doctrina judicial específica, como ha sostenido el voto de la mayoría.

3. No es cierto que fatalmente, en términos de inevitabilidad técnico-jurídica, la Corte tuvo que fallar en el sentido del voto mayoritario, aunque nos coloque en un dilema ético y moral, como el que parece haber sufrido el magistrado Rosatti, según lo que expresa en los considerandos 11, 12 y 13 de su voto concurrente. Las explicaciones culposas allí vertidas son paradójicas, pues de un racimo de soluciones posibles y consistentes en términos técnico-procesales, se opta por un camino formalista que implica una opción, puesta en contexto, de tinte ideológico y político.

La propia explicación de superación del dilema le juega una “parábola” de honestidad brutal al magistrado Rosatti. La imputación al legislador del supuesto vacío o falta de especificidad, y la invocación a la división de poderes en una versión superficial y “escolar”, denota la intencionalidad de dar un mensaje específico sobre una nueva construcción del instituto de los derechos humanos. Bajo la apariencia de *garantismo* para todos, aunque no nos gusten sus alcances, y de respeto a la división de poderes, lo que se hace es legislar positivamente dándole vida a una ley derogada, que no es mecánicamente aplicable, pues su carácter de norma penal es, al menos, dudoso, y soslayándose los diversos pronunciamientos específicos del legislador y de la ciudadanía, en el sentido de no permitir ninguna en las penas para este tipo de delitos.

Es una inteligencia “escolar” y anacrónica de la división de poderes pues la interpretación de que las agencias institucionales funcionan como compartimentos estancos da como resultado, la desnaturalización de las decisiones legislativas como reflejo de la soberanía popular sí, como en este caso, la decisión del juzgador opta por una interpretación que contradice el sistema, complejo y contradictorio, pero consistente a través del tiempo, de condenar con especial preocupación a los delitos de lesa humanidad sin que pueda alcanzarlos ningún tipo de conmutación o perdón. Esa ha sido la decisión del legislador, sostenida con consistencia en la construcción del Estado de derecho argentino desde 1983 a la fecha, y desnaturalizada por esta sentencia. Por ello, lo que dice querer evitar el 2º párrafo del considerando 11 del voto de Rosatti, paradójicamente lo consagra. El juez se ha transformado en legislador.

4. Reacciones de todo tipo y desde todo lugar dan razones técnicas, tan o más sólidas que las del voto mayoritario, para resolver en el sentido contrario. Además, por supuesto, de los votos en disidencia de Lorenzetti y Maqueda.

El representante para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), hizo advertencias respecto a la

imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y a los standards internacionales consagrados constitucionalmente que impide reducción de penas aplicables a delitos comunes.

*“Los crímenes de lesa humanidad agravian no solo a las víctimas, sino a todos los seres humanos. Por ello, no pueden asimilarse a delitos comunes y su gravedad requiere de una sanción proporcional”.*⁵

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresó su “preocupación y consternación” por las características de la sentencia.

El Congreso se apresuró a deslindar responsabilidades políticas, que el voto de la mayoría pretendió endilgarle, y en tiempo récord sancionó la ley 27.362, de solo 3 artículos que pretende, quijotesicamente, imponer una interpretación unívoca y definitiva de la ley 24.390 en relación a los delitos de lesa humanidad.

Por qué entonces los jueces del voto mayoritario han hecho uso de esta opción tan excéntrica, donde han logrado el milagro de una queja generalizada, nacional e internacional, de todos los sectores políticos, y de las instancias judiciales inferiores que ya perfilan una rebelión hacia esta doctrina de la Corte, rebelión que rememora lo ocurrido con las leyes de emergencia económica y la avalancha de amparos de 2001/2002.

En pocos días, tribunales de distintos departamentos judiciales, han rechazado pedidos de aplicación de la ley 24.390 para condenados por delitos de lesa humanidad.

Ello demuestra, una vez más, que el juzgamiento de los responsables de la represión y del terrorismo de Estado, resulta ser, justamente, una política de Estado, que refleja una opinión sólida de la ciudadanía, que se ha mantenido a pesar del paso del tiempo, de crisis económicas y políticas diversas, y del paso de gobiernos de distinto signo.

Puede apreciarse fácilmente la imposibilidad entre los integrantes de la Corte de llegar a un consenso, puesto que los criterios resultan contradictorios y no pacíficos, debilitando así una doctrina aplicable al caso que el Tribunal intenta producir. Dicho extremo se ha constatado de inmediato en la proyección intra-judicial del fallo “Muiña”: a las pocas horas de conocida la sentencia de la Corte, se han informado varias solicitudes de aplicación de la ley 24.390 a otras personas detenidas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. Todos ellos fueron denegados por, entre otros argumentos, rechazar valor vinculante al fallo de la Corte.

5. El fallo resulta contradictorio en la aplicación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y su articulación con las normas nacionales. Tal relación tortuosa ya se vislumbraba desde el reciente fallo Fontevicchia, del 14 de febrero de 2017, donde la Corte, con la única disidencia de Maqueda, relativizó la supremacía de los pactos internacionales constitucionalizados por sobre las decisiones de los tribunales nacionales. En Muiña, no obstante, el voto de la mayoría cita

⁵ <http://www.letrap.com.ar/nota/2017-5-8-21-36-0-un-organismo-de-ddhh-de-la-onu-advirtio-a-la-corte-por-el-fallo-del-2-x-1>, consultado el 21-5-17.

pactos y tratados internacionales pero en el sentido garantista formal y descontextualizado ya referido, lo que en los hechos implica una falacia paradójica, puesto que el sentido último del fallo lesiona la protección que esos pactos tienen como objetivo de fondo, que es la persecución de los delitos de lesa humanidad con salvaguardas y restricciones precisas.

No sorprende la posición de Rosenkrantz, quien ya en artículos previos a su asunción como magistrado, y en la audiencia ante el Senado cuando se trató su pliego de designación, se había mostrado poco amigable con la articulación entre las normas nacionales y los pactos internacionales, y esbozó ideas de consolidación del derecho autóctono que expresamente se encuentran en el voto mayoritario.⁶ Esto implica otra novedad en la línea jurisprudencial del tribunal.

6. Mención aparte merecen los párrafos con fallidas incursiones de análisis lingüístico del voto mayoritario. Si el tribunal incursiona en temas interpretativos, de carácter sintáctico, semántico y lingüístico, y más aún cuando se debate y se invoca la valoración social, es recomendable el auxilio de expertos semiólogos, so pena de cometer graves errores de interpretación. Luego, las valoraciones de la sociedad, implican claramente introducir sujetos interpretantes, por lo que la relación semiológica que ello genera obliga al auxilio de expertos, así como se recurre a médicos, ingenieros, contadores o arquitectos en temas en los que los jueces requieren obviamente la *expertise* de los profesionales idóneos. (Bercholz, 2017:144)

Me refiero a los párrafos en los que la mayoría expresa que “...la ley no exige esfuerzo de comprensión...” (considerando 7, 1° párrafo in fine); “... el uso del adverbio “siempre” en el texto del art. 2 del Código Penal da cuenta de la clara decisión del legislador...” (último párrafo del considerando 7).

La mención, en el voto de la mayoría, indicando que el cambio de valoración requerido para la aplicación de la ley más benigna está implícito en la ley 24.390, soslaya que el Parlamento Federal se expidió a través de la derogación y declaración de nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, del reconocimiento expreso de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad a través de la recepción constitucional de las convenciones internacionales contra un tratamiento ordinario de estos delitos, y de la ley 27.156, predecesora de la reciente 27.362, de modo que está ampliamente suplido lo que el voto mayoritario reclamó que debería existir como criterio o variable identificatoria de la valoración social, manifestaciones expresas del legislador y que ese, paradójicamente, es el criterio para no aplicar la ley 24.390, puesto que se trata de una norma general y/o para otros casos. Más claro aún, siendo que el legislador se expresó específicamente, y en varias ocasiones, sobre los delitos de lesa humanidad reforzando la valoración social que no admite su tratamiento como delito ordinario y, por ello, su castigo proporcional sin chance de reducción o conmutación.

⁶ Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo), Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 09/2007, consultada el 21 de mayo de 2017.

La valoración está ampliamente manifestada para delitos de lesa humanidad, y su evolución, lejos de disminuir la intensidad del rechazo, lo ha profundizado y solidificado. Entonces, si claramente el legislador y la jurisprudencia han consagrado nada menos que la imprescriptibilidad, la máxima voluntad de persecución penal y que resulta de una variable de ajuste temporal de la persecución penal del Estado, no puede otra norma del mismo tenor epistémico-metodológico, que utiliza la variable de la extensión temporal de la pena, contradecirla, pues la concepción temporal “imprescriptibilidad” fulmina, por su extensión insuperable, a cualquier otra norma reglamentaria de reducción o conmutación de pena (2 x 1). Más aún si se trata meramente de una norma de raíz procesal-administrativa. Lo contrario, en el caso el voto mayoritario en Muiña, resulta claramente incongruente.

La supuesta interpretación semántica del adverbio “*siempre*” queda subsumida en lo anterior, pues “*siempre*” será en tanto no exista una valoración específica para conductas identificadas expresamente y que merecen, desde antes de la sanción de la ley 24.390, una valoración negativa agravada. Esa interpretación literal fuera del contexto histórico social del país es francamente incomprensible e inadmisibile. Resulta difícil entender semejante aplicación e interpretación esquemática y mecánica del sentido de las normas y valores en juego. (Bercholz, 2017:139)

Sólo se explica por la decisión política de hacer visibles estos reclamos, y por la voluntad política de diferenciación en el tratamiento de los mismos respecto de la jurisprudencia y legislación del pasado reciente. Ello puede explicar la esforzada y enrevesada argumentación del voto mayoritario, disfrazada de decisión técnico-jurídica aséptica e inevitable.

De ningún modo esta es una decisión que, a pesar del reproche moral o ético que ha generado, deba ser tomado por imperio de la ley y de una interpretación técnica obvia, aunque sea políticamente incorrecta.

La interpretación aplicada al caso es forzada y errada en términos semánticos y semiológicos. Contradice decisiones claras del Parlamento y de la relación semiótica de esos productos institucionales con la legitimidad y consenso que la ciudadanía ha prestado y sigue prestando a las políticas de derechos humanos, Ello implica, por ende, una política de Estado. Entendiendo por tal cosa, una decisión institucional que permanece en el tiempo más allá de coyunturas de signo político e ideológico y que son sustentadas por el cuerpo social en un plazo diacrónico suficientemente extendido, y respecto de las cuales las evoluciones nacionales e internacionales no han mutado, por el contrario, se refuerzan en el mismo sentido de las decisiones anteriores.

III. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales externos a la Corte Suprema

1. No es el objetivo principal de este artículo agotar las vías de análisis, interpretación y/o aplicación técnico-procesal de normas aplicables al caso, sí al menos, describir certeramente que de ninguna manera la decisión tomada por la mayoría era

una fatalidad jurídica-técnico-procesal que, aunque nos pese, y nos genere un dilema moral deberíamos aplicar igual, en pos de garantías procesales y de igualdad. Más aún, hubiera sido mucho más sencillo y consistente una decisión en el sentido inverso, para la que existen varias vías de análisis y argumentación mucho más sagaces, lúcidas y congruentes con las decisiones parlamentarias, con el consenso social y con la consistencia de una política de Estado de más de 30 años.

2. De allí que un hecho inexplicable técnicamente, desde el plano jurídico-procesal, que no era fatal en términos de inevitabilidad de su ocurrencia, requiera explicaciones o hipótesis fundadas que se deberán hurgar en otros campos.

¿Por qué la mayoría votó de ese modo tan forzado e incongruente?

¿Qué ha llevado a estos jueces a resolver en el sentido que han resuelto, a contrapelo de la jurisprudencia de la propia Corte, de la de los jueces de tribunales de instancias inferiores, de las respuestas de los legisladores, de los representantes políticos y de la ciudadanía?

Luego, los análisis a los que se les podría achacar el mote de teorías conspirativas, dejan de serlo, para pasar a ser hipótesis de trabajo sustentables para confrontar.

¿Es casual que los 2 jueces designados por el actual gobierno, formando mayoría con la jueza que resiste, vía recurso de amparo, el vencimiento del plazo constitucional por el que debería renunciar a su cargo, inexplicablemente no apelado por el fiscal del caso, den el voto mayoritario a una decisión que contradice claramente la política de derechos humanos del gobierno anterior, o al menos la imagen que, en el imaginario colectivo se tiene de ella?

¿En qué medida la necesidad electoral de diferenciación y de mantención del electorado propio, caracterizado de alguna manera, ha influido en alentar esta decisión?

¿Qué relación tienen las distintas acciones discursivas y, en algunos casos, normativas previas a este fallo que, de diversas maneras han reinterpretado hechos y relatos en torno a la política de derechos humanos y a la represión de Estado y al estatus de los detenidos desaparecidos, han sido exteriorizadas desde el gobierno a través de funcionarios importantes y pertenecientes a agencias variadas, no relacionadas con el área de derechos humanos ni con el Poder Judicial?

Insisto, estas preguntas que podrían ser tildadas de conspirativas, dejan de serlo ante las inexplicables incongruencias de la sentencia.

¿Y si lo descripto formara parte de una operación política de cambio de paradigma en el discurso gubernamental respecto a la interpretación de los hechos represivos de los '70 y '80, y de la posterior acción estatal de consolidación de políticas de derechos humanos y enjuiciamiento de los represores y de los delitos de lesa humanidad? En ese caso, ¿efectivamente el gobierno actual se ha beneficiado?

¿O el revuelo y polémica causados en todos los ámbitos posibles e imaginables le ha generado un pésimo efecto, totalmente contrario a lo previsto?

¿Podría sostenerse ello en virtud de que el propio gobierno se apresuró a facilitar y/o impulsar la sanción de la ley 27.362 que viene a poner límites y/o a contradecir la interpretación del voto mayoritario?

¿Pero, realmente, el gobierno no obtuvo, a pesar del rechazo y la polémica, un resultado neto positivo de diferenciación y posible polarización electoral con lo ocurrido?⁷

¿Los magistrados de la Corte que produjeron el voto mayoritario nunca sospecharon el rechazo que este fallo iba a causar en la Argentina y en el mundo?

¿Acaso responden a un sentir extendido pero silencioso, una mayoría, o importante minoría, oculta, tal cual la denominada *teoría de la espiral del silencio* explica?⁸

¿Acaso funciona una mayoría silenciosa sujeta a la teoría de la espiral del silencio que no se manifiesta por ser políticamente incorrecto y que clama, subterráneamente, por amnistías, indultos, reducción de penas?

¿Si esto fuera así y se tratara de un colectivo reprimido en su opinión por factores endógenos y exógenos, cómo se ha manifestado para lograr esta conducta llamativa de los jueces en su sentencia?

¿En qué medida el Parlamento percibió el peligro o posibilidad en ciernes de fallos como Muiña, a contrapelo de las políticas de derechos humanos, cuando el 1 Julio de 2015 sancionó la Ley 27.156 denominada de *Prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas en delitos de lesa humanidad*?

¿Implica una novedad legislativa que genere algún cambio, reforzamiento, o sustento jurídico-técnico mayor al previamente existente, el aportado por la Ley 27.362 del 10 de mayo de 2017, denominada: “Conductas delictivas –Delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra– Cómputo de penas establecido por el art. 7 de la ley 24.390 –Inaplicabilidad– Norma complementaria de la ley 27.156”?

⁷ Las teorías sistémicas diferencian entre valor bruto y valor neto obtenido. El valor bruto está integrado por los principios orientadores de la acción, por los objetivos máximos a alcanzar. El valor neto es el efectivamente obtenido luego de impulsar esas acciones y de haberlas confrontado con las reacciones y resistencias del sistema y de los agentes e intereses en juego.

⁸ La opinión que parece más fuerte y más extendida por ser la mayoritariamente exteriorizada, que tenderá a imponerse sobre la no exteriorizada y la inhibirá por temor al aislamiento o por sentirse minoría, aunque tal desventaja cuantitativa no se refleje en sistemáticos estudios empíricos, sino sólo en la impresión o sensación que se produce merced a su mayor exteriorización. Elisabeth Noelle-Neumann, sostiene que las personas, en su afán por no quedar aisladas del resto de los seres sociales, adoptan aquellas conductas que se dicen o parecen ser mayoritarias, o aquél discurso que, impuesto por los emisores y adoptado por la mayoría, y dominante en la sociedad, se extenderá por sobre opiniones minoritarias que optarán por guardar silencio a efectos de evitar su aislamiento. Elisabeth Noelle-Neumann, *La Espiral del Silencio*, Paidós, 1995.

⁹ La norma, en su Artículo 1º (y prácticamente único) dispuso: “Las penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga”.

¿Acaso estamos ante una sentencia estratégica para poner en marcha mecanismos visibles de diálogo interinstitucional y obligar al parlamento a una palabra contundente en la convicción de que aún no la había dado?

Es una práctica bastante usual en los tribunales ordinarios y de instancias inferiores. Los jueces aplican la ley en interpretaciones más o menos literales, aunque arrojen consecuencias indeseables, y dejan a los tribunales superiores, de mayor responsabilidad, que hagan interpretaciones más sofisticadas, novedosas o creativas, en una suerte de delegación cualitativa de decisiones complejas.

Hay excepciones, como en el caso de las leyes de emergencia económica durante la crisis de los años 2001/2002, donde hubo una suerte de rebelión de los tribunales inferiores que no seguían ninguna de las sentencias indicativas de la Corte a fin de consagrar la validez constitucional de las leyes de emergencia y pesificación. Este caso podría seguir el mismo camino.

También se ha observado últimamente, una suerte de delegación de decisiones que son claramente del ámbito político hacia la jurisdicción, una suerte de judicialización de la política, pero en sentido inverso a lo sospechado y consagrado por la doctrina internacional, cuando se dice que los perdedores políticos son los que judicializan aquellos hechos en los que no pueden influir, justamente, a causa de su derrota electoral. Parece ser que, según la doctrina alemana y española, las cooptaciones de agencias judiciales para la consecución de fines políticos, no son monopolio argentino.¹⁰

La crisis de legitimidad de la política, de las instituciones políticas y de sus agentes, léase, de los partidos políticos y de los políticos, hace que ante situaciones complejas prefieran ceder la decisión en órganos jurisdiccionales a fin de evitar los costos políticos de tomarlas por sí y así espantar posibles apoyos electorales.

¹⁰ “... los perdedores en el proceso político buscan una nueva posibilidad de imponer sus ideas con ayuda de la Corte Constitucional Federal. Todo ello es en cierta forma tradición alemana...” Como ha dicho el Profesor de la Universidad de Regensburg Udo Steiner, ex magistrado del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), en una conferencia magistral impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, “El papel de la Corte Constitucional Federal en el ordenamiento federal de la República Federal de Alemania”, marzo de 2008, mimeo, que se puede consultar en: http://www.forumfed.org/libdocs/Misc/Arg6_Present%20Udo%20Steiner%20En.pdf, The Role of the Federal Constitutional Court within Germany’s Federal Structure, versión en inglés, Forum of Federations, página 3: “... those who have lost out in the political process frequently call on the Federal Constitutional Court, which they see as another opportunity for pushing through their ideas. This has all, as it were, become customary in Germany...”.

Advirtió la doctrina en España que: “... en su aplicación práctica, el recurso de inconstitucionalidad puede ser utilizado como un instrumento político puesto en manos de los partidos opositores en un intento de rechazo político a la acción gubernamental. Esta puede ser la causa de que la mayoría de las leyes que entrañan una mayor carga política hayan sido objeto de recurso y, en ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos haya sido mostrada por la oposición como un triunfo político” Goig Martínez Juan Manuel; Núñez Rivero Cayetano; Núñez Martínez María, El sistema constitucional español según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Universitas Internacional, 2008, Madrid, p. 17.

3. Está claro que el Parlamento, y los partidos políticos con representación parlamentaria, se apresuraron a devolver la brasa ardiente que el voto mayoritario de la Corte en Muiña les había enviado (considerandos 7 y 10 del voto mayoritario y considerando 11 del voto concurrente de Rosatti), con la urgente sanción de la ley 27.362.

Y es un gesto político significativo del que nadie quiso quedar apartado.

Pero si el voto de la mayoría fue impermeable al cuerpo normativo previo, esta nueva ley no agrega nada que no existiese antes, por ende no parece razonable esperar que la Corte se desdiga por esta novedad legislativa. Más aún, se puede suponer que los letrados de los condenados por delitos de lesa humanidad ya se encuentran trabajando con entusiasmo en los escritos que plantearán la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de esta ley y su irretroactividad.

4. En algún punto, las hipótesis especulativas en torno a desentrañar si lo que ocurrió fue planificado y producto de una acción racional tendiente a un fin determinado, o producto de la improvisación y el amateurismo, resultan irrelevantes y ociosas.

¿Acaso primó la falta de previsión, la falta de diálogo y de comunicación institucional?, ¿o fue causa de la ineficacia e impericia, o de la falta de capacidad y comprensión para desempeñar cargos que requieren responsabilidades agravadas, y miradas estratégicas superadoras de la mera función ordinaria del administrador de un caso común entre privados?

Dicho de otro modo, los actos improvisados o amateurs suelen provocar efectos similares a los malintencionados de toda especie. Ergo, nos encontraríamos ante la opción explicativa mala o ante la opción pésima. El fallo fue producto de la impericia e incompreensión del cargo y responsabilidades que se detentan y de su responsabilidad compleja y sofisticada. O fue producto de una decisión política destinada a dar una respuesta a contrapelo de lo que la mayoría de la sociedad argentina y sus instituciones han establecido en forma extendida diacrónicamente, y con variadas expresiones institucionales, como política de Estado.

El rol “iluminado” de la Corte registra otros antecedentes, al menos en un caso, confesado por el propio magistrado Petracchi: *“...Hay que reconocer que desde el punto de vista de lo que es el país, esta Corte ampliada de los '90 es más representativa de lo que es la totalidad de la población, de nuestra idiosincrasia... ya que la Corte de los años '80 producía fallos que no se condecían con lo que es nuestro pueblo. Estos fallos liberales en los que yo votaba unas veces con Bacqué y Belluscio (caso “Bazterrica”, sobre la droga) y otras con Bacqué y Fayt (caso Sejean sobre divorcio) eran menos representativos de lo que era el país, por su contenido revolucionario en comparación con muchos de los fallos de la Corte actual...”* Se refiere a la Corte ampliada, en 1990, a 9 miembros, durante el primer gobierno de Menem.

Resulta muy llamativo de la declaración de Petracchi el reconocimiento que los fallos de *“... la Corte de los años 80... no se condecían con lo que es nuestro pueblo...”*. Ignoro la veracidad, certeza y rigor sociológico de la apreciación de Petracchi, no sé cuál es la fuente estadística que le permitió afirmar que la Corte más conservadora de los '90

resultó ser más representativa que la Corte “revolucionaria” de los ’80, pero tal cuestión no es relevante para lo que sigue. Lo cierto es que a pesar de creer Petracchi que los fallos que impulsó en los ’80 no resultaban representativos, o resultaban poco, o menos representativos de la idiosincrasia de la población, igual votó en ese sentido. No interesa para este comentario nuestros gustos o ideologías personales, sólo hacer hincapié en lo paradójico y polémico del comportamiento de la Corte que, aun a sabiendas que establecía una jurisprudencia poco representativa de la idiosincrasia de la población, igual avanzó con ella. En este caso fue en sentido de una jurisprudencia más progresista que la media de la población, en otro escenario podría ser a la inversa. La cuestión es relevante para insistir con lo problemático de la atribución de la última palabra a la Corte y su carácter poco democrático.

Un juez que decide de acuerdo a su gusto, ideología o convicción, sin reparar demasiado en la representatividad y consenso que puede tener su fallo... (Bercholz, 2004:147)

Creo que la situación análoga es interesante para la comparación, pues se trató de una “iluminación” de otro signo ideológico y político y en otros tiempos, pero que expone plenamente la tensión subyacente en las decisiones de un alto tribunal si actúa insularmente, ignorando los desarrollos de las teorías de la cooperación e interdependencia y diálogo institucional, y de la comprensión de que el poder del Estado es uno sólo, dividido funcionalmente, y que por ello sus instituciones deben, necesariamente, trabajar de modo interrelacionado.¹¹

IV. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales internos hacia la propia Corte Suprema

En este apartado quiero destacar tres aspectos que hacen al funcionamiento de un tribunal de última instancia como nuestra Corte, y que se ven afectados y relacionados por una decisión del tipo y relevancia de Muíña.

1. Las características técnicas recomendables para la designación de los jueces de un tribunal de última instancia.
2. La conformación y clase de los debates dentro del tribunal y de los votos unánimes y con disidencias.
3. El liderazgo dentro del tribunal.

¹¹ En otro caso de gran importancia, “Peralta c/Estado Nacional” sobre el llamado Plan Bonex, un precedente del “corralito”, el 27 de diciembre de 1990, la CSJN dijo: “... la división de los poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no sólo la integración de las Provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales... puede reconocerse la validez constitucional de una norma porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual medió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas...”.

IV.1. Las características técnicas recomendables para un juez de Corte Suprema o Tribunal Constitucional que sea la última palabra jurisdiccional en interpretación y ejercicio de control de constitucionalidad (Bercholz, 2017:70/73)

Es un tema de capital importancia, nunca debidamente resuelto a pesar de que fue uno de los paradigmas que el decreto 222/03 impuso para el proceso de designación de magistrados en la Corte argentina.

¿Qué características técnicas resultan las más adecuadas?

¿Cómo influyen las características técnicas y personales de los magistrados en su performance y en el sentido de sus votos?

Equiparo aquí, para el análisis, a los denominados jueces constitucionales de la justicia constitucional en sentido estricto, esto es, los jueces de tribunales constitucionales en sistemas donde funciona el control concentrado de constitucionalidad. Y ello porque la relevancia del fallo en crítica se asemeja a la función sensible y compleja que confronta a los jueces con los otros poderes políticos del Estado. Pues, si bien en el caso concreto Muiña, no hay control de constitucionalidad, hay una clara confrontación entre la interpretación del voto mayoritario y las políticas que desde las institucionales estatales normativas se ha dado para los delitos de lesa humanidad.

Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad y de última palabra jurisdiccional.

Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben resolver normalmente los jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad.

Además de los requisitos que comúnmente se exigen a los jueces ordinarios, el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del ejecutivo y del legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes *infraconstitucionales*.

El enunciado, por sí mismo, ya refleja la tarea de alta complejidad que un juez de este tipo de tribunal debe afrontar, pues tendrá ante sí, una variedad de temas complejos y diferenciados para los cuales se requieren capacidades específicas, y que resultan difíciles de encontrar en una sola persona.

Según Böckenforde (1999:157): *“El juez constitucional no puede ser valorado con el mismo parámetro que se emplea para medir al juez ordinario civil o penal. En primer lugar porque se ocupa de un derecho como es el derecho constitucional que reparte posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político y por tanto el objeto sometido al examen de esta jurisdicción viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político. En*

segundo lugar porque las partes procesales suelen ser órganos constitucionales o supremos titulares del poder político. Y por último, porque sus decisiones están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico legal existente, es decir tiene menos apoyo en el sistema jurídico de lo que tiene la jurisdicción ordinaria, lo que termina por requerir un mayor apoyo institucional que en gran medida supone contar con un grado muy alto de consenso y legitimidad social”.

Un juez constitucional, en general, deberá enfrentar y resolver tensiones e implicancias relacionadas a:

- a. interceder en las relaciones de poder y de conflicto entre la justicia constitucional, el poder legislativo y el poder ejecutivo;
- b. expandir o no, y en su caso hasta dónde, el llamado “activismo judicial” y el achicamiento del campo de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”;
- c. desarrollar las tareas de hermenéutica e interpretación articulada entre la constitución y las normas infraconstitucionales;
- d. la relación con la jurisdicción judicial ordinaria en la que se plantean problemas derivados de la especial posición institucional del TC, particularmente a través de las cuestiones de inconstitucionalidad;
- e. el desarrollo e interpretación de los derechos fundamentales, que se ha transformado en la actividad jurisdiccional que ocupa la mayor parte de la actividad del TC, a través de la vía del recurso de amparo y
- f. el rol fundamental que la justicia constitucional desempeña en la construcción y consolidación de la organización y distribución territorial del poder.

La compleja tarea de selección de personal tan calificado e idóneo, en una serie de tareas y acciones jurisdiccionales que no resultan del todo congruentes, y que mezclan y superponen especificidades que sería recomendable desagregar, supone, previamente, una aguda definición del rol que se depara a un tribunal de esta instancia en la ingeniería y diseño institucional del Estado.

“Todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe identificar adecuadamente el perfil del magistrado constitucional...” (Landa, 2002:45)

Ello, a fin de evitar procesos de selección de jueces “*catch all court*”¹² —una suerte de Tribunal de Justicia “atrapatodo”— a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, en algunos casos contradictorios y excluyentes, que son

¹² Parafraseando a Otto Kirchheimer y su “catch all party”, partido de todo el mundo o “atrapatodo”, idea que pergeñó en su trabajo “El camino hacia el partido de todo el mundo” en Teoría y sociología críticas de los partidos políticos, Lenk y Neumann, Anagrama, Barcelona, 1989. La denominación acuñada por Kirchheimer refiere a un tipo de partidos políticos, el partido atrapatodo (catch all party) que no se dirige a una clase social determinada, sino que pretenden llegar a la mayor cantidad de personas posibles, conformando así un auditorio heterogéneo y masivo, pretendiendo satisfacer la mayor cantidad posible de demandas.

designados como si dicha diversidad de clivajes incidiera de algún modo positivo en la producción del Tribunal.

Dicho de otro modo, circulan ideas que proponen cierto tipo o modelo de Tribunal, con una esperada y determinada producción del mismo –tanto cuantitativa como cualitativamente–; pero se esgrimen para ello argumentos de selección de los jueces incompatibles con esas mismas ideas.

Por supuesto que está fuera de discusión el umbral mínimo de selección, que debe responder a criterios de idoneidad, capacidad técnica, honestidad y antecedentes profesionales y académicos suficientes. Generalidades que no admiten mayor debate pero que, desagregadas para moldear un tribunal eficaz y funcional, presentan no pocas cuestiones.

El debate plantea varias dicotomías posibles:

- i) ¿Son recomendables magistrados de carrera judicial o académicos?
- ii) ¿Expertos en derecho público o privado?, y luego, ¿en qué materias específicas del derecho?
- iii) ¿Con ideología progresista o conservadora?, ¿identificados con los partidos políticos que los proponen o no?
- iv) ¿Con alguna identificación por estratificación social? ¿Que reflejen la composición económico-social de la población?
- v) ¿Qué reflejen la composición de la sociedad considerando la cuestión de género?
- vi) ¿La procedencia regional por nacimiento o por capacitación merece alguna consideración?
- vii) ¿Qué cantidad de magistrados para responder a cuáles de estos clivajes?
- viii) ¿Algunos de estos clivajes de selección inciden en la producción del Tribunal?
- ix) ¿Hay corroboraciones empíricas de qué algún criterio de selección produzca resultados diversos en algún sentido?
- x) ¿Es posible encontrar personal calificado en tan disímiles facetas?

A toda esta variedad de matices, conflictos y tareas le debe dar respuesta el juez de una Corte Suprema. Por ello un juez de este tipo “...*requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política*”. (Landa, 2002:45)

El decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 222 del 20 de junio de 2003, titulado “*Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, recogió entre otras inquietudes de ONGs y especialistas en la materia, la de tener en consideración al momento de proponer un

candidato para ocupar la Corte Suprema, las diversidades de género, de especialidad y la procedencia regional en pos de una eficaz representación federal.

En un escenario tal, de reflejo-espejo representativo de la composición social, esa Corte tendría que contar con un número de jueces muy superior. Para mayor incongruencia obsérvese que el mismo gobierno que sancionó el decreto 222, impulsó la sanción de la ley N° 26.183 que reduce al número de 5 los miembros del tribunal. La disminución de miembros implica una merma de la representatividad y democrática pretendida por el decreto 222/03. Cómo representar con 5 miembros la cuestión de género, el federalismo, las diversas ideologías socio-jurídico y políticas plausibles de representar en la Corte, incluso el clivaje de la extracción socio-económica de los jueces.

En ese escenario deficitario el voto menos sorprendente es el de Rosenkrantz. A la ya referida posición refractaria a la constitucionalización de los pactos y tratados internacionales y su relación con las normas nacionales, deben sumársele algunas contundentes afirmaciones en la audiencia de tratamiento ante el Senado de su pliego de designación.¹³ Se manifestó contra la especialización técnica en el tribunal. Su campo de expertise es el de la filosofía del derecho aplicada a la teoría constitucional, como él mismo definió en la audiencia. Sin embargo, tiene una fuerte característica profesionalista, entendiendo por tal cosa, su dedicación al ejercicio de la profesión. Integraba un Estudio de prestigio y, en esa función, ha sido un abogado corporativo representando grandes empresas de distintos rubros. También se observa en su producción académica y docente un marcado sesgo hacia el derecho privado. A ello se le debe sumar su cargo de Rector en la Universidad de San Andrés desde 2008. Quienes hacemos vida académica sabemos fehacientemente que los cargos directivos suelen llevarse mal con la producción e investigación académica. Se trata de una elemental carencia de tiempo material suficiente para desarrollar ambas tareas, que son bien diferentes, contemporáneamente. La tarea de gestión resulta ser muy absorbente y limita fatalmente el tiempo disponible para la tarea de investigación y producción teórica. Ello parece correlacionarse con lo observado en los CVs de Rosenkrantz disponibles en la red.

En síntesis, su perfil técnico no resulta sencillo de catalogar, posee características académicas y profesionalistas, de especialidad civilista, pero no es ajeno a la filosofía del derecho. Ello puede explicar su opinión contraria a las especializaciones, las que son recomendadas por extendida y prestigiosa doctrina nacional e internacional para una Corte Suprema, como hemos visto en este apartado. También repitió, al menos 3 veces, que los jueces no deben hacer política ni deben pretender gobernar; que deben buscar en los precedentes y no pretender ser originales, pues ese rasgo que puede ser virtuoso en la academia se transforma en un defecto en un cargo como el de juez de la Corte Suprema. De sus dichos se podía inferir e intuir una predisposición a la recuperación de las cuestiones políticas no justiciables, para que estas se diriman en la arena política como su ámbito natural. Sin embargo, todo lo que emana de su

¹³ <https://www.youtube.com/watch?v=4uWsx7ewUc>

presentación ante el Senado tiene una difícil articulación con su voto en Muiña. No obstante es, de los 3 jueces que integraron la mayoría, quien menos sorpresa genera con su voto.

El caso de Highton es muy llamativo pues contradice sus votos precedentes en la materia.

Pero el voto más sorprendente es el de Rosatti, no solo por sus sorprendentes expresiones culpógenas de los considerandos 11, 12 y 13, también por su claro perfil publicista. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal y que ha desempeñado altos cargos en la administración pública. Ha sido Ministro de Justicia, Procurador general del Tesoro e Intendente de la ciudad de Santa Fe.

IV.2. La clase y calidad de los debates dentro del tribunal y de la conformación de la votación. Unanidades y disidencias

La relevancia del caso Muiña en relación a este apartado se correlaciona con el modelo de deliberación. Con las razones de los votos de los integrantes de la mayoría, el contexto, el carácter de votación dividida en la cual la propia mayoría registra un voto concurrente, y la disidencia se conforma con dos votos concurrentes en el mismo sentido. Luego, y como consecuencia de ello, un fallo altamente dividido, que no arroja un mensaje claro y contundente a la sociedad, sobre un tema muy sensible, y que podría modificarse rápidamente dada la precaria mayoría alcanzada, tanto la obtenida en el resultado, como la obtenida en las razones y argumentos vertidos.

Rosenkrantz tuvo también una muy sugerente intervención en la audiencia ante el Senado cuando se manifestó a favor de la importancia de votos homogéneos en un tribunal como la Corte Suprema, y al beneficio de evitar, no solo las disidencias, sino los votos concurrentes que, sostuvo, muchas veces son tan o más problemáticos que las disidencias por las diferencias que encubren y que impiden el desarrollo de una doctrina de la Corte congruente y sólida. La cita no es textual pero el sentido es inequívoco y puede chequearse en los archivos de la audiencia del que se aporta el link en este trabajo. También mencionó en tono crítico, la facilidad con que los jueces se apartan de posiciones precedentes, aun siendo conscientes de que la jurisprudencia de la Corte en la Argentina no es vinculante. Son estas posiciones asumidas en abstracto ante el Senado, reveladoras ahora, a la luz de su voto en el fallo Muiña.

¿Cómo deliberan los tribunales constitucionales y Cortes Supremas?

¿En qué medida y forma, las características de esas deliberaciones, afectan las decisiones?

Hay tribunales como la Corte Suprema de Estados Unidos, en los que la toma de decisiones aparece muy poco deliberativa, y por ello la comunicación entre los magistrados afectada.

Lo opuesto ocurre, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Las decisiones de los dos Senados del tribunal, integrado por 8 miembros cada uno, están basadas en extensos debates y discusiones orientadas al logro del

consenso. La toma de decisiones, incluyendo la producción de las razones que las sustentan, es una empresa muy colaborativa en el Tribunal alemán, y todas las decisiones relevantes son tomadas por los jueces en reuniones compartidas como un verdadero tribunal colegiado.

Dos modelos históricos diferentes en el proceso de toma de decisiones en Tribunales colegiados (multi-miembros), pueden ser distinguidos y dan forma a las prácticas judiciales hasta estos días.

El primero, históricamente el más antiguo, es el modelo *seriatim*. En la versión pura y original de este modelo, todos y cada uno de los jueces producen su propia opinión. Uno podría decir que no hay juzgamiento “del Tribunal” como tal. Sólo hay juzgamientos individuales de cada uno de los miembros del tribunal. Luego la sumatoria de los votos en uno u otro sentido propuesto.

El segundo modelo es el modelo *per curiam*. Aquí, el tribunal, decide de modo colegiado. En la versión original de este modelo, los jueces individuales no aparecen identificados con sus votos u opiniones, tampoco serán comunicados los resultados de la votación al público. La decisión *per curiam*, por lo tanto, necesita ser preparada *in camera*. En cierto modo, los dos modelos puros se han aproximado. Eso no quiere decir, sin embargo, que las diferencias institucionales entre las dos tradiciones hayan desaparecido. Las Cortes, en las dos tradiciones, aún difieren típicamente en la manera en que responden a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el objeto primordial de la votación judicial?

¿Para qué se necesita una mayoría? En la tradición del *Common Law* los jueces votan sobre el resultado de los casos, y solamente en ese ítem —no con respecto a las razones— es requisito una absoluta mayoría. Esto se manifiesta en la existencia del así llamado *plurality judgments*, donde los jueces por la mayoría, respecto al resultado, pueden estar divididos respecto de *rationes decidendi*.

Por contraste, las cortes en la tradición *per curiam*, tienden a estar más involucrados o al menos igualmente involucrados acerca de las razones. Dejando de lado algunas excepciones, parece característico que ellos necesitan una absoluta mayoría también para las razones de sus decisiones.

¿Es necesaria la mayoría por las *razones solamente*, o *por ambas: razones y resultados*?

Esta interesante pregunta por la votación sobre las razones y la votación sobre los resultados es lo que preocupaba a Rosenkrantz, pues no necesariamente arrojan idénticos resultados. Dicho de otro modo, hay desarrollos de votos que en sus considerando parecen encaminarse hacia un destino, pero que, sinuosamente, terminan contabilizándose en el sentido contrario a la lógica de su desarrollo.

¿Deben las legislaturas y los tribunales procurar establecer los marcos institucionales y legales que promuevan la toma de decisiones colegiada y deliberativa?

La necesidad creciente de un proceso de toma de decisiones deliberativo es un fenómeno concomitante a la complejización del sistema normativo.

Esta es una cuestión de máxima relevancia, la calidad de la toma de decisiones judicial, su calidad integrativa, su potencial pacificador de una sociedad sobrecargada

de cuestiones políticamente polémicas, para neutralizar la polarización que genera la política. En cuanto a esto, los tribunales con una práctica deliberativa y colegiada de toma de decisiones serán mejores que las Cortes que no hacen esfuerzos colectivos para encontrar puntos en común.

Ante la desigualdad creciente y las actuales tendencias hacia la polarización política de las instituciones, los tribunales constitucionales también deberán mejorar su potencial integrativo. La toma de decisiones deliberativa, y, como un requisito previo, reglas y prácticas diseñadas para promover una cultura de deliberación, es la llave para progresar en esa dirección. (Lübbe Wolff, 2016:37)

En este esquema, ¿dónde situaría el lector al fallo Muiña? ¿Hubo deliberación? ¿Se ha tratado de una decisión colegiada? ¿Cómo se relaciona el fallo con los precedentes del propio tribunal? ¿Se ha hecho el esfuerzo argumentativo requerido para un cambio de jurisprudencia? ¿Es una decisión sólida, existiendo 4 razonamientos diferentes en su argumentación, que se subsumen en dos grupos de votos, uno a favor de la revocatoria, el otro a favor de la confirmación de la sentencia apelada?

¿Hay ahora una doctrina del tribunal para estos casos, a diferencia de la razón del voto mayoritario que sostuvo que no la había hasta ahora?

La falta de homogeneidad del voto en sus razonamientos y argumentaciones y, además, lo ajustado de la mayoría, nos enfrenta a un voto de alta precariedad en un caso que requería esfuerzos supremos de deliberación y consenso.

¿Se puede creer que estos casos están resueltos con una sentencia como la ofrecida por la Corte a la sociedad?

El objetivo de obtener fallos unánimes, que demuestren un consenso sólido en la interpretación y decisión fáctico-jurídica que una Corte adopte en cuestiones trascendentes y conflictivas, si bien plausible, desde la perspectiva de la gobernabilidad y eficacia del funcionamiento del sistema político, puede ser también analizado desde una perspectiva negativa. La cuestión reviste gran importancia desde un abordaje no solo jurídico, sino además politológico y/o de sociología institucional que se preocupe por el aporte que, a la gobernabilidad del sistema político democrático, debe realizar la jurisdicción. Un difícil y precario consenso en las decisiones del Tribunal, debilitan la necesaria “doctrina o derecho judicial” que el máximo tribunal debe producir y que es esperada por los tribunales inferiores a fin de resolver jurisprudencia contradictoria y/o conflictiva.

El voto en disidencia (*dissenting vote*) o *voto particular o discrepante*, como se lo denomina en España, presenta desde siempre posiciones contradictorias y no pacíficas, en relación a su procedencia, su carácter conducente y su efecto positivo o negativo para la evolución de la jurisprudencia, para la legitimidad del sistema, para la óptima relación entre los miembros del Tribunal en cuestión y para la eficacia de su producción, de sus sentencias. Entendido esto último, no solo hacia el propio sistema judicial, en tanto unificación o fragmentación de la jurisprudencia, sino también, por el efecto que las sentencias producen en la sociedad civil en general cuando, tratándose de casos de relevancia y trascendencia pública, implican desde el sistema judicial la

generación de mensajes en forma de decisiones judiciales claras y contundentes, incluso en ocasiones, pacificadoras, o la idea de una discusión abierta, no zanjada y que podría haber arrojado, o que podrá arrojar en el futuro, soluciones diferentes desde la judicatura.

A pesar que el voto discrepante no genera efecto jurídico inmediato alguno en la sentencia dentro de la cual se redacta, se teme que las disidencias ofrezcan un producto debilitado, más endeble y precario. Así, una sentencia no unánime, con uno o más votos particulares, discrepantes o en disidencia, quitarían solidez al principio deseable de la seguridad jurídica. Por ello, para qué mostrar a la sociedad las vicisitudes o vericuetos de una sentencia judicial que puede aplicar la ley en más de una forma o sentido, dando cuenta que la ley y la justicia pueden significar cosas distintas dependiendo qué dicen, quiénes y en cuáles circunstancias.

Entre otras críticas usuales a los votos discrepantes, encontramos aquellas que los observan como una manifiesta irreductibilidad o incapacidad de negociación en detrimento de la solemnidad y autoridad que se requieren de las instituciones judiciales. Dicho de otro modo, para la consecución de decisiones unánimes en un Tribunal colegiado, se requieren negociaciones entre las posiciones y la capacidad de ceder, a fin de alcanzar sentencias consensuadas lo más próximas posibles a los juicios individuales. Ello, más aún, en los casos siempre relevantes que decide un alto tribunal con la última palabra.

Entre los motivos más frecuentes por los cuales los jueces emiten un voto en disidencia se encuentran aquellas posiciones que no se pueden, o no se desean “negociar”, ya sea por convicción, y/o por formación cultural y técnica.

En sentido contrario, se esgrime el control de calidad que implica el debate interno del tribunal, y la construcción de argumentos alternativos y contradictorios los que, expuestos con rigor, someten a la crítica argumentativa a la posición mayoritaria. Así las decisiones son valoradas y apreciadas debidamente en contraposición con argumentos diferentes, con los que deberá confrontar, y a los que deberá resistir y superar.

Se sostiene también que en los votos en minoría o disidencia descansa el futuro cambio de jurisprudencia que puede generarse por diversas cuestiones. Por ejemplo, un cambio en la moral media de la población que puede ser recogido por los jueces; un cambio de signo político y/o ideológico que, reemplazo mediante o aún sin él de los magistrados del Tribunal, produce un cambio de sentido en la jurisprudencia sobre algún tema o materia legal en particular; un diferente contexto político y social que permite revisar sentencias anteriores generadas en contextos en extremo conflictivos.

Pero los jueces deben, al mismo tiempo, ajustarse a lo que ya se ha decidido en el pasado y se ha institucionalizado en forma de precedentes jurisprudenciales. La doctrina del respeto a los precedentes o antecedentes jurisprudenciales cuenta con prestigiosos defensores. Cass Sunstein los ha defendido considerándolos puntos fijos en torno a los cuales debe desarrollarse el discurso jurídico-constitucional.

En EE.UU. la jurisprudencia sentada por la Corte es obligatoria para los tribunales inferiores (“*stare decisis*”), mientras que en Argentina es casi lo mismo, ya que si bien no hay “*stare decisis*” formal, si el tribunal inferior no aplica la jurisprudencia de la Corte, la parte afectada puede llegar hasta esta e intentar, en base al precedente, la revocación de la sentencia. Además, lo usual es que los tribunales inferiores la apliquen –aun cuando no estén de acuerdo, *brevitatis causa*, y, en cuyo caso, suelen dejar constancia de la opinión propia–. Aunque ya nos hemos referido a casos que implicaron una rebelión de los tribunales de instancias inferiores y que pareciera estar despertando el mismo efecto luego de Muiña.

En pos de mensajes claros a la sociedad, la unanimidad sería el *optimum* de una sentencia, si no es posible lograrla, al menos debe procurarse para lograr el máximo consenso posible. El recurso al voto mayoritario con disidencias, es el remedio extremo para superar un defecto: la incapacidad para generar consenso sobre los argumentos propios y la indisponibilidad para dejarse convencer por los demás.

Las decisiones muy divididas siempre dejan un sentimiento de insatisfacción, de deber no cumplido, de arbitrariedad. La deliberación debería arribar a acuerdos superadores.

Dentro de los votos concurrentes o particulares, puede generar entre los jueces más susceptibilidad interna el voto concurrente, o “por su voto” o “según su voto” en la denominación argentina, que el voto discrepante o disidente. Este último implica sin soslayo un desacuerdo insalvable con la decisión mayoritaria. En cambio, al concurrente se lo acusa de innecesario, de fuente de confusión y de demostración de debilidad en la capacidad negociadora del Tribunal. También el “vetetismo” de aquél que lo emite solo para dejar a salvo alguna arista en la fundamentación. Que algunos magistrados emitan permanentemente votos singulares, es sospechado de falta de vocación y capacidad de trabajo en equipo.

En general, se encuentran en el derecho comparado, dos tipos de sistemas de tratamiento de las disidencias que pueden esquematizarse en torno a las ideas de transparencia, o del denominado “secretismo”, para sustentar la legitimidad judicial.

Las ideas basadas en la transparencia judicial, el debate y control público son comunes en los países del derecho anglosajones, particularmente en USA y Canadá, y en algunos países latinoamericanos, particularmente Argentina donde existe un sistema de *Judicial Review* similar al de USA y Canadá. En estos casos la unanimidad judicial solo se logra si hay acuerdo entre los jueces, caso contrario, los votos disidentes se expresan libremente y son dados a conocer públicamente en las sentencias y en las publicaciones especializadas.

El denominado “secretismo” relaciona la legitimidad de las decisiones judiciales, no con la transparencia y publicidad, sino con la profesionalización y jerarquía de la judicatura. (Verdugo, 2011:217-272)

Es el sistema presente en varios países de Europa, donde las sentencias se muestran siempre como unánimes y las opiniones disidentes no son publicadas. Es un

sistema de unanimidad forzada. Son los casos de Francia, Italia, Grecia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda.

En el Tribunal Constitucional Federal alemán solo los jueces emiten y suscriben públicamente un voto en disidencia ante casos que, por su relevancia y/o por el compromiso académico o técnico del magistrado, le impiden no manifestarse expresamente en disidencia. Sin embargo, muchas otras disidencias que ocurren en el seno del tribunal, no son ventiladas ni publicadas, porque los jueces discrepantes prefieren no hacerlas públicas por motivos de preservación de la imagen de solidez del tribunal, o para no mostrarse contrarios a las opiniones de sus pares. En España y Argentina las discrepancias son expuestas públicamente con más asiduidad. En Canadá, tal cual la tradición anglosajona, los *dissentig votes* son valorados positivamente.

Datos comparados obtenidos en el marco de un proyecto de investigación que dirijo, arrojan que los tribunales y cortes de última instancia, si bien con matices, presentan altos porcentajes de unanimidades. En promedio, la Corte Suprema de Canadá, en los 20 años que abarcan el período 1994 a 2013, tuvo un porcentaje de unanimidades por apelaciones juzgadas del 73%.

La Corte Suprema Argentina, para el período 1983-1998, presenta un porcentaje de sentencias unánimes en materia de declaración de inconstitucionalidades, que oscila de acuerdo a la jurisdicción nacional o provincial entre el 79 y el 73%.

La misma evolución se observa en la producción del Tribunal Constitucional en España, que registra porcentaje de unanimidades en torno al 70%.¹⁴

El Tribunal Constitucional Federal alemán presenta decisiones con votos unánimes en el altísimo porcentaje del 93%, para el período 1971-2013, si bien debe considerarse lo ya dicho respecto a lo restrictivo de la publicidad de las disidencias en Alemania.

La Corte en su nueva conformación completada con la designación de Rosatti y Rosenkrantz, ha producido la serie de fallos referida al inicio de este artículo, con una composición de sus votos que parece no reflejar los porcentajes históricos y comparados de unanimidades. Habrá que seguir la evolución de la cuestión que, al menos por ahora, indica la presunción de que no se corresponde con el comportamiento histórico del Tribunal. Los fallos recopilados permiten observar una alta fragmentación en los votos de los actuales magistrados, al menos en los casos de trascendencia institucional y jurídica recolectados. Son pocos, pero también es poco el tiempo transcurrido con esta formación de Corte. Continuará...veremos cómo y en qué sentido.

¹⁴ Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBA-CyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

Cuadro 1

Fecha	Caso	votación	Magistrados	tema
18-8-16	CEPIS	Unánime	Lorenzetti, Highton, Rosatti* y Maqueda*	tarifas de gas
14-2-17	Fontev ecchia	Mayoría	Lorenzetti, Highton, Rosenkrantz y Rosatti *	Supremacía constitucional tratados y trib. internacionales
		Disidencia	Maqueda	
28-3-17	Schiffrin	Mayoría	Lorenzetti * Maqueda* Rosatti*	límite edad 75 años p/ jueces
		Disidencia	Rosenkrantz	
28-3-17	Villamil	Mayoría	Lorenzetti, Highton Rosenkrantz	prescriptibilidad accs. civiles c/Estado x delitos lesa humanidad
		Disidencia	Maqueda* Rosatti*	
18—4-17	Alespeiti	Mayoría	Maqueda* Rosatti* Rosenkrantz*	arresto dciliario. p/represores
		Disidencia x 290	Lorenzetti, Highton	
3-5-17	Muiña	Mayoría	Rosenkrantz, Highton Rosatti*	conmutación de penas delitos de lesa humanidad
		Disidencia	Lorenzetti* Maqueda*	

* voto concurrente o por su voto

IV.3. El liderazgo dentro del tribunal

Una situación relevante y de interés es la del liderazgo del Tribunal. Lorenzetti ejerce la presidencia desde el 1 de enero de 2007, hace más de 12 años. Pero además le impuso a la Corte su sello personal de liderazgo, con apariciones y rituales que la hacen identificable con su presidencia. Tal liderazgo parece estar en puja a partir del ingreso de los dos nuevos magistrados. Ello ya se vislumbraba con la seguidilla de fallos descriptos en el cuadro anterior, donde proliferan los votos concurrentes, las disidencias y donde el propio presidente ha quedado en minoría en dos sentencias relevantes, Alespeiti y Muiña. Pareciera que uno de los efectos del fallo, o tal vez uno de los objetivos, entre varios sobre los que hemos hipotetizado en este artículo, es la discusión doctrinaria, por ahora, sobre la agenda y el contenido de debates y sentencias que ya no parece manejar con discrecionalidad el presidente.

¿Qué debe esperarse de un presidente de una agencia como la Corte Suprema?

¿Cuál es el rol de los presidentes de este tipo de tribunales en la obtención de sentencias unánimes que brinden mensajes claros y seguridad jurídica a la sociedad?

En la obtención de votos unánimes resulta fundamental la decisión política, el liderazgo y la capacidad negociadora del presidente del Tribunal. En casos de gran trascendencia institucional, jurídica y social, siempre resulta un objetivo deseable para el sistema político y para el presidente de un tribunal de última instancia, la emisión de sentencias unánimes o con disidencias acotadas. Ello así, por evidentes y obvias razones de gobernabilidad y legitimación política de decisiones sensibles en materia de políticas públicas, y en pos de un funcionamiento armónico de la administración estatal.

La falta de liderazgo que conlleve a esa armonía le quita espíritu de cuerpo al tribunal colegiado y puede permitir o alentar, depende de las circunstancias, un comportamiento más fragmentado de sus magistrados, entendiéndose por tal cosa, un menor nivel de coincidencias, traducido en menor cantidad de fallos unánimes, y en una mayor cantidad de disidencias y de votos que, desde la mayoría, se distinguen individualmente (“según o por su voto”), y son emitidos por juristas más preocupados por dejar su sello o marca personal en cada resolución trascendente del Tribunal.

Como ejemplos comparados se destaca el muy interesante caso de la Suprema Corte canadiense. La actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de enero de 2000. Había ingresado a la Corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la *Great Dissenter* de la Corte canadiense. En materia de control de constitucionalidad ha votado 39 veces en disidencia, seguida por Claire L’Heureux-Dubé, con 28 votos disidentes. Lo notable es que McLachlin sólo votó 8 veces en disidencia desde que fue designada presidente. Sus 31 votos restantes fueron emitidos antes de su designación como tal. Es una producción que se asemeja, salvo una excepción, a la de los presidentes del Tribunal Constitucional de España.¹⁵

Los presidentes del Tribunal Constitucional español han asumido ese papel de liderazgo y procuran, también por motivación para dejar su sello personal, o por la ya referida necesidad política, las unanimidades. Por ello no registran votos en disidencia durante sus presidencias (García Pelayo, Rodríguez Piñero, Sala Sánchez), o disminuyen notoriamente esos votos si se compara su performance como magistrados, con la que les cupo como presidentes (Tomás y Valiente, Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón, Jiménez de Parga). Salvo el llamativo caso de Casas Baamonde, única magistrada que accedió a la presidencia, que tiene la mayoría de sus votos en disidencia durante el período de su presidencia, incluso, en algunos de ellos, votando en soledad.¹⁶ Ello, sin duda, es un reflejo de una compleja etapa en la vida del Tribunal, signada por visibles alineamientos político-partidarios de los magistrados y por una notable crisis de liderazgo de la presidente.

El cuadro que sigue muestra las disidencias totales de los presidentes del Tribunal Constitucional de España, desagregadas durante sus presidencias. Se observa notablemente, salvo la excepción referida de Casas Baamonde, que los presidentes han asumido claramente ese rol de liderazgo en busca de las sentencias unánimes.

¹⁵ Datos extraídos de base de datos propia, ídem nota anterior. Nos encontramos actualizando la base de datos que nos permitirá medir con mayor consistencia el caso argentino que aquí tratamos.

¹⁶ Sus votos disidentes en soledad, siendo presidente, fueron en: sentencia 194/2004 de 4/11/04 sobre temas ambientales y administrativos; sentencia 341/05 del 21/12/05 sobre Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998; sentencia 112/06 de 5/4/06 Ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos.

Cuadro 2

Magistrado	Disidencias de los presidentes del TC			Período Presidencia
	Total disidencias	Permanencia en el TC	Disidencias durante su presidencia	
García Pelayo	--	1980/85	--	1980/85 *
Tomás y Valiente	7	1980/92	1	1986/92
Rodríguez-Piñero	4	1986/95	--	1992/95
Rodríguez Bereijo	2	1989/98	1	1995/98
Cruz Villalón	9	1992-01	2	1998-01
Jiménez de Parga	18	1995/04	3	2001/04
Casas Baamonde	17	1998/11	10	2004/10
Sala Sanchez	7	2004/13	--	2011/13

* Toda su estancia en el TC fue como presidente, desde el inicio del funcionamiento de la institución.

Fuente: base de datos propia.

La observación de la evolución de esta variable en la Corte argentina, y la actualización de datos que estamos realizando, permitirá mediciones y comparaciones muy útiles para corroborar el estado del liderazgo del presidente Lorenzetti ante las novedades que parecen estar produciéndose en el Tribunal.

V. A modo de conclusión

He tratado de desarrollar en este artículo la idea de la multiplicidad de efectos, tensiones e implicancias que el fallo Muiña ha desatado. Las consecuencias están lejos de poder mensurarse ahora y sólo el tiempo, y la observación de la evolución de las variables pertinentes y útiles para el análisis, permitirá estudios más desagregados y definitivos. Por lo pronto he considerado de interés presentar una desagregación descriptiva de efectos, algunos no tan visibles y poco comentados en los días posteriores de intensos debates y polémicas sobre la sentencia. También destacar algunas líneas de conexión entre aspectos que parecen no relacionados, y poner a disposición del lector algunos datos y material bibliográfico, producto de varios años de trabajo en temas vinculados a tribunales de última instancia, que pueden ilustrar y mejorar el debate, los análisis y las comparaciones.

Bibliografía

- BERCHOLC, Jorge O., (2004): La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad, Ediar, Buenos Aires.
- BERCHOLC, Jorge O., (2014): Temas de Teoría del Estado, La Ley-Thomson Reuters, 2º edición, Buenos Aires.
- BERCHOLC, Jorge O., (2015): Opinión Pública y Democracia, Lajouane, Buenos Aires.

- BERCHOLC, Jorge O., (2017): *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del Control de Constitucionalidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España
- BÖCKENFORDEE, (1999): *Verfassungsgerichtbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, en *Staat Nation Europa*, Frankfurt, Suhrkamp.
- LANDA, César, (2002): *La elección del juez constitucional*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 6.
- LÜBBE WOLFF, Gertrude (2016): *Cultures of Deliberation in Constitutional Courts*, artículo producido en Wissenschaftskolleg zu Berlin, publicado en *Justicia Constitucional*, Contexto, p. 37 y ss. Argentina.
- SAGÜÉS, Nestor, (1986): *El Derecho*, T° 118, Buenos Aires.
- VERDUGO Sergio R. (2011): *Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático*, RDUCN vol. 18 n° 2, pp. 217-272, Coquimbo. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200009>.

Pacto de San José. Fuente integradora del Derecho Nacional¹

Alfonso Jaime Martínez Lazcano²

Sumario

I. *Introducción*. II. *Sistema Americano de Derechos Humanos (SIDH)*. III. *Órganos competentes*. IV. *Jueces nacionales de los Estados Parte*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Recientemente hay un *boom* de artículos, libros y cursos que se refieren al SIDH, no es que sea un tema totalmente nuevo, pero ha llegado a la cúspide de su fuerza jurídico-ética y ha logrado llamar la atención ante la necesidad de su conocimiento de todo operador jurídico.

La creación SIDH es producto del desarrollo de muchas ideas de todo el mundo para afrontar los excesos del poder e inducir a los gobiernos a establecer políticas que incluyan a todos los seres humanos sin distinción.

Los derechos humanos representan la lucha permanente de la mayor parte de la sociedad, que exige a sus representantes que sean tratados con dignidad e inclusión en los beneficios del desarrollo humano a todos sin distinción, el contar con lo mínimo indispensable para la sobrevivencia y acceso a los beneficios de los avances de la ciencia y tecnología.

Este despertar e impulso mundial fue consecuencia principalmente de las atrocidades ocasionadas por las grandes guerras europeas del siglo XX que animaron el debate sobre la necesidad de establecer mecanismos jurídicos internacionales que impidan la repetición y promuevan la paz entre los hombres.

¹ Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que 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 (Preámbulo).

² Doctor en Derecho Público, Maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Diplomados en Juicio de Amparo, derecho procesal civil y mercantil. Profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad del Sur y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Panameña Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. @Abogadoscolegio.

*Los horrores y barbaries del fascismo, y especialmente del nazismo, provocaron una reacción e indignación mundial. Con claridad se vio que este planeta tenía una alternativa: vivir civilizadamente en regímenes democráticos y representativos donde se respete la dignidad humana o en regímenes salvajes donde impere la ley del más fuerte y del gorila.*³

En América la creación de instituciones supranacionales comenzó con la conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz realizada en la ciudad de México a principios de 1945.

Latinoamérica es una parte del planeta donde sus habitantes fueron saqueados, asesinados y sacrificado a los Dioses prehispánicos e impuestos nuevos amos, historia, idiomas y deidades. No fue un encuentro, sino un genocidio.

Después de un promedio de tres siglos de ser las colonias más extensas de España, Portugal, Francia e Inglaterra, surgió un cambio de independencia de Europa, pero el germen ya estaba sembrado.

Los nuevos caudillos se convirtieron en dictadores, el progreso e imitación siempre impuesto e impulsado desde el viejo mundo, salvo excepciones como el imperio de los Estados Unidos de Norteamérica.

Así despertamos de ser lo que dejamos de ser para seguir siendo lo que nos dicen que debemos ser.

Hoy Latinoamérica es un campo de violencia, de gobiernos formalmente democráticos y realmente regidos por señores y señoras caciques a merced de los intereses de grandes potencias o grupos económicos transnacionales, de desigualdades abismales, donde los derechos humanos tienen su mejor refugio en el paraíso de los conceptos más que en el infierno de la realidad.

A pesar que la mayoría de los gobiernos latinoamericanos cuentan con constituciones donde se pregonan el respeto a los derechos fundamentales, a los derechos humanos el establecimiento de sistemas democráticos, lo cierto es que no ha pasado del marco normativo, por lo que se requiere es una eficacia o vigencia cultural.

*“El orden normativo los tiene normalmente declarados –tanto en sede interna, como en sede internacional–, pero falta aún un trecho, a veces bastante largo, para que se hagan efectivos y exigibles”.*⁴

Como el sistema democrático es la justificación de todo gobierno y el respeto de los derechos humanos implica por sí mismo la legitimidad del ejercicio del poder, los grupos poderosos sólo son formalmente populares.

*“Es indudable que históricamente ‘democracia’ tiene dos significados preponderantes, por lo menos en su origen [...] que el poder político sea distribuido efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos [...] o el ideal en el cual un gobierno democrático debería de inspirarse, que es la igualdad”.*⁵

El informe más reciente (2012) sobre violencia y homicidios de la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Delito, dio a conocer que América Latina es

³ FIX ZAMUDIO, H., Protección Internacional de los Derechos Humanos, Platense SRL, Buenos Aires, 2010, p. 25.

⁴ BIDART CAMPOS, G., Teoría General de los Derechos Humanos, UNAM, México, 1993, p. 191.

⁵ BOBBIO, N., Liberalismo y democracia, Fondo de la Cultura Económica, 2005, p. 35.

la región continental más violenta del mundo; que México y Centroamérica son la segunda subregión con mayor violencia, sólo después de la sudafricana. Parte de esta problemática afecta en gran parte a las mujeres. Lo lamentable es que las instituciones no han podido frenar el fenómeno de la violencia, pero no sólo eso son un factor de su proliferación.⁶

Una razón por la eficacia de la protección de derechos humanos en Latinoamérica es la concentración de los recursos, “la acumulación de todo poder [económico y político] comporta –con independencia de quién lo detente– una inevitable amenaza para las libertades de las personas”.⁷

Sin que sea un panorama integral, es factible partir de los siguientes datos, que son el contexto no sólo de México, sino casi de toda Latinoamérica.

La globalización ha provocado que los países más ricos se vuelvan más ricos; que las desigualdades sociales sean cada vez más abismales.⁸

De acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación Política de Desarrollo Social, en México el 45.5% de la población vive en estado de pobreza, lo que representa 53.3 millones de personas, y 11 millones 529 mil personas viven en pobreza extrema, es decir, el 9.8 por ciento.⁹

En contraste, según la revista Forbes, México por cuatro años seguidos ha tenido al hombre más rico del mundo, con un patrimonio neto de hasta cuatro mil millones dólares desde 2012;¹⁰ además, Gilberto Lavenant, señaló que en el 2012, los 7 partidos nacionales con registro, recibieron prerrogativas del gobierno federal, por un monto de 3 mil 361 millones 120 mil 841 pesos [254,630,367.00 USD].¹¹

En junio de 2013 el Instituto Nacional de Geografía y Estadísticas,¹² informó que el nivel de desempleo se situó en 5.9%, 0.2 puntos porcentuales por encima de la tasa registrada en mayo de ese mismo año.

⁶ Jornada, 2014.

⁷ FERRAJOLI, L. El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 15.

⁸ Dependencia hacia los países capitalistas por ayuda a naciones del tercer mundo (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), que la economía se base en decisiones tomadas por empresas multinacionales; que se haya inundado el mercado nacional con productos de mala calidad desplazando por producidos en el país; que se atente contra el medio ambiente; la fuga de ganancias, etcétera.

⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Obtenido de Coneval: web.coneval.gob.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza%202012/CUADRO%201_POBREZA_2012_CON_COMBUSTIBLE.jpg. (Consultado el 16 de mayo de 2014).

¹⁰ Forbes. Obtenido de: <http://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.forbes.com/pictures/mel45ghdi/carlos-slim-helu-> (Consultado el 16 de mayo de 2014).

¹¹ LAVENANT, G., Monitor económico. obtenido de: <http://monitoreconomico.org/noticias/2012/oct/14/palco-de-prensa-la-partidocracia/> (Consultado el 16 de mayo de 2014).

¹² Al Momento. Obtenido de: <http://www.almomento.mx/crece-cifra-de-desempleo-a-4-9-inegi/> (Consultado el 16 de mayo de 2014).

El INEGI, que considera empleadas a las personas mayores de 14 años que trabajan al menos seis horas a la semana y en cualquier puesto, situó la tasa de ocupación en el 95.01% de la PEA.

De esa población las personas en la economía informal representaron el 58.26% del total, por debajo del 60.21% que había en junio de 2012.

Manuel Atienza citado por González Placencia y Morales Sánchez:

*“El Derecho –también el de los Estados democráticos– presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo [...] Esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico [...] y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad o la injusticia, sería extraño que el Derecho [...] no reflejara de alguna forma esa circunstancia[...] Lo que da sentido al Derecho no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos o más realistas: la lucha contra la injusticia”.*¹³

La protección de los derechos humanos siempre ha sido una lucha permanente de los débiles y marginados contra los que detentan el poder, ahora los países de Latinoamérica que conforman el SIDH, adheridos más a éste para legitimar la endeble democracia todavía imperante que por convicción, así los Estados parte han sido rebasados por los esquemas propuestos e impuestos por expertos en derechos humanos, que por la regulación endémica de los parlamentos y las Cortes nacionales.

Ahora también hay una lucha “contra el viejo paradigma legista, que postulaba la supremacía de la ley, la vinculación del juez y la omnipotencia del legislador”¹⁴ que debe sujetarse a los principios esenciales de los derechos humanos.

Esencialmente porque las soluciones a las insuficiencias humanas son tan diversas que requieren una atención flexible y apegada a la realidad más que a fórmulas *a priori*, “...el fundamentar los derechos humanos en las necesidades del hombre viene a ser sólo un aspecto pragmático del fundamentarlos en la naturaleza humana, que es el aspecto ontológico”.¹⁵

Sin embargo, más que un problema de escasez, es una situación de distribución de satisfactores, como el destacado Oscar Correas opina: “la humanidad ha llegado a un grado de desarrollo que permitiría la vida buena para todos. Pero el desarrollo social, esto es, las relaciones sociales, impiden el goce de la vida buena para todos. De ahí que el segundo entre los derechos humanos, es el derecho al cambio social.

¹³ GONZÁLEZ PLACENCIA, L. y MORALES SÁNCHEZ, J., Derechos Humanos actualidad y Desafíos. En G, p. Sánchez, Derechos Humanos, Fotamara, México, 2012, p. 111.

¹⁴ FERRAJOLI, L., El Garantismo y la Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 13.

¹⁵ BEUCHOT, M., Derechos Humanos. Historia y Filosofía, Fontamara, México, 2011, p. 49.

Derecho que tienen, desde luego, obligados: los que poseen lo que sería necesario obtener para garantizar el goce principal para todos”.¹⁶

II. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)



Es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de derechos humanos para la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América que se han adherido a este régimen, el cual es supervisado por dos instituciones internacionales de ámbito regional: la Comisión IDH y la Corte IDH y en el plano interno todos los jueces nacionales de los Estados parte en base a un conjunto de reglas, principios y directrices.

El SIDH no es aceptado por todos los Estados de América, países del Caribe anglófono, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá no son parte, pero en contraste, estos dos últimos son los que aportan más recursos económicos para su financiamiento, lo cual hace que prácticamente sea un sistema Latinoamericano, no por ello reducido geográficamente, al ejercer su jurisdicción a aproximadamente a 600 millones de personas.

III. Órganos competentes

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte en esta Convención IDH o Pacto de San José:

- a. la Comisión IDH;
- b. la Corte IDH, y
- c. los jueces nacionales de los Estados parte.

¹⁶ CORREAS, O., Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo, Coyoacán, México, 2003, p. 9.

III.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones de derechos humanos en los países que son parte de la OEA y decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas, las medidas que tiendan a reparar la trasgresión, mediante el sistema de petición individual; el examen de la situación de los derechos humanos y la atención a temas que se relacionen con su finalidad.

*“La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal... Fue creada por la OEA en 1959.”*¹⁷

La CIDH sesiona por primera vez en 1960, y al año siguiente comienza a “... realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 92 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales... desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en procesamiento. Los informes finales publicados en relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país”.¹⁸

III.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte [IDH] quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense.¹⁹

La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981.²⁰

III.2.1. Estados que admiten la jurisdicción de la Corte IDH

Son diecinueve los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay,

¹⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultado el 6 de mayo de 2014).

¹⁸ Ídem.

¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2011, p. 107.

²⁰ Ídem.

Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay. Lo que equivale al 54% del total de los países de América.

III.2.2. Caso Venezuela

“El 10 de septiembre de 2012 el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia, fechada el 6 de septiembre de 2012, por parte del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Venezuela. De conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 de la Convención Americana, la denuncia surte efecto a partir del 10 de septiembre de 2013, cumplido el preaviso de un año previsto en dicho artículo”²¹

Venezuela ha dejado de ser parte de la Convención IDH y como consecuencia la Corte IDH ha dejado de tener jurisdicción en ese país, sin embargo, como Venezuela es parte de la OEA la Comisión IDH seguirá teniendo facultades para analizar la situación en ese país, pero sus decisiones no son vinculantes, en base a las obligaciones suscritas en la Carta de la OEA y en la DADDH.

Los casos que se refieran al periodo comprendido desde que Venezuela ratificó la Convención IDH el 23 de junio de 1977 y hasta antes de la denuncia el 10 de septiembre de 2013 siguen estando sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH.

III.2.3. Competencia y funciones

La Corte IDH tiene dos funciones esenciales, la consultiva y la contenciosa, así lo determina el artículo 2 del Estatuto de Corte IDH, de Competencia y Funciones: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

a) Consultiva

Es una importante atribución que permite a la Corte IDH decidir sobre aspectos que no han sido sometidos a su jurisdicción contenciosa y demuestra el interés de los solicitantes de ajustarse a los parámetros de del SIDH.

“La función consultiva “tiene por finalidad –ha dicho la Corte– coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tiene atribuidos los distintos órganos de la OEA”. Esta función no ingresa en cuestiones contenciosas, pero tampoco se contrae a temas académicos o doctrinales: su materia debe poseer relevancia práctica, acreditada en la realidad”²²

El tema es si la función Consultiva tiene o no fuerza vinculante para los Estados Parte, el destacado jurista mexicano ex Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez opina: “La Corte ha manifestado con cautela acerca del valor de sus opiniones consultivas: carecen de efectos vinculantes para los Estados. Sin embargo, cierta doctri-

²¹ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> (Consultado el 18 de diciembre de 2013).

²² GARCÍA RAMÍREZ, S., La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011, p. 117.

na sostiene otra cosa, y algún Estado ha adoptado una posición que pudiera anunciar el rumbo del futuro: la opinión obliga al Estado que la requiere”.²³

b) Contenciosa

La Corte IDH es un órgano jurisdiccional supranacional que conoce del proceso de amparo transnacional. Recibe demandas de los Estados parte y de la Comisión IDH sobre peticiones de casos que previamente se sustanciaron ante esa instancia.

IV. Jueces nacionales de los Estados parte

Los jueces nacionales son parte del SIDH, quizá la estructura más importante y cuantitativamente mayor, porque desde que un operador jurídico empieza a conocer de un proceso debe aplicar e interpretar la solución a los casos dándole jerarquía superior al *corpus iuris Latinoamericano* frente a las fuentes nacionales cuando sean contrarias a éste.

Así en el ámbito interno tenemos una compleja red de órganos jurisdiccionales contruidos de acuerdo a la cultura jurídica local, que son el primer filtro de tutela, la primera instancia de solución a los problemas jurídicos, pero si ésta no es eficaz o los medios de impugnación no son sencillos o no se observa el *Corpus Iuris Latinoamericano*, es factible la garantía de la doble instancia del SIDH por medio de una organización internacional conectada directamente con la local al nutrirla del derecho convencional.

IV.1. Control difuso de convencionalidad

Es la parte más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional”.²⁴

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional”.²⁵

²³ *Ibidem*, p. 119.

²⁴ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Reflexiones y Desafíos de la Justicia Constitucional”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, México, 2013, p. 54.

²⁵ VELANDIA CANOSA, E. A., Control Jurisdiccional de la Inconstitucionalidad e inconventionalidad por Omisión. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, *Revista Jurídica Primera Instancia*, México, 2012, p. 198.

IV.2. Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el Corpus Iuris Latinoamericano en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventionales,²⁶ y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

El 20 de marzo de 2013 la Corte IDH emitió una importante resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, (teniendo como precedente los *Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302), para dimensionar el compromiso de los operadores jurídicos de los Estados parte que deben de sujetarse al *Corpus Iuris Latinoamericano* aún en contra del derecho interno, lo cual me parece fabuloso:

Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades interinas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.²⁷ Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁸

²⁶ Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (a. 2 de la Convención IDH).

²⁷ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302.

²⁸ Párrafo 66.

En este mismo fallo la Corte IDH hace una distinción entre los países que son parte en un proceso internacional y los que no, respecto de la jurisprudencia que generó en cada caso, concluyendo que en ambas situaciones es vinculativa para los Estados parte del SIDH:

De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.²⁹

En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.³⁰

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.³¹

IV.3. Principio *pro homine*

“El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y,

²⁹ Párrafo 67.

³⁰ Párrafo 68.

³¹ Párrafo 69.

por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio”.³²

IV.4. Jurisprudencia

También es fuente vinculante para los Estados la jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia que emite la Corte IDH.

Cada sentencia de la Corte IDH es una jurisprudencia, no como por ejemplo en México que para que tenga ese estatus (obligatoria) un criterio judicial debe reiterarse en varios casos el mismo sentido, además de la existencia de otros medios de creación.

“El primer nivel jurisprudencial está constituido por las sentencias o fallos de las Cortes, Tribunales, Salas Constitucionales o Cortes Supremas que se encuentran en el mismo plano o posición horizontal y las decisiones de los Tribunales Internacionales jerárquicamente superiores constituye un sistema vertical frente a las primeras y son los encargados de integrar la interpretación de los instrumentos internacionales de protección los derechos humanos”.³³

V. Conclusiones

Desde 1948 con la Carta de la OEA y la DADDH a la contundencia de resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay el 20 de marzo de 2013 de la Corte IDH, el SIDH se ha ido propagando para transformarse prácticamente de la forma complementaria y subsidiaria a un sistema invasivo, terapéutico e integrador a través del control difuso de convencionalidad.

He utilizado la metáfora del *Big Bang* para explicar la expansión constante del SIDH, ya que cada hora el universo se expande más de mil millones de kilómetros en todas direcciones, asimismo los derechos humanos están en expansión, porque el SIDH es abierto y dinámico, no sólo lo conforman las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriendo con la interpretación y aplicación de sus instituciones y esto lo hace dinámico, a causa de que van incorporando al *Corpus Iuris Latinoamericano* los criterios vía jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, los cuales son una especie de actos materialmente legislativos de ámbito internacional, y ahora nacional.

También pudiera hacerse la analogía de que el SIDH es un *hoyo negro que se ha “tragado”* a los sistemas nacionales.

³² BARAJAS SÁNCHEZ, Oscar, El Principio Pro Homine y la Cláusula de Interpretación Conforme, publicado en Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012, p. 57.

³³ MORENO ALFONSO, R., El Valor Jurisprudencial de los Tribunales Internacionales en el Derecho Local. En A. J. Martínez Lazcano, Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Revista Jurídica Primera Instancia, México, 2012, p.

El destacado jurista colombiano Rey Cantor explica:

*“el SIDH gira en alrededor del principio de subsidiariedad, por lo cual no existe un acceso directo a la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por lo tanto deberá interponerse y agotarse los recursos de jurisdicción interna, según la preceptuado por la Convención...”*³⁴

Actualmente esta afirmación puede sufrir variantes, una es que los jueces nacionales son parte del SIDH, quizá la estructura más importante y cuantitativamente mayor, porque desde que un operador jurídico empieza a conocer de un proceso debe aplicar e interpretar la solución de los casos dándole una jerarquía superior al *Corpus Iuris Latinoamericano* frente a las fuentes nacionales cuando sean contrarias a éste.

Así en el ámbito interno tenemos una compleja red de órganos jurisdiccionales contruidos de acuerdo a la cultura jurídica local, que son el primer filtro de tutela, la primera instancia de solución a los problemas jurídicos, pero si ésta no es eficaz o los medios de impugnación no son sencillos o no se observa el *Corpus Iuris Latinoamericano*, es factible la garantía de la doble instancia del SIDH por medio de una organización internacional conectada directamente con la local al nutrirla del derecho convencional.

No en todos los casos es una exigencia agotar los recursos internos, lo cual es un contra sentido, porque si se activa la segunda instancia es porque los recursos nacionales no ha sido eficaces, de lo contrario no *prima facie* no sería procedente la intervención supranacional, toda sentencia que condene a un Estado parte evidencia que los recursos u operadores internos convencionales no son eficaces.

El SIDH no es complementario es invasivo, terapéutico e integrador, pensar que es el *Corpus Iuris Latinoamericano* es un complemento del derecho interno en materia de derechos humanos es contrario a la Convención ADH.

El efecto invasivo e integrador lo tenemos en el a. 1º: “Los Estados Partes en esta Convención se *comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*”.

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

Además, el SIDH no es subsidiario o secundario es invasivo y saneador, concluir que el *Corpus Iuris Latinoamericano* suple al derecho nacional es contrario a la Convención ADH, porque más bien es lo opuesto, el *Corpus Iuris Latinoamericano* tiene un papel principal en derechos humanos y el derecho interno es secundario y sujeto a ignorar cuando sea antagónico, así lo prevé el 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 dere-*

³⁴ REY CANTOR, Ernesto, Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, publicado en la obra colectiva, “Derechos humanos Actualidad y desafíos”, Editorial Fontamara, México, 2012, p. 25.

chos 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.

En este sentido el mismo Rey Cantor dice: “Aspecto procesal: la jurisdicción nacional colombiana [como cualquier Estado parte] (jurisdicciones penal, contenciosos-administrativo, constitucional, etc.), es la jurisdicción principal, mientras que la jurisdicción internacional de derechos humanos... es jurisdicción subsidiaria o complementaria a la jurisdicción nacional.³⁵

Considero que también lo expresado por el talentoso Maestro Cantor tiene sus matices, la jurisdicción suprema, como en el ámbito nacional son los tribunales de última instancia, que no necesariamente en todos los procesos se llega a las cortes superiores Latinoamericanas, éstas conocen de los menos asuntos, igual los casos que tocan a la Corte IDH, que como dije es un tribunal de segunda instancia del *Corpus Iuris Latinoamericano*, que no es ni superior ni inferior, ni principal ni subsidiaria ni competencia sino que tiene una diversa competencia, revisar los actos u omisiones que presenta a su consideración la Comisión IDH por posibles violaciones al derecho convencional.

Se podría decir, que no es así porque la Corte IDH no puede ejecutar sus propias determinaciones, ningún órgano jurisdiccional por sí mismo lo hace, requiere del auxilio de otros.

Bibliografía

- BARAJAS SÁNCHEZ, Oscar, El Principio *Pro Homine* y la Cláusula de Interpretación Conforme. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, México, 2012.
- BEUCHOT, M., *Derechos Humanos. Historia y Filosofía*, Fontamara, México, 2011.
- BIDART CAMPOS, G., *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993.
- BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, Fondo de la Cultura Económica, 2005.
- CORREAS, O., *Acercas de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, Coyoacán, México.
- FERRAJOLI, L. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- FIX ZAMUDIO, H., *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Platense SRL, Buenos Aires, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2011.

³⁵ REY CANTOR, Ernesto, *op. cit.*, p. 27.

V. Pactos Nacionales e Internacionales
y derechos humanos

GONZÁLEZ PLACENCIA, L. y MORALES SÁNCHEZ, J., Derechos Humanos actualidad y Desafíos. En G, p. Sánchez, *Derechos Humanos*, Fotamara, México, 2012.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Reflexiones y Desafíos de la Justicia Constitucional”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, México, 2013.

MORENO ALFONSO, R., El Valor Jurisprudencial de los Tribunales Internacionales en el Derecho Local. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, México, 2012.

REY CANTOR, Ernesto, Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, publicado en la obra colectiva, “Derechos humanos Actualidad y desafíos”, Editorial Fontamara, México, 2012.

VELANDIA CANOSA, E. A., Control Jurisdiccional de la Inconstitucionalidad e inconventionalidad por Omisión. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, México, 2012.

Hemerografía

Jornada, 2014.

Legisgrafía

Convención ADH.

Páginas de internet

Al Momento. Obtenido de: <http://www.almomento.mx/crece-cifra-de-desempleo-a-4-9-inegi/>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Obtenido de CONEVAL: web.coneval.gob.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza%202012/CUADRO%201_POBREZA_2012_CON_COMBUSTIBLE.jpg.

Forbes. Obtenido de: <http://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.forbes.com/pictures/mel45ghdi/carlos-slim-helu-> (Consultado el 16 de mayo de 2014).

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultado el 18 de diciembre de 2013).

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp>

LAVENANT, G., *Monitor económico*. Obtenido de: <http://monitoreconomico.org/noticias/2012/oct/14/palco-de-prensa-la-partidocracia/>

Corte IDH

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302.

El impacto de las fuentes constitucionales y convencionales en la enseñanza y aprendizaje de la teoría del proceso

Juan Angel Salinas Garza¹

Sumario

I. Introducción; II. Visión Constitucional de la Teoría del Proceso III. Estudio Clásico de la Teoría del Proceso; IV. Constitucionalización del Derecho; V. Derechos Humanos y Proceso. VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Desde hace decenas de años, en México, como en gran parte de las universidades de Latinoamérica, el estudio de la teoría del proceso se ha basado en excelentes autores que nos enseñan las reglas y principios básicos que rigen en el ámbito jurisdiccional, sin embargo, el gran auge y desenvolvimiento de los Derechos Humanos, de las Cortes Internacionales y de las propias Cortes Supremas Nacionales, han introducido gran cantidad de principios y derechos que modifican sustancialmente los principios y reglas que han de seguirse en los procesos para respetar sobre todo la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Desde esta perspectiva, el presente artículo tiene como objetivo hacer patente el tránsito del estado legal de derecho, al estado constitucional de derecho y el impacto que ello presupone en la enseñanza y aprendizaje de la teoría del proceso, sobre todo ampliando los horizontes de su aprendizaje hacia nuevas fuentes y principios que se han vuelto básicos e imprescindibles en la función jurisdiccional y la defensa de los derechos.

II. Visión Constitucional de la Teoría del Proceso

El proceso en cualquiera de sus materias en que se aplique como instrumento que sirve al derecho y al acceso a la justicia, ha dejado de ser solo una serie de formas y ritos que se plasman en las codificaciones adjetivas estatales, para nutrirse de una

¹ Doctor en Derecho; Master en Derecho Privado; Master en Derecho Fiscal; Catedrático de la Facultad de Derecho y Criminología UANL; Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL; Investigador Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT. Líneas de Investigación: Derechos Procesal, Derecho Constitucional, Derecho Público, Argumentación e Interpretación. Abogado Postulante. Correos electrónico: jas_lawyer@hotmail.com; dr.jasg@hotmail.com Página web: www.juanangelsalinasgarza.com

serie de principios e instituciones que le dan un sentido humano de protección. En ninguno de los ámbitos que incumben a la ciencia jurídica podemos pasar por alto la tendencia a la constitucionalización de los derechos más preciados por el ser humano, porque dicho fenómeno alcanza no solo al derecho, sino que vincula a todas las autoridades del Estado para delimitar y transformar profundamente el ámbito de sus funciones y la interpretación de las normas.

Hoy en día para el debido ejercicio de los derechos, para el acceso a una justicia plena y para lograr una tutela judicial efectiva, no basta el estudio tradicional de las normas que se contienen en la legislación estatal, la teoría del proceso ha rebasado fronteras y soberanías estatales, conformándose y nutriéndose de normas, principios, instituciones e interpretaciones nacionales y supra nacionales, las cuales si bien hacen referencia a otras muchas instituciones estudiadas en los clásicos estudios de la teoría del proceso, su visión es completamente distinta, lo que justifica su estudio. En un libro de muy alta calidad e imprescindible para el entendimiento de la actual jurisdicción, NICOLA PICARDI nos comenta:

*“Hasta hoy tales nociones han sido, en efecto, construidas en el cuadro del Estado de Derecho y sobre la base del principio del monopolio estatal del procedimiento. Sin embargo, ya se observó (v. retro § 7) como tal monopolio se ha debilitado profundamente. El procedimiento no constituye más un derecho exclusivo del Estado, reglas de diverso origen, en buena parte extraestatales, disciplinan hoy nuestro proceso. No nos movemos ya en la óptica de la autolimitación del Estado y, por tanto, en el ámbito del Estado de Derecho”.*²

Así las cosas, nos es preciso analizar esas “reglas de diverso origen” que nos menciona Picardi, quizás complementado a la teoría del proceso con una teoría de la tutela judicial efectiva, sin pretender siquiera insinuar que la teoría del proceso se ha visto rebasada, o que ya no es propio su estudio, porque el análisis tradicional de las formas procesales es sin duda una de las más importantes asignaturas para el profesionalista del derecho, pero ante nuevos paradigmas del derecho procesal hay que añadir diversos estudios que complementen la actual dimensión del proceso jurídico.

III. Estudio Clásico de la Teoría del Proceso

Hasta nuestros días es común que en las Universidades se imparta la asignatura denominada “Teoría General del Proceso”, en donde los programas de la materia tienden a analizar los conceptos e instituciones básicas para entender el proceso, incluso, en su mayoría los libros especializados en la materia se estructuran dogmáticamente bajo semejantes cánones. De esta forma analizan el proceso jurisdiccional y las formalidades esenciales del procedimiento, algunos de ellos iniciando por el análisis de la autocomposición y la heterocomposición tratando inicialmente de definir los conceptos más esenciales para la comprensión de la materia.

También se aborda la materia definiendo y conceptualizando al proceso y sus presupuestos, para luego establecer las formalidades y actuaciones procesales, las

² PICARDI, Nicola. La jurisdicción en el alba del tercer milenio. 1ª Ed. Communitas. Lima. 2009, p. 264.

partes o sujetos del proceso y la relación jurídica procesal, así como el estudio de la acción y la excepción, la jurisdicción y competencia, las incidencias, las notificaciones y los términos judiciales, las diversas clases de resoluciones judiciales, para culminar, normalmente con el estudio y comprensión de los medios de impugnación. En general se trata de enseñar y comprender el manejo formal de un proceso, por lo que partiendo de la terminología propia de la materia se pasa a la comprensión de las formas procesales.

En México, los estudiantes siempre han contado con excelentes obras de Teoría general del proceso, que de manera excelsa han formado (y siguen formando) a infinidad de futuros abogados, así como resultan ser magníficas fuentes de consulta para los abogados, profesores e investigadores, por ejemplo, las de CIPRIANO GÓMEZ LARA, JOSÉ OVALLE FAVELA, CARLOS ARELLANO GARCÍA, solo por citar algunas de las más utilizadas e imprescindibles durante la licenciatura. Sin duda que es merecido agradecer las obras de los mencionados ilustres procesalistas que han cimentado la enseñanza del proceso en el derecho mexicano.

También hemos contado con los grandes clásicos del derecho procesal, muchos de los cuales incluso han influenciado con sus aportaciones doctrinales la actualización y comprensión de las legislaciones de sus respectivos países y la forma de conceptualizar y entender al proceso y a la jurisdicción, sirviendo de ejemplo las obras de COUTURE, CHIOVENDA, CALAMANDREI, ROCCO, CARNELUTTI, ALCALÁ-ZAMORA, ALSINA y muchos más que han sido fuente de inspiración y citas de otros grandes y contemporáneos.³

Sin embargo, la constante en las obras que estudian la teoría del proceso es realizar un análisis profundo de las formas e instituciones procesales, más ajustadas a un Estado de derecho decimonónico, pero hoy es necesario complementar la teoría de proceso, con una visión constitucional y convencional de las diversas instituciones y principios que han venido modificando la forma de entender y hacer valer el proceso. Hoy en día muchos conceptos y formas procesales ya no pueden ser entendidos sin una visión distinta a la meramente adjetiva, pues se han venido interpretando y aplicando de una forma más compleja, por Cortes nacionales y supranacionales.

Para la comprensión más amplia y actual del proceso y sus formas es necesario analizar ciertos conceptos e instituciones a la luz de una visión más sustantiva, y es preciso reconocer que existe doctrina, criterios y jurisprudencias, que han modificado la forma de entender las instituciones procesales. De hecho, muchas veces, las formas tradicionales resultan trasgresoras de principios y conceptos modernos propios de un Estado constitucional de derecho y no podemos conformarnos con el simple conocimiento de los derechos fundamentales relacionados, porque la propia conceptualización clásica muchas veces varía sustancialmente, siendo preciso aprender otras dimensiones del Derecho procesal.

³ Las citas ejemplificativas de destacados autores del proceso, tanto clásicos como contemporáneos, son a nivel ejemplificativo, sin pretender en ninguna forma colmar la lista, pues son numerosos los autores que tratan y han tratado el tema de manera excelente y ejemplar.

En este sentido, es necesaria una reforma profunda a los programas de la carrera de derecho para incluir materias que permitan al estudiante y a los propios abogados, un entendimiento más profundo y sustancial de las formas procesales. La Teoría general del proceso resulta imprescindible para la formación académica del abogado, pero las Universidades y Facultades de Derecho tienen que complementar la materia de la “Teoría general del proceso” con otras nuevas asignaturas que enseñan diversas concepciones modernas de entender el proceso y la jurisdicción, y se estima que el estudio de la Teoría de la tutela judicial efectiva es una de esas posibilidades.

Para la comprensión y aplicación de las instituciones de la Teoría general del proceso resulta insuficiente memorizar los libros y conocer el contenido de los códigos procesales; también es imprescindible vincular las instituciones procesales con un entendimiento sustancial de las normas y principios superiores que irrigan todo el sistema. Para ilustrar RODOLFO LUIS VIGO hace una comparativa muy importante de las diversas características de la ciencia jurídica y de la jurisdicción que se suscitaban en el denominado Estado de derecho legal y que ahora han variado profundamente en el Estado constitucional de derecho, entre ellas comenta sobre la enseñanza del derecho y sostiene: “*El modo de formar a un jurista conforme al paradigma de nuestras Facultades de Derecho funcionales en el EDL es básicamente el de memorizar la ley y repetirla en los exámenes, de manera que se desalienta: la capacidad crítica y operativa del alumno*”.⁴

Esa decimonónica forma de enseñanza es inconcebible en un Estado constitucional de derecho, en estos tiempos es indispensable tener conocimientos más profundos de principios y valores constitucionales y convencionales que impregnan todo el sentido del derecho, el estudiante de ahora debe tener la capacidad de cuestionar las instituciones bajo la base del conocimiento profundo y sustancial de los derechos humanos. El proceso no es la excepción pues muchas de las instituciones que lo conforman han sido impregnadas e interpretadas de forma diversa a la formalista, el mismo VIGO comenta: “*El jurista requerido por el EDC debe contar con un oído como para escuchar la música que tocan los principios, valores y derechos humanos especialmente contenidos en la Constitución y el derecho supranacional*”.⁵

Bajo esta óptica la Tutela judicial efectiva trata precisamente de enseñar esos principios, valores y derechos humanos que interactúan directamente con las instituciones procesales y que complementan la forma tradicional de entender la Teoría general del proceso, precisamente porque las principales instituciones que componen el estudio de esta teoría, como lo son la pretensión, la acción, la jurisdicción y el proceso han sido interpretadas bajo diversos cánones derivados de los derechos humanos, y dentro de esas instituciones se engloban otras muchas que también modifican al proceso atendiendo a sus fines, a los derechos y a las partes que acceden a la justicia.

⁴ VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho. del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2013, p. 13.

⁵ Ídem. P 14.

Para realmente formar profesionistas preparados para los actuales retos de la jurisdicción, resulta propio complementar la imprescindible Teoría General del Proceso con la Teoría de la tutela judicial efectiva, la cual mira al proceso no como simples formas y conceptos, sino como un debido proceso “*fair trial*”; a las partes no como simples contendientes, sino como seres humanos con muy distintos matices y particularidades que deben tutelarse para accederlos plenamente a la justicia, y mira al derecho no como una simple ley adjetiva, sino como el resultado de una actividad legislativa ajustada a los principios superiores que regula y como un contenido sustancial que debe ser respetado y alcanzado mediante el proceso. En relación con lo anterior ENRIQUE CARPIZO expresa:

“Si en el Estado Legal la inobservancia de formas procesales o procedimentales traía como consecuencia declarar improcedente la acción intentada o revocar un proceso sin importar los años que llevó tramitarlo, en el Estado Constitucional la idea es interpretarlas a favor del accionante en aras de tutelar sus derechos en forma efectiva y, por tanto, los aspectos adjetivos nunca podrán estar por encima de un derecho sustantivo, es decir, se preserva la forma pero no para obstaculizar el acceso a la justicia, sino para garantizarlo”.⁶

IV. Constitucionalización del Derecho

La constitucionalización de los derechos y la irradiación de sus valores en el sistema jurídico es una realidad que no puede ser hoy pasada por alto; esa realidad nos lleva a la imperiosa necesidad de actualizar nuestra visión del concepto de Derecho y de sus formas de acceso a la justicia. Pero no solo el derecho sustantivo presenta variables en su contenido e interpretación, sino que el proceso humanizador del Derecho ha alcanzado a todos los ámbitos jurídicos. El proceso como conjunto de formas para el desarrollo del litigio y resolución de la controversia también cuenta con un contenido sustancial y con una interpretación conforme, lo que nos precisa entender en que consiste el nuevo paradigma.

Muchos son los autores que han estudiado bajo diversas posturas y teorías la “flexibilización” del Derecho, el paso de un concepto de derecho decimonónico, inflexible, intocable e inalterable donde conceptos como vigencia y validez eran distinguidos pero no independientes, en tanto una norma por su vigencia (y desde luego por derivar de su legal proceso de creación), era ya por eso válida y obligatoria, y consecuentemente se consideraba justa y aplicable; en esos tiempos no lejanos, teníamos un concepto formalista del Derecho; lo que implicaba que el derecho surgido de los legisladores o de los parlamentos no era del todo objetable y no dependía de criterios sustantivos o superiores para su validez y aplicación.

Antes de hacer brevísima referencia a algunos de esos autores y sus posturas jurídicas no se puede dejar de hablar del punto de quiebre de la visión paleo ius positivista que imperó inflexiblemente hasta antes de la Segunda guerra mundial. Sin pretender ser exhaustivos en el tema, para comprender un poco los cambios que hoy

⁶ CARPIZO, Enrique. Del estado legal al constitucional de derecho. 1ª Ed. Porrúa. México. 2014, p. 49.

imperan, y con ello percibir la actual visión del Derecho y sobre todo del procesal nos constriñe hablar un poco sobre el desarrollo de los derechos humanos de sus principios, valores, directrices y otras conceptualizaciones que se vieron desarrolladas a partir de los denominados juicios de Núremberg, pues es notoriamente conocido que ahí inician grandes cambios jurídicos del actual Estado de derecho.

Partiendo de una visión decimonónica de derecho *ius positivista*, puede pensarse que las normas creadas en un determinado país, bajo los procedimientos estandarizados para la creación de sus leyes, son de cumplimiento obligatorio, y por ello aplicarse el principio que dice: “nadie puede ser sancionado por el cumplimiento del derecho”. Este entendimiento puede llevarnos a posturas hoy insostenibles, como por ejemplo pensar que cualquier norma jurídica creada formalmente debe ser acatada por los particulares o por las autoridades a quienes se dirige, y que su cumplimiento no podrá acarrear sanciones, por no sernos permitido desconocer ese derecho.

Para visualizar más claramente esto basta un ejemplo claro y probablemente extremo, pero válido. En un determinado Estado se dicta una norma que obliga a exterminar a un pueblo étnico por cuestiones religiosas, raciales, xenofóbicas, etc., los destinatarios de la norma (pensemos que la policía o el ejército) cumplen con la ley y exterminan un pueblo entero. ¿Hasta dónde nos es posible alegar que al cumplir esa norma no vulneramos el derecho humano a la vida del pueblo exterminado?, ¿hasta dónde nos es posible identificar a esa norma o ley con el “derecho”?, ¿los ejecutores pueden alegar que era su obligación cumplir con esa ley?, si con posterioridad al hecho se juzga judicialmente a quienes acataron esa ley ¿pueden defenderse aduciendo que estaban obligados a cumplirla porque fue emitida por su “Congreso”, o porque fueron “órdenes superiores”?

Una malentendida visión *ius-positivista* del concepto de derecho pudiera llevarnos a contestar afirmativamente las anteriores interrogantes. De hecho, fue algo semejante lo que no llevó a actualizar nuestra actual visión del derecho, veamos. En el entorno de la Segunda guerra mundial, todos conocemos los horrores de la política antisemita Nazi, la historia se ha encargado de condenar los terroríficos actos realizados principalmente contra el pueblo judío. Por los años de 1933, llegado Hitler a las altas esferas del poder, se continuo muy fuertemente con una campaña antisemita que prácticamente era la bandera del discurso de los jefes nazis, de esta forma en el año de 1935 se decretan las conocidas como leyes de Núremberg, que se trata de dos leyes racistas y xenofóbicas, una de ciudadanía y otra para la protección de la sangre alemana, por la importancia de estas leyes enseguida se citan textualmente:⁷

⁷ El texto de estas leyes de Núremberg se encuentra y fue descargado para este trabajo de la siguiente página web: <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/leyesnuremberg.pdf>

Leyes de Núremberg 15 de septiembre de 1935

Ley de ciudadanía del Reich y Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935. En: Boletín Oficial del Reich, año 1935, parte I, pp. 1146-1147

El Reichstag ha sancionado por unanimidad la siguiente ley, que queda promulgada por la presente.

Artículo 1º

- 1) *Será considerado ciudadano con todas las responsabilidades inherentes todo aquel que disfrute de la protección del Reich alemán y que por ello esté en especial deuda con él.*
- 2) *La ciudadanía se adquiere de acuerdo con las normas que establecen las leyes del Reich y de ciudadanía nacional.*

Artículo 2º

- 1) *La ciudadanía del Reich se limitará a los connacionales de sangre alemana o afín que hayan dado debida prueba, a través de sus acciones, de su voluntad y disposición de servir al pueblo y al Reich alemán con lealtad.*
- 2) *Los derechos de ciudadanía del Reich se adquieren mediante la obtención de la carta de ciudadanía del Reich.*
- 3) *El ciudadano del Reich es el único titular de todos los derechos políticos de acuerdo con lo establecido por la ley.*

Artículo 3º

El Ministro del Interior sancionará, previo acuerdo del representante del Führer, los reglamentos jurídicos y administrativos necesarios para hacer cumplir y complementar la ley de ciudadanía del Reich.

Nuremberg, 15 de septiembre de 1935 Día de la Libertad

El Führer y Canciller del Reich

Adolf Hitler

El Ministro del Interior Frick

Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935

Imbuídos de la conciencia de que la pureza de la sangre alemana constituye la condición imprescindible para la continuidad del pueblo alemán y animados por la voluntad indeclinable de asegurar el futuro de la nación alemana por todos los tiempos, el Reichstag ha sancionado por unanimidad la siguiente ley, que queda promulgada por la presente:

Artículo 1º

- 1) *Quedan prohibidos los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín. Los matrimonios celebrados en estas condiciones son nulos aun si hubieren sido celebrados en el extranjero a fin de evitar ser alcanzados por la presente ley..Nº 100 –Fecha de edición: Berlín, 16 de septiembre de 1935 1147 Nº 100 - Fecha de edición: Berlín, 16 de septiembre de 1935 1147*

2) Únicamente el representante del ministerio público podrá elevar una demanda de nulidad.

Artículo 2°

Queda prohibido el comercio carnal extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín.

Artículo 3°

Los judíos no podrán emplear en su hogar a ciudadanas de sangre alemana o afín menores a los 45 años.

Artículo 4°

- 1) *Queda prohibido a los judíos izar la bandera del Reich o la enseña nacional como así también exhibir los colores patrios.*
- 2) *En cambio quedan autorizados a exhibir los colores judíos. El ejercicio de esta autorización queda sometida a protección estatal.*

Artículo 5°

Quien infrinja la prohibición establecida en el artículo 1° será castigado con pena de presidio. Todo hombre que infrinja la prohibición establecida en el artículo 2° será castigado con pena de prisión o presidio.

Quien infrinja las disposiciones de los artículos 3° o 4° será castigado con arresto en cárcel de hasta un año y/o el pago de una multa.

Artículo 6°

El Ministro del Interior sancionará, previo acuerdo del representante del Führer, los reglamentos jurídicos y administrativos necesarios para hacer cumplir y complementar la ley de ciudadanía del Reich.

Artículo 7°

La ley entrará en vigor el día siguiente a su promulgación; el artículo 3 sólo entrará en vigor a partir del 1° de enero de 1936.

Nuremberg, 15 de septiembre de 1935, Día de la Libertad

El Führer y Canciller del Reich

Adolf Hitler

El Ministro del Interior Frick

El Ministro de Justicia Dr. Gürtner

El representante del Führer R. Hess

Ministro del Reich sin cartera.

Un breve repaso a las anteriores normas nazis, puede evidenciar contundentemente su alto contenido xenofóbico y racista, con ellas podemos constatar el peligro de la aplicación irrestricta y malentendida del paleo-iuspositivismo, y además podemos hacer varias reflexiones y cuestionamientos: ¿realmente cualquier norma o ley creada formalmente por las autoridades de un Estado (como las anteriores leyes) pueden ser consideradas derecho?; ¿pueden las autoridades creadoras de leyes de un Estado establecer cualquier contenido, incluso xenofóbico o racista, en sus leyes?; si leyes como las antes mencionadas se decretan en nuestro País ¿estamos obligados a acatarlas?

En nuestros días podemos afirmar tajantemente que no cualquier ley puede ser considerada derecho, porque no puede llamarse derecho a una norma que vulnera los más básicos y preciados valores humanos, por lo tanto ningún Estado, ni bajo el argumento de ser soberano, puede decretar leyes que trasgredan los derechos humanos más básicos; ello nos conlleva a sostener que no pueden las autoridades creadoras de leyes de ningún Estado, establecer cualquier contenido sustantivo en sus normas, sino que ellas deben ser acordes a un sistema de derechos humanos, y que por lo tanto, no estamos obligados a cumplir las normas como las mencionadas, pues veremos que existen diversos mecanismos de control de normas, así como la desobediencia civil y la objeción de conciencia que implican desatención de leyes de contenido irracional.

Después del dictado de las antes señaladas leyes antisemitas, y durante la Segunda Guerra Mundial se cometieron innumerables crímenes considerados de lesa humanidad principalmente contra los judíos (aunque no solo en contra de ellos) por los nazis, pueden llenarse cientos de páginas para describirlos, pero para este estudio nos bastan algunas citas, en principio un apartado de la obra de ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ:

“Los crímenes masivos se iniciaron entre agosto y septiembre de 1941 mediante un sistema que incluía tres fases: deportación en ferrocarril, confinamiento en campos de concentración y asesinato en cámaras de gas. Mediante este sistema fueron asesinados, según datos contrastados por diversos especialistas, entre cinco o seis millones de personas, de los que 5.200.000 eran judíos, el equivalente a las dos terceras partes del censo judío europeo. La mayor parte de los asesinatos tuvo lugar en 1941 y 1942 y febrero de 1943. Aparte del de Auschwitz, los campos de concentración dedicados al exterminio de los judíos fueron los de Chelmo, Treblinka, Belzéd, Majdanek y Sobibor.”

“La mayor parte de los especialistas. ... creen que Hitler emitió una orden secreta referente al exterminio de los judíos, que se podría fechar en la primavera de 1941, en vísperas del ataque a la U.R.S.S., o a comienzos del verano de este año. Por entonces o unas semanas antes, Himmler llamó a Berlín a Höss, comandante de Auschwitz, y le comunicó que Hitler había dado la orden para la “solución final de la cuestión judía” y que se responsabilizaba a las S.S. de su cumplimiento. ...”⁸

También conviene citar las palabras de BODENHEIMER, quien describe las atrocidades legales derivadas de la posibilidad de un régimen totalitario de modificar las leyes a su antojo, expresando:

“Otro hecho que convierte a los Estados totalitarios modernos en estructuras de poder arbitrario es la posibilidad ilimitada de modificar leyes. Este rasgo característico del totalitarismo moderno es más visible en Alemania. Desde 1933 la función legislativa ha sido delegada totalmente al gabinete alemán y a su jefe Adolf Hitler. El gobierno modifica la ley con gran frecuencia e incluso con fuerza retroactiva. No hay ya salvaguardias constitucionales que establezcan limitaciones a la legislación arbitraria. En el campo administrativo el poder del gobierno o de sus funcionarios de policía de internar a cualquier ciudadano en un campo de concentración sin expresar motivo, puede ejercerse de modo puramente arbitrario y caprichoso. Incluso personas a las que un tribunal ha absuelto de

⁸ FERNANDEZ García, Antonio y Rodríguez Jiménez, José Luis. El juicio de Núremberg, cincuenta años después. 2ª Ed. Arco/Libros. Madrid. 2008, pp. 52 y 53.

*la imputación de un delito político, pueden ser internadas en campos de concentración si el Führer desaprueba la decisión. Ejemplo destacadísimo de tal ejercicio arbitrario del poder fue la famosa “purga” del 30 de junio de 1934 en la que los líderes nazis opositoristas fueron ejecutados sin proceso. El acto —que se reconoce no estaba justificado por derecho escrito— fue legalizado posteriormente por una ley de efecto retroactivo, firmada por el autor de las ejecuciones y dos miembros de su gabinete”.*⁹

Después de terminada la guerra, se instauró el conocido Tribunal Internacional de Núremberg, que tuvo a su cargo juzgar los crímenes cometidos durante el periodo que duró la guerra. Así las cosas, debemos preguntarnos cuales fueron las principales enseñanzas o aportaciones al derecho de los juicios de Núremberg. Los antes precisados autores ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ nos precisan lo siguiente: “Núremberg supuso por tanto un hito en la toma de conciencia de que existen delitos de una naturaleza particular, cuya sanción requiere la actuación de la comunidad humana representada en un tribunal internacional”;¹⁰ así es, como también lo refieren los mismos autores, de estos procesos internacionales surgieron muchas enseñanzas, pero principalmente conviene hacer mención de los principios de derecho internacional que fueron creados a partir de los Juicios de Núremberg, los que enseguida se precisan:

Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg

Tomado de Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad - Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368,13 abril de 1983.

(Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General)

▪ PRINCIPIO I

Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

▪ PRINCIPIO II

El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

▪ PRINCIPIO III

El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

⁹ BODENHEIMER, Edgar. Teoría del derecho. 2ª Ed. 9ª Reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 2014, pp. 25 y 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 65.

▪ **PRINCIPIO IV**

El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

▪ **PRINCIPIO V**

Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

▪ **PRINCIPIO VI**

a. Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: a. Delitos contra la paz:

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).

b. Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c. Delitos contra la humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

▪ **PRINCIPIO VII**

La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional.

De la lectura de los anteriores principios, nos queda claro el derrumbe del principio de soberanía, pues de los graves crímenes nazis (aunque no han sido los únicos que nos proporciona la historia) se desprendió principalmente la imposibilidad de dictar normas internas que atenten contra los más preciados derechos humanos, y

no sólo eso, sino que no puede alegarse el derecho interno o las órdenes superiores, como excusa para la violación de los derechos humanos cuando los actos constituyen crímenes internacionales, de esta forma se realiza una separación de lo que es una ley y lo que es en esencia “derecho”, pues puede afirmarse que no cualquier ley puede ser considerada “derecho”.

Pero no sólo en el ámbito del derecho internacional se ven contrastados los cambios derivados de Núremberg, en el ámbito de la teoría del derecho se produce un rechazo casi generalizado de un paleo-iuspositivismo y consecuentemente se reavivan las teorías iusnaturalistas. En este sentido, BARBERIS apunta: *“Después de Auschwitz renació el iusnaturalismo, filosofía dada muchas veces por muerta (en particular desde la codificación del derecho empezada en Europa continental y Latinoamérica a partir del siglo XVIII)”*,¹¹ el mismo autor sigue comentando lo siguiente:

*“A pesar de ello, la milenaria creencia en un derecho natural sobrevivió a la codificación, y cuando los códigos empezaron a envejecer (en el siglo XIX), el derecho natural empezó a ser retomado recibiendo el nombre de neoiusnaturalismo (cfr. 1.3.3). La principal resurrección se dio precisamente después de Auschwitz, por lo cual podemos llamar neoiusnaturalismo de posguerra; y ello fue generado, sobre todo, tras el choque cultural ocasionado por el descubrimiento de los campos de exterminio, lo cual empujó incluso a juristas y teóricos positivistas a atribuir responsabilidad de la Shoah al positivismo jurídico. Ello debido a que la tradición positivista había efectivamente alimentado la deferencia al derecho positivo de los juristas alemanes desde antes de Hitler: actitud compendiada en la locución alemana *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley, y debe siempre obedecerse)”*.¹²

En relación con lo anterior ZAGREBELSKY menciona: *“Los juristas habrían sido reclutados y puestos en fila por el régimen como los soldados: “en virtud de dos principios diferentes, el nazismo consiguió asegurarse la fidelidad de sus adeptos, los soldados, por un lado, y, por el otro los juristas: “una orden es una orden” y “la ley es la ley”. El principio “la ley es la ley” “era la expresión del pensamiento jurídico positivista que había dominado prácticamente sin discusión, durante varios decenios, entre los juristas alemanes. Por ello, una “injusticia legal” debía considerarse como una contradicción en sus términos”. La ciencia jurídica se habría encontrado así “inermes” frente a la ley arbitraria y criminal. Estas proposiciones se convirtieron en convicciones mayoritarias durante la Segunda Guerra Mundial, y basándose en ellas se trastocó la equivalencia anterior: formalismo, expresión jurídica del totalitarismo; sustancialismo, expresión jurídica del antitotalitarismo”*.¹³

Lo importante hasta aquí, es reconocer que como consecuencia de la desnaturalización del positivismo jurídico que ha quedado evidenciada, los mismos ius positivistas se empiezan a inclinar por nuevos enfoques que permitan no incurrir en los mismos errores del pasado, se dio entonces un rechazo contra el formalismo puro, versus un sustancialismo.¹⁴ BOBBIO señala al respecto: *“A mi juicio, han pasado dos cosas.*

¹¹ BARBERIS, Mauro. Introducción al estudio del derecho. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2015, p. 14.

¹² *Ibidem*, pp. 14 y 15.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional. 1ª Ed. Trotta. España. 2014, pp. 19 y 20.

¹⁴ Que como lo señala el propio Zagrebelsky en la obra citada, esta confrontación no inicia propiamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, sino que es ahí donde se reaviva y vigoriza.

Primera: la aparición de los Estados totalitarios y la catástrofe de la última guerra mundial han hecho despertar a los juristas, tanto en Italia como fuera, del sueño dogmático. Se dieron cuenta de que el derecho positivo que había considerado hasta entonces como una fortaleza se había convertido en una prisión".¹⁵

El derecho positivo era considerado una prisión por diversas circunstancias, como porque la clásica interpretación estricta y literal del positivismo no permitía el crecimiento y evolución del derecho hacia nuevas y más profundas posturas jurídicas, alimentadas y nutridas con juicios de valor y principios; pero lo importante es señalar que una visión cuadrada del iuspositivismo puede producir atrocidades como pensar que "la ley es la ley" y que por eso no puede existir injusticia legal, así como que toda "ley" y toda "orden" deben ser acatadas sin mayores miramientos ni consecuencias. Se ocupaba pues una nueva visión del derecho. Una visión donde la ley tuviera la necesidad de corresponder a una sustancia.

Desde luego que por esas épocas los países contaban con Constituciones y con derechos fundamentales, pero existía un imperio del legislador, el derecho sólo respondía a las palabras del legislador, de hecho la misma ley era el único medio reconocido para hacer justicia, sin ley, ante la omisión legislativa no había posibilidad de acceder a ningún tipo de justicia. ENRIQUE CARPIZO es contundente en señalar:

"Reitero, uno de los rasgos esenciales del Estado Legal es la influencia de la ley como medio exclusivo de hacer justicia. Si bien, la Norma Suprema establece la forma de Estado, el sistema de gobierno reconoce una serie de derechos y obligaciones, lo cierto es que su practicidad debía ser acorde a una tendencia inpositivista donde el Estado crea derechos que sólo son válidos en los términos y condiciones que la ley disponga, entonces, si el legislador no desarrolla un derecho de la persona u obligación estatal, el ser humano no podía impugnar esa omisión o reclamar la existencia de un acto o abstención a partir de una lectura congruente a favor de la persona o grupo vulnerable".¹⁶

Partiendo de todo lo antes expresado, hoy podemos sostener que el Estado legislativo del derecho no impera más en nuestra sociedad, el imperio del legislador ha cedido al imperio de la Constitución y de los derechos humanos, los tratados internacionales y las cortes que los controlan juegan en nuestros días un papel importantísimo en el entendimiento y configuración de todos los derechos y de la propia actuación de las autoridades; el propio derecho procesal no puede ser completamente entendido sin considerar un amplio contenido de valor desarrollado a partir de interpretaciones constitucionales y convencionales, es por ello que resulta imprescindible el estudio y análisis de la tutela judicial efectiva como asignatura complementaria y necesaria de la Teoría del Proceso.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. 1ª Ed. Trotta. España. 2015, pp. 63 y 64.

¹⁶ CARPIZO, Enrique. *Del Estado Legal al Constitucional de Derecho*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2014, pp. 8 y 9.

V. Derechos Humanos y Proceso

Con lo que se ha comentado hasta aquí, podemos dejar evidencia de la importancia actual que tienen en todos los ámbitos jurídicos, los derechos fundamentales y humanos; el proceso (y por supuesto las leyes procesales) y la jurisdicción misma, se encuentran ampliamente nutridos de criterios e instituciones nacidas directamente de los derechos fundamentales y humanos, así como de la interpretación que de éstos han hecho los tribunales constitucionales y supranacionales.

El proceso sirve al derecho, es una herramienta a través de la cual se desenvuelve la jurisdicción, se aplica la ley y se accede a la justicia a los particulares. Ante tal importancia del proceso, éste ha formado parte de la constitucionalización del derecho, para garantizar en la mayor medida posible la recta e imparcial impartición de justicia; ello implica que se ha garantizado a través de las Constituciones y de los Tratados Internacionales un mínimo cúmulo de garantías, que tienden a procurar la justicia mediante la Tutela Judicial Efectiva. En este sentido JOAN PICÓ I JUNOY expresa:

*“La finalidad última del fenómeno de constitucionalización de los derechos y garantías procesales no es otro que lograr la tan pretendida Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de C.E.) El proceso se convierte de este modo –como apunta Couture– ‘en el medio de realización de la justicia’”.*¹⁷

Efectivamente el proceso en sus más esenciales instituciones y valores se ha constitucionalizado y también se ha protegido en muchos tratados internacionales; ante estas circunstancias podemos afirmar que el estudio clásico de la teoría del proceso, resulta insuficiente en nuestros días para garantizar que los estudiantes y abogados postulantes sean conscientes de los principios y derechos que deben ser tutelados y promovidos en el desenvolvimiento de los procedimientos judiciales, ante ello, el estudio de la teoría del proceso debe ser fortalecido con el estudio de la tutela judicial efectiva, así como de los principales derechos que la componen, como lo es el debido proceso, los cuales se encuentran ampliamente modificados por principios sustantivos derivados de los derechos humanos, que impactan y trascienden al proceso jurisdiccional.

Conclusiones

La principal conclusión del presente trabajo, es patentizar la necesidad de actualizar y reforzar el estudio de la teoría del proceso, con el estudio de la teoría de la tutela judicial efectiva y de sus principales derechos como lo es el debido proceso, se ha dejado constancia del impacto que este tipo de derechos tiene en el ámbito procesal, el que se ha nutrido de muchos principios y derechos que impactan directamente en la administración de la justicia y en la defensa de los derechos.

¹⁷ PICO I Junoy, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. 2ª Ed. Bosch. España. 2012, p. 34.

Bibliografía

- BARBERIS, Mauro. *Introducción al estudio del derecho*. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. 1ª Ed. Trotta. España. 2015.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. 2ª Ed. 9ª Reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 2014.
- CARPIZO, Enrique. *Del estado legal al constitucional de derecho*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2014.
- FERNANDEZ García, Antonio y Rodríguez Jiménez, José Luis. *El juicio de Núremberg, cincuenta años después*. 2ª Ed. Arco/Libros. Madrid. 2008.
- PICARDI, Nicola. *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. 1ª Ed. Communitas. Lima. 2009.
- PICO I Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª Ed. Bosch. España. 2012.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho. del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. 1ª Ed. Trotta. España. 2014.

El derecho al desarrollo en los pactos internacionales¹

Luis Gerardo Rodríguez Lozano²

Introducción

El derecho al desarrollo emergió en el discurso de nuevos derechos emergentes alrededor de 1970, en el contexto de Naciones Unidas. En 1986 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre el derecho al desarrollo, reconociéndolo como un derecho humano y vinculándolo de forma integral a las disposiciones aplicables del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Aunque es un derecho todavía no positivizado expresamente en un texto convencional su consolidación se encuentra en proceso, por lo tanto su definición parte de entender los fundamentos jurídicos del derecho al desarrollo, como las fuentes jurídicas de las que abrea su procedencia, la pertinencia de las disposiciones jurídicas convencionales y no convencionales que le sean aplicables desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, así como de los principios de derechos humanos que son esenciales para su interpretación jurídica; sus similitudes y sus distinciones de los derechos humanos contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos, es decir que aquí ya se estudia la especificación de los derechos humanos lo cual es inherente a los pactos, para lo cual es importante el estudio de los derechos humanos con los que tiene una relación más interdependiente, su perspectiva histórica y su relación con la tercera generación de derechos humanos, para finalmente poderlo considerar como un derecho humano.

I. Fundamentos Jurídicos del Derecho al Desarrollo

La definición formal del derecho al desarrollo ocurrió en la Declaración de Naciones Unidas de 1986, su origen deviene de un conjunto de derechos humanos de

¹ Ponencia para el III Congreso Argentino de Justicia Constitucional, dentro del Eje temático desarrollado: Derechos humanos y desarrollo.

² Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Doctor y maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx.

la solidaridad,³ su aparición es aproximadamente en el contexto de la segunda mitad del siglo XX, es miembro de la tercera generación de los derechos humanos interdependiente de las primeras dos generaciones de derechos humanos (civiles y políticos y económicos, sociales y culturales).

Es conveniente mencionar que el derecho humano al desarrollo aparece en el contexto de la posguerra, en un escenario de países emergentes que iban saliendo de la colonización y se incorporaban a la política mundial como naciones soberanas. Con esto queda patente la pertinencia del enfoque histórico de las generaciones de los derechos humanos, pues las primeras generaciones de derechos humanos germinarán a partir de las revoluciones que tuvieron lugar a los dos lados del Atlántico: Gran Bretaña, Francia y los Estados Unidos y supusieron un avance terminal en el largo camino hacia la positivación, protección y disfrute de los derechos humanos; la idea de los derechos humanos, se fundamenta en un axioma evidente, que indica que los derechos humanos son concebidos como una pertenencia del individuo bajo el derecho natural, como una consecuencia por su condición de ser humano.⁴ Los derechos humanos desarrollan garantías para la plena protección del individuo.⁵ En realidad, todo derecho humano requiere de garantías para poder ser efectivo,⁶ por eso Juventino Castro, expresa que los derechos o garantías —el no hace distinción—

³ GROSS Espiell, Héctor, “Strengthening moral solidarity: Human rights, human genetics, and the ethics of science and technology,” en YUSUF, Abdulqawi, Standard-setting in Unesco, Volume I, Normative, action in education and culture, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Hotei Publishing, The Netherlands, 2007, “The idea of solidarity as a value has been included in international law to meet an uncontested necessity; and justice to demands.” p. 137.

⁴ “The concept of human rights is, to a considerable extent, though not wholly legal. It first appeared on the international agenda when the United Nations Charter declared in 1945 that the UN was determined ‘to reaffirm faith in fundamental rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small.’” FREEMAN, Michael, Human rights, 2 ed., Polity Press, Cambridge, 2011, p. 4.

⁵ Ferrajoli utiliza el término de garantías del estado de derecho. “Pero es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predispuestas en garantía de los mismos: si a los derechos de libertad («o derechos de») corresponden garantías negativas consistentes en límites o prohibiciones de hacer, a los derechos sociales («o derechos de») corresponden garantías positivas consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales. En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho.” FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 28. “La garantía de ciertas instituciones u organizaciones es prácticamente inescindible del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales.” BAÑO León, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española,” Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988, pp. 155-179.

⁶ Las garantías son los mecanismos de protección de los derechos humanos. cfr. APARICIO Wilhelmi, Marco, PISARELLO, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, en BONET i Pérez, Jordi, SÁNCHEZ, Víctor M., Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas, pp. 139-162.

“...son auténticas vivencias de los pueblos o de grupos que constituyen a éstos, quienes materialmente se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades o atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esa calidad”.⁷

Evidentemente, en el contexto de la posguerra con la adopción de los instrumentos de gobernanza mundial, Naciones Unidas percibe a los derechos humanos como un propósito esencial de las políticas y medidas institucionales que pueden utilizarse como un instrumento por medio del multilateralismo encabezado por Naciones Unidas y sus agencias y en las políticas públicas nacionales de los Estados miembros.

La premisa que designa que los derechos humanos son derechos positivos, a mi entender consigna uno de los requisitos básicos que abraza la teoría moderna de los derechos humanos, que recorre diversas etapas desde la proclamación, el reconocimiento, hasta la protección, tutela y garantía como mecanismos muy desarrollados del derecho positivo, porque explican la aplicación de los derechos humanos como mandatos operativos del derecho, así las cosas para Bazán: “el derecho positivo debe reconocerlos y garantizarlos, aunque su validez no dependa de dicho reconocimiento. Ciertamente el derecho positivo tiene como función, entre otras, su formulación, su caracterización, el establecimiento de sus límites –sin que sea legítimo en dicha tarea, en afortunada expresión del artículo 53(1) de la Constitución española, vaciarlos de su contenido esencial–. Pero el derecho positivo no es, en absoluto, condición necesaria para su validez. El derecho positivo debe reconocer la juridicidad prepositiva de los derechos humanos y asegurar su cumplimiento, su vigencia social; y establecer unos sistemas de reparación y satisfacción en caso de incumplimiento”.⁸

La noción de garantía ha alcanzado su mayor esmero en las técnicas de garantías positivas de protección jurisdiccional,⁹ situación reflejada en las últimas décadas con el ensanchamiento de los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos humanos, que en el ámbito internacional procede de la consagración en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del derecho humano de la persona a un recurso efectivo de protección de los derechos humanos,¹⁰ desde entonces los sistemas regionales de protección de derechos humanos han avanzado hasta constituirse como verdaderos órganos protectores de los derechos humanos, implementando las garantías para la protección de los derechos de la persona humana, por lo que vale destacar la opinión de Cançado Trindade quien afirma: “la pro-

⁷ CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, Ed. Porrúa, 15ª, México, 2011, p. 3.

⁸ BAZÁN, José Luis, Estudio preliminar, en ZUMAQUERO, José Luis, BAZÁN, José Luis, *Textos internacionales de derechos humanos II 1978-1998*, EUNSA, Pamplona, 1998.

⁹ Basado en las nociones descritas por Luigi Ferrajoli, en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 863.

¹⁰ BANDRÉS José Manuel, “Artículo 8,” en PONS Rafols Xavier, *La declaración universal de los derechos humanos. Comentario artículo por artículo*. Asociación para las Naciones Unidas en España, Icaria Editorial, Barcelona, 1998, p. 189.

tección jurisdiccional es la forma más evolucionada de salvaguarda de los derechos humanos, y la que mejor atiende los imperativos del derecho y la justicia”.¹¹

Aunque el derecho al desarrollo no se ha consolidado expresamente en ningún tratado internacional, la Declaración de Viena de 1993, resoluciones de Naciones Unidas, declaraciones gubernamentales, entre otros documentos oficiales de agencias de Naciones Unidas le han ido confiriendo su carácter normativo-jurídico,¹² Naciones Unidas creó un grupo de trabajo intergubernamental de expertos para aplicar, promover y generar informes sobre el derecho al desarrollo. Esta insistencia ha obtenido dividendos el derecho humano al desarrollo se ha incorporado en los objetivos del desarrollo del milenio, en este sentido se infiere, que el derecho al desarrollo como lo entiende Gómez Isa: “...se puede deducir de diferentes instrumentos internacionales de carácter convencional. Entre estos textos citan la Carta de las Naciones Unidas y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, complementados por toda una serie de resoluciones y Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas”.¹³

El derecho al desarrollo emergió en el discurso de nuevos derechos emergentes alrededor de 1970, en el contexto de Naciones Unidas.¹⁴ Pero a pesar de ello se ha quedado en desventaja frente a otros derechos encarando obstáculos para su realización¹⁵ frecuentemente estos escollos se han producido debido a diversas confrontaciones entre diversas concepciones ideológicas y nacionales, algunas de ellas que

¹¹ CANÇADO Trindade, Antônio, “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos,” en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 37, Enero-Junio 2003, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 13-52. NÚÑEZ Palacios, Susana, La protección de los derechos sociales y su implementación en las sentencias de la Corte Interamericana, Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, No. 79, México, 2012, p. 646.

¹² cfr. MARKS, Stephen, “Human rights and development,” *op. cit.*, p. 170.

¹³ GÓMEZ Isa, Felipe, El derecho al desarrollo. ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos?, en GARRIDO Gómez, Isabel, El derecho humano al desarrollo, Tecnos, Madrid, 2013, p. 27. Así las cosas existen diversos sectores doctrinales, que buscan restarle importancia al carácter vinculante de ciertos instrumentos normativos de carácter internacional, como por ejemplo la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, y que ha sido precisamente un tema muy discutido en el campo del derecho internacional: “...por un lado, los que rechazan cualquier carácter vinculante del instrumento internacional. Por otro lado, los que postulan que la DUDH tiene un carácter obligatorio para los Estados miembros de las Naciones Unidas. A esto debemos agregar una visión matizada, que reconociendo el carácter vinculante de la DUDH, considera que no todos sus derechos son obligatorios.” CANESSA Montejo, Miguel Francisco, p. 39. Esta reserva, obviamente se extiende a numerosas declaraciones en el caso del ámbito internacional, de las Naciones Unidas, que pretenden desvincular la obligatoriedad de estos instrumentos normativos internacionales, pero que, en su apartado específico, ya se discutirá con mayor profundidad.

¹⁴ MARKS, Stephen P., Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980's?, 33 Rutgers L. Rev. 435, 435-52 (1981).

¹⁵ MARKS, Stephen, The human right to development: between rhetoric and reality, Harvard Human Rights Journal, 137-68 (2004).

veían peligrosa la iniciativa del derecho humano al desarrollo, una de ellas ha sido la posición de los Estados Unidos de América que no ha sido favorable.¹⁶

Parte de su fundamentación es debida al precedente legislativo de los denominados pactos: de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos sociales y culturales, se han revelado invariablemente ante la doctrina de los sectores nacionales e internacionales, como instrumentos jurídicos, de naturaleza internacional, con recepción en el derecho interno de los Estados, que no pueden ser razonados de manera jerárquica e independiente, por el contrario, los pactos, están fundamentados en sendos razonamientos que no niegan que guardan entre ellos, un carácter universal, progresivo, interdependiente e indivisible.¹⁷

Estos textos fueron adoptados por la Asamblea General en textos separados, esto a raíz de fuertes discrepancias¹⁸ entre los Estados Miembros, acerca de la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que el debate se concluyó por lo que hace a la redacción y adopción de los pactos, en el año de 1966, mediante la proclamación de dos pactos, aunque no se perdió el sentido de continuidad, dado que comparten “disposiciones comunes,” un mismo preámbulo, así como el mismo artículo primero, que les confiere una identidad conjunta. Los pactos se visualizaron así, y de hecho son como una extensión de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El pacto de los derechos civiles y políticos fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, por tener la naturaleza de un tratado internacional, tiene un carácter vinculante, su vinculación depende del acto

¹⁶ QUERIMI, Querim, *Development in International Law: A Policy-Oriented Inquiry*, Koninklijke Brill, The Netherlands, 2012, p. 85.

¹⁷ Pigrau Solé comenta sobre este punto: “Tras la DUDH, el siguiente paso fue la elaboración de textos jurídicamente vinculantes: tratados internacionales generales de DD HH. Este proceso, iniciado en 1956 se prolongó hasta 1966, año en que la AG adoptó los dos Pactos internacionales de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Estos acuerdos comportan la obligación de respetar en el territorio de los Estados que son parte de ellos o en los espacios sometidos a su jurisdicción, un extenso catálogo de derechos que pretende ser completo, adoptado con vocación de universalidad.” PIGRAU Solé, Antoni, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, en OLLÉ Sesé, Manuel, ACEBAL Monfort, Luis, GARCÍA Sanz, Nuria, *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y los ciudadanos*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 24.

¹⁸ Pérez Luño documenta la situación que generó inconformidades entre las partes contratantes al momento de adoptar los pactos: “Inicialmente se pretendía ofrecer a la firma de la comunidad internacional un único texto, prueba de ello es lo que quedó recogido en aquellos tres artículos comunes a ambas, que actúan como el tronco común para sendas ramas. Pero la “guerra fría” iniciada tras las guerras mundiales dificultó la compatibilidad entre los derechos y ocasionó su fragmentación en tres generaciones. Occidente defendía la primera y los países del Este, la segunda. Y fueron los países del Sur los que enarbolaron los derechos de tercera generación como condición de posibilidad para el ejercicio de todos los derechos. En la declaración sobre el derecho al desarrollo (4/dic/86), se defendió que todos los derechos, los de las tres generaciones son “indivisibles e interdependientes.” PÉREZ Luño, *Estado de Derecho, Derechos humanos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 29.

de ratificación o adhesión que solicite el Estado soberano.¹⁹ El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas un 16 de diciembre de 1966, convenio vinculante que contiene derechos que se consideran de segunda generación, estos derechos son económicos, sociales y culturales los cuales: “incluyen el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, los derechos de protección a la familia y los menores, el derecho a un nivel de vida adecuada, el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a participar, tener acceso y contribuir a la vida cultural”.²⁰

Con la aprobación de los pactos no hizo sino comenzar la internacionalización y especificación de los derechos humanos en distintos convenios e instrumentos de *soft law* adscritos al derecho internacional de los derechos humanos, por lo cual, el derecho al desarrollo paulatinamente ha ido alcanzando un grado considerable que lo ha consolidado como un derecho humano, respecto de su efectividad desde la perspectiva de su base legal, esta es fundamentalmente de origen jurídico-internacional, para los juristas el derecho al desarrollo puede visualizarse a través de su positivación en instrumentos internacionales de carácter convencional tales como: La Carta de las Naciones Unidas, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, con su correspondientes protocolos facultativos, resoluciones y declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Especialistas como Marks aprecian que el derecho humano al desarrollo se distingue porque integra las normas vinculantes de los pactos internacionales de derechos humanos, y como un “derecho compuesto conlleva obligaciones perfectas”.²¹

Continuando con la fundamentación jurídica del derecho al desarrollo, para lo cual es pertinente tomar en cuenta lo que Rodríguez Palop supone como la “perspectiva histórica de los derechos”,²² lo cual es útil para apreciar que de las generaciones de los derechos humanos, fue la tercera generación de los derechos humanos la que proveyó la teoría del derecho al desarrollo. Esta generación incluye los subsecuentes derechos: derechos de los pueblos a la libre determinación; independencia

¹⁹ Véase CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra, PÉREZ Portilla, Karla (Comp.), Derecho internacional de los derechos humanos, Textos básicos, Ed. Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos explicado por Barrena: “el PIDCP es una herramienta central para conocer los parámetros del derecho internacional para la protección de personas. La ratificación de los Pactos por países de todas las regiones y tradiciones jurídicas y culturales, la historia de su redacción, las discusiones que se generaron en el transcurso de su entrada en vigor y el impacto que conjuntamente han traído a la conformación de numerosas constituciones en el mundo, lo hacen también una herramienta útil para el estudio comparado de la protección de derechos en distintas regiones.” Véase: BARRENA, Guadalupe, El pacto internacional de derechos civiles y políticos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 13.

²⁰ Véase: RIVA Palacio Lavín, Antonio, El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 13.

²¹ Ídem.

²² RODRÍGUEZ Palop, María Eugenia, La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación, Dykinson, Madrid, 2010, p. 44.

económica y política; identidad nacional y cultural; derecho a la paz; derecho a la coexistencia pacífica; derecho a la cooperación internacional y regional; derecho al desarrollo; derecho a la justicia social internacional; derecho al uso de los avances de la ciencia y la tecnología; derecho a la seguridad alimentaria; cuestiones demográficas, educativas y ecológicas; derecho al medio ambiente; derecho al patrimonio común de la humanidad; derecho a una vida digna.²³

Debe destacarse que fiel al criterio de las generaciones de los derechos humanos, cualquier teorización de estos derechos implica según Rodríguez Palop la adopción de un análisis de los derechos humanos con una perspectiva histórica y racional²⁴ de los derechos humanos. Dicho análisis es aplicable para una explicación exhaustiva sobre la fundamentación jurídica del derecho humano al desarrollo, pues se inscribe en el grupo de la tercera generación de los derechos humanos, que a su vez ha propugnado una visión histórica de los derechos humanos que surge con los cambios históricos, políticos y sociales que hacen que cada época les conceda a una o a otra generación de derechos una primaria atención.²⁵ Partidarios de esta visión como Nikhil Aziz han criticado un favoritismo por los derechos de primera generación en detrimento de los derechos de segunda y de tercera generación.²⁶ Otras voces como la de Ssenyonjo sostienen un diferente criterio, la autora crítica la creencia común de que los derechos de tercera generación solo pueden ser alcanzados una vez que los derechos de primera generación han sido establecidos, observa un defecto en ello, consistente en conceder una menor relevancia a los derechos de primera generación, en tanto no se inclina a la categoría de las generaciones de derechos humanos, sostiene la opinión muy encomiable de que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en su devenir: “se desarrollaron juntos”.²⁷

²³ La tercera generación atribuye la titularidad jurídica de dichos derechos a personas o grupos y maneja tres ejes: paz, desarrollo y medio ambiente. cfr. ALSTON Philip, GOODMAN Ryan, *International human rights. The successor to international human rights in context*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, p. 1526. Sobre la identificación de los derechos humanos al medio ambiente en la tercera generación de los derechos humanos: KABASAKAL, Arat, Zehra F., *op. cit.*, p. 88.

²⁴ RODRÍGUEZ Palop, María Eugenia, *op. cit.*, p. 43.

²⁵ “Even the commonly invoked ideas of “first generation” civil and political rights and “second generation” socioeconomic rights imply a very specific history of concept formation. In this understanding of human rights and history, the two categories of rights have not always been conjoined and of equal importance, but chronologically distinct historical events. Importantly, within each of these rival stories, the rights concept assumes a distinctive character.” ROBERTS, Christopher N.J., *The contentious history of the international bill of human rights*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 6.

²⁶ “The dominant discourse in human rights, which is an integral aspect of GA, emphasizes individualistic political and civil rights to the exclusion of group/collectivistic economic, social, and cultural rights, and third generations rights.” AZIZ, Nikhil, “The human rights debate in an era of globalization: hegemony of discourse,” en *Debating human rights. Critical essays from the United States and Asia*, VAN NESS, Peter, Routledge, New York, 2003, p. 39.

²⁷ SSENYONJO, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Bloomsbury Publishing, Portland, 2009, p. 12.

Para responder porque es importante colegir en la categoría de tercera generación de los derechos humanos y porque la necesidad de referirme hacia una clara fundamentación jurídica de este derecho, es debido aclarar un supuesto, el derecho al desarrollo en su enunciación jurídica, es un tanto problemático, pero esta problematicidad no es exclusiva del derecho al desarrollo, por una parte, porque el derecho al desarrollo implica una categoría jurídica aún vigente que se interpreta en relación con la primera y segunda generación de derechos humanos integrando una comunidad interdependiente de derechos humanos, que no puede renunciar ni a la continuidad histórica ni a la universalidad, por eso la perspectiva analítica de las generaciones de los derechos humanos, se muestra como una categoría del estudio de los derechos humanos, muy generosa para los estudiosos de los derechos humanos.

Ahora bien, la fundamentación jurídica del derecho al desarrollo de ninguna manera puede limitarse a la conformación teórica de las generaciones de los derechos humanos, es igualmente importante que el derecho al desarrollo se inscriba no solamente en un catálogo amplio que acoge nuevas categorías de derechos es necesario también apuntar, en su análisis los problemas generales con los cuales el derecho al desarrollo se enfrenta no solo en su positivación sino también en su interpretación e integración, uno de ellos es que los derechos humanos, a pesar de desplegarse como una idea moderna y de largo alcance²⁸ siempre se les ha atribuido fuertes connotaciones políticas,²⁹ y de hecho las tienen, aunque no entraré a disgregar el tema referente a la antigua discusión entre la política y el derecho, la situación, aquí es que como bien observa Vasak, el tema de los derechos humanos por sus apegos políticos, ha sido durante mucho tiempo relegado, y también podríamos añadir con toda seriedad maltratado y malinterpretado, de allí que legítimas nuevas exigencias en el marco amplio de la clasificación de los derechos humanos, aparecieran como predicamentos inciertos, como aspiraciones ilusorias si un sentido claro de pertinencia que pudiera alcanzar un escaño privilegiado en el debate de los derechos humanos y en los grandes temas del milenio, pues sí, siguiendo a Vasak, esas categorías, derechos inciertos fueron eclipsados por la luz del positivismo jurídico.³⁰ Esta oscura realidad, se ha transformado, Vasak lo atribuye a ciertos cambios producidos por los filósofos del derecho con su acuciado interés por el fenómeno de los derechos humanos, por la gradual positivación de los derechos humanos en los instrumentos internacionales, nacionales y regionales y por último en este caso, el cambio y la realidad han trascendido tomando a los derechos humanos como la realidad configuradora del derecho, en un cada vez más pragmático activismo judicial por parte de los jueces para interpretar el derecho y tomar declaraciones internacionales como fuentes jurídicas concretas.³¹

²⁸ VASAK, Karel (Ed.), *The international dimensions of human rights*, Vol 1, Greenwood Press-UNESCO, Westport Connecticut, 1982, pp. 3-8.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ VASAK, Karel, *op. cit.*, p.

Este efecto de relación interdependiente que ha dado nacimiento a configuraciones concretas que plasman el derecho al desarrollo se puede centrar en diversos eventos que le han dado continuidad a las exigencias que señala este nuevo derecho, una de ellas es la aportación de un jurista senegalés Keba M'Baye quien pronunció en una conferencia sobre el derecho al desarrollo en el ámbito internacional.³²

Posteriormente las Naciones Unidas en la resolución 4 (XXXIII), del 21 de febrero de 1977, en la resolución 5 (XXXV) del 2 de marzo de 1979. La Asamblea General también admitió la evolución de esta nueva clase de derechos, como puede observarse en la resolución 34/46 de 23 de noviembre de 1979; pero el gran paso en el camino de la positivación internacional del derecho al desarrollo continúa avante, esta vez en 1981 cuando la Comisión de Derecho Humanos –ahora sustituida por el Consejo de Derechos Humanos– crea un Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales a quienes se les encomienda el diseño y la fundamentación jurídica-política del derecho al desarrollo como un derecho humano.³³ El producto más importante y el objeto por el cual esta Comisión fue creada era el de elaborar una Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, que fue aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre bajo la resolución 41/128, que desde entonces se convertirá en el elemento más visible de la lucha internacional por la positivación y efectividad del derecho al desarrollo.

La resolución que fue aprobada por la Asamblea General, hace hincapié en el fundamento principal de la Declaración que es la Carta de las Naciones Unidas, en el aspecto referente a la realización de la cooperación internacional para la solución de los problemas internacionales de índole económica, social, cultural, humanitaria y tomando como consideración principal el respecto a los derechos humanos y libertades de la persona, bajo ninguna presión de discriminación.³⁴ En este aspecto puede expresarse que los redactores de la declaración al hacer alusión a la Carta de San Francisco de 1945 hicieron uso de un mecanismo particular de la función legislativa que reconoce la influencia de la voluntad legislativa que han ejercido los “propósitos y principios que inspiran la Carta”.³⁵ La resolución hace patente entre los antecedentes de la misma, la conformidad con tres instrumentos internacionales de gran peso:

1. Las disposiciones de la Declaración Internacional de Derechos Humanos
2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
3. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³² Si se desea conocer a este autor consultar: M'BAYE, Kéba, NDIAYE, Birame, *The organization of Africanunity (OAU), The international dimensions of human rights, Vol1, Greenwood Press-UNESCO, Westport Connecticut, 1982, p. 583.*

³³ En el área del derecho internacional se ha preferido la noción de derechos humanos.

³⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, véase: CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra, PÉREZ Portilla, Karla (Comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Textos básicos, op. cit.*

³⁵ RODRÍGUEZ Palop, María Eugenia, *op. cit.*, p. 51.

Respecto de los pactos no debemos olvidar que estos se interpretan conjuntamente, siendo la tendencia original de la ONU y de los iniciales redactores el abordarlos como un conjunto. Las votaciones y demás divergencias derivaron en la división pedagógica de los dos pactos, pero en las resoluciones de las Naciones Unidas y diversos instrumentos han reafirmado la universalidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos contenidos en la Declaración, los pactos y demás normativa internacional aplicable.

El pacto de los derechos civiles y políticos y el pacto de los derechos económicos sociales y culturales son reconocidos por ser instrumentos vinculantes, además de haber conjuntado un esfuerzo internacional de cooperación para integrar un extenso catálogo de derechos con una vocación de universalidad afirmó Pigrau Solé.³⁶ Los dos pactos fueron caracterizados por la doctrina, como sendos pactos que concretaron lo que se ha denominado como derechos de primera y de segunda generación, los derechos de primera generación que integran derechos de contenido civil y político, y de derechos de segunda generación que integran derechos humanos de un contenido económico, social y cultural.

Los derechos de primera generación de carácter civil y político, son derechos como apunta Serra Rojas: “hacia una mayor participación de los ciudadanos en las decisiones políticas fundamentales”,³⁷ estos derechos por lo tanto son derechos que invariablemente se constituyen como derechos de libertad y en alguna medida también de igualdad. En el preámbulo del Pacto de los derechos civiles y políticos se establece que estos derechos: “derivan de la dignidad inherente a la persona humana,” y son reconocidos para la realización: “...del ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas”.³⁸

La Asamblea General aprobó, en la misma sesión, un Protocolo Facultativo del pacto internacional de los derechos civiles y políticos, este protocolo que fue instituido en la misma fecha, entró en vigor al igual que el pacto 23 de marzo de 1976.

El pacto internacional de los derechos civiles y políticos establece su conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco de 1945) retomando la obligación fundamental que establece la Carta: “promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos”.

El pacto internacional de los derechos civiles y políticos establece el derecho de libre determinación (derecho de autodeterminación), en su artículo 1º, el derecho de libre determinación de los pueblos sobre sus “riquezas y recursos naturales”, que

³⁶ PIGRAU Solé, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ SERRA Rojas, Andrés, *Hagamos lo imposible. La crisis actual de los derechos del hombre*, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 39.

³⁸ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, en *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona Aplicables en México*, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación– Naciones Unidas - Derechos Humanos– Oficina del Alto Comisionado México, México, 2012, p. 53.

será retomado en la declaración del derecho al desarrollo y demás resoluciones integradoras del derecho al desarrollo.

En el artículo 2° se establece la prohibición expresa de discriminación, no debe olvidarse que la discriminación es un principio fundamental de los derechos humanos establecido en la declaración y confirmado en los sucesivos pactos, se establece como una relación recíproca entre los Estados y los individuos, para el Estado implica la obligación de comprometerse a respetar todos los derechos establecidos en el pacto tanto para los individuos que se encuentran en su territorio y que se encuentran sujetos bajo su jurisdicción, sin distinción de “raza, sexo, idioma, religión, opinión, política,” ni bajo cualquier condición que guarde la persona humana en razón de su “origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social”.

El artículo 3° establece el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres para garantizarles el disfrute de los derechos que ampara el convenio.

El artículo 6° consagra el derecho a la vida, el artículo 7° consagra la prohibición de la tortura, el artículo 8° consagra la prohibición de la esclavitud, el artículo 9° consagra el derecho a la libertad y a la seguridad personal, el artículo 12° consagra la libertad de circulación y la libertad de residencia, el artículo 13° consagra derechos de extranjería, el artículo 14° el debido proceso y garantías de seguridad jurídica, el artículo 16° el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el artículo 17° el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, el artículo 18° la libertad de conciencia, el artículo 19° libertad ideológica, libertad de expresión, el artículo 21° consagra el derecho de reunión pacífica, el artículo 22° consagra el derecho de asociación, el artículo 23° el derecho para formar una familia, además se consagra el derecho para contraer matrimonio entre el hombre y la mujer en igualdad de condiciones.

El artículo 24° consagra los derechos del niño. El artículo 25° consagra un detallado catálogo de derechos políticos, el artículo 26° consagra la igualdad de las personas ante la ley, y puede interpretarse como una afirmación del estado de derecho. El artículo 27° consagra los derechos de las minorías y constituye el reconocimiento internacional y también el compromiso para los Estados partes del respeto de las minorías (étnicas, religiosas y lingüísticas) y se interpreta en concordancia con el derecho a la libre determinación y representa el compromiso internacional para asumir un Estado multinacional. El artículo 28° es de los más importantes porque configura la creación del Comité de Derechos Humanos. La evolución en la normativa internacional fue presentándose, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, se proclamó la Declaración de Río.

El otro momento decisivo en los alcances de la evolución normativa del derecho al desarrollo sucedió en 1993 con la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que tuvo verificativo en Viena, la Declaración de Viena, reafirma el derecho al desarrollo, y confirma la interdependencia que el derecho al desarrollo guarda con la democracia, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Asimismo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que se efectuó en El Cairo en 1994 reiteró la universalidad e inalienabilidad del derecho al desarrollo, como interdependientes e integrados en el catálogo internacional de los derechos fundamentales, como un derecho humano internacionalmente reconocido, fruto del consenso entre los Estados y generador de compromisos internacionales.

En materia de derechos humanos se destacan sólidos avances como los acaecidos con: la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, la Cumbre del Milenio, la Conferencia Mundial sobre el Racismo, la Discriminación, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia y la Cumbre Mundial del 2005 en la celebración del sesenta aniversario de la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Los derechos humanos, y esto aplica para mi objeto de estudio que es el derecho al desarrollo responden en el caso del derecho al desarrollo a exigencias sociales que tienen que fundamentarse en concordancia con el derecho, por ello se indica en la teoría de los derechos humanos que para la existencia y el respeto de los derechos humanos, se requiere necesariamente de un marco jurídico, por lo tanto de la existencia de un Estado de derecho como condición esencial del sistema político, por lo tanto el sistema político y el régimen político tienen que estar limitados por un marco legal, encuadrado en un Estado de derecho, que para su existencia legítima requiere de tres condiciones: democracia, separación de poderes y constitucionalismo de libertad y de igualdad; el constitucionalismo inevitablemente aparejará en el transcurso de la evolución jurídico-política la evolución de un sistema de garantías.

Los derechos humanos, y específicamente el derecho al desarrollo, requieren invariablemente de textos que los establezcan, esto implica cumplir con la exigencia de la realidad legal, en la cual el derecho positivo tiene que establecer una serie de marcos legales, de principios y de valores a través de normas jurídicas para asegurar el respeto y el disfrute de los derechos humanos, en este caso del derecho al desarrollo. Los derechos humanos deben ser protegidos y asegurados por el Estado de derecho, para poder ser una realidad legal y en estos tiempos para convertirse en una realidad constitucional con plenos efectos institucionales palpables en la calidad de vida de las personas.

De los derechos humanos, sin duda del catálogo amplio que integran los derechos humanos, los derechos económicos, sociales y culturales, declarados en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos conllevan a un análisis especial, sobre esta clase de derechos la Declaración Internacional del Derecho al Desarrollo señala en el artículo 1.2: “El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.³⁹

³⁹ Artículo 1.2, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, *op. cit.*

Por esta razón en el estudio del derecho al desarrollo y sobre todo en el estudio de su fundamentación jurídica es importante tomar en cuenta su relación con los derechos económicos, sociales y culturales, como también señala el artículo 6.3 de la Declaración: “Los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁴⁰

La tendencia actual de los académicos, consignada por Núñez Palacios es aquella que establece los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos: “actualmente la mayoría de los teóricos pugnan de manera fundamentada por la indivisibilidad de los derechos humanos, porque “valen igual, tienen el mismo peso, no pueden ser jerarquizados y exigen un mismo nivel de cumplimiento. Esto implica que el derecho a la salud no tiene menos valor que la libertad de expresión de algún medio de comunicación”.⁴¹

Admite Núñez Palacios que aun cuando se creó la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no se ha podido hasta ahora “uniformar el fundamento las posibilidades reales de protección de los DESC establecidos en el Pacto de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁴² Ahora la doctrina y los organismos internacionales trabajan en proveer esa fundamentación y posibilidad de garantía e implementación, uno de esos esfuerzos se refleja en la opinión de un autor ya aludido por Núñez Palacios. La misma jerarquía que les debe corresponder a todos los derechos humanos es puesta de manifiesto por Cançado Trindade cuando afirma: “podemos distinguir cuatro etapas: las de la dicotomía entre derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales; de la superación doctrinaria de dicha dicotomía por el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos; de la búsqueda de solución para una protección eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales; y de las perspectivas de evolución de la materia en los próximos años”.⁴³ Valdría la pena con ello apreciar el razonamiento de Ssenyonjo para quien el enfoque de las generaciones previene una generalización de los derechos humanos con sus “dimensiones positivas y negativas”.⁴⁴

En todo caso ha ganado terreno el criterio que avoca que los derechos humanos son finalmente indivisibles e interdependientes, esto se encuentra previsto por la Declaración Universal del Derecho al Desarrollo que suscribe en el artículo 6.3: “Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación,

⁴⁰ Declaración sobre el Derecho al Desarrollo artículo 6, en ZUMAQUERO, José Manuel, BAZÁN, José Luis, Textos internacionales de derechos humanos. II 1978-1998, EUNSA, Navarra, 1998, p. 190.

⁴¹ NÚÑEZ Palacios, Susana, *op. cit.*, p. 650.

⁴² NÚÑEZ Palacios, Susana, *op. cit.*, p. 651

⁴³ CANÇADO Trindade, Antonio, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Estudios de derechos humanos, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1994, p. 39.

⁴⁴ SSENYONJO, Manisuli, *op. cit.*, p. 14.

promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.⁴⁵

Finalmente, en este apartado se define el derecho al desarrollo citando literalmente el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo:

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.
2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.⁴⁶

Por lo tanto, el derecho humano al desarrollo desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos es un derecho humano con un componente solidario, ligado a una realización de derechos y libertades fundamentales, y cuyo objeto es que sus dos titulares: el ser humano y los pueblos puedan beneficiarse y participar del desarrollo económico, social y político. Para conseguir ese objeto, señala de forma particular que el derecho humano al desarrollo implica el derecho de los pueblos a la libre determinación lo cual consiste en que para la realización de este derecho como condición del desarrollo se debe aplicar con pertinencia las disposiciones que sean aplicables de los pactos internacionales de derechos humanos en materia de el derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluyen el ejercicio de otro derecho inalienable que consiste en la soberanía de las riquezas y recursos naturales (lo cual evidentemente merece especificarse).

II. El Derecho al Desarrollo en los Tratados Internacionales

El derecho constitucional, como bien lo expresa Carrillo Salcedo: “explica” por medio del “principio constitucional de los derechos humanos las transformaciones experimentadas en el derecho de los tratados”;⁴⁷ de acuerdo a lo anterior, estamos

⁴⁵ Artículo 6.2, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁶ Artículo 1.1.2., Declaración sobre el derecho al desarrollo, *Ibidem*.

⁴⁷ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, Soberanía internacional de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1995, p. 101. Ferrajoli también coincide en la identificación de la constitución con el principio de los derechos humanos, escribe: “justamente porque el constitucionalismo no es otra cosa que la positivación de los principios de justicia y de los derechos humanos históricamente afirmados en las cartas constitucionales;” CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 24. En los sistemas constitucionales se ha preferido la noción de derechos fundamentales, no obstante esta imprecisión metodológica en el derecho constitucional mexicano después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, las normas dogmáticas quedaron definidas bajo

frente a un fenómeno que tiene por objeto: “la articulación de un verdadero orden público internacional”;⁴⁸ este orden tiene como fin, la concreción de una organización jurídica “de todos los pueblos, naciones y estados”;⁴⁹ que se sustenta sobre la idea del equilibrio.⁵⁰

En este proceso de intertextualidad entre distintas jurisdicciones, espacios y sistemas jurídicos que ya de por sí es irreversible, el derecho constitucional y el derecho internacional público han conocido de una recíproca influencia e interdependencia: se trata de que desde el ámbito internacional, hasta el ámbito nacional, valores como la dignidad humana, el respeto de los derechos humanos, la universalidad, la interdependencia, de los derechos humanos, han sido consensadas a través de los canales de discusión que posee la voluntad soberana y se ha reconocido de esta manera la “existencia de obligaciones *erga omnes*” que quiere decir universales, respaldadas por el hecho factual de haber sido “reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario, solo modificables por nomas del mismo carácter;” lo cual viene a significar que el derecho de los tratados y de distintos instrumentos internacionales ha sido recogido como norma de *ius cogens*; que a su vez ha sido recogido como derecho constitucional, porque sin ser redundante ha sido integrado a la constitución, al ordenamiento

la noción de derechos humanos, como se demostrará en el transcurso del trabajo la doctrina constitucional y la internacional han coincidido en que no existe una jerarquía de derechos, por lo que los derechos humanos de segunda generación, que importan un contenido social y una obligación activa del estado, no son puestos en discusión como derechos humanos con contenido esencial y pleno de ser garantizado, de todas formas la recíproca influencia que en el derecho constitucional y en el derecho internacional contemporáneo de los derechos humanos es una realidad, como una realidad también es que los derechos fundamentales, como se les denomina en la Carta y en algunos párrafos de la DUDH nacieron en los sistemas constitucionales particulares del marco de los Estados-Nación, previos a la instauración del orden internacional contemporáneo, me parece importante añadir la inteligente reflexión de Antonio Flores Saldaña sobre la operación del principio de los derechos fundamentales en los estados constitucionales para ilustrar como el principio de los derechos humanos fue propagándose a la esfera internacional: “Los derechos fundamentales se derivan del entendimiento de que el Estado constitucional está diseñado pensando en que la limitación del poder, por la vía del establecimiento de cuantiosos deberes a los órganos estatales, a fin de que los ciudadanos puedan ser libres y la regulación de la acción estatal que parte de una cautela ante la acción de los gobernantes se diseña: “parea hacer frente a los fracasos de quienes detentan el poder estatal,” sin que en el Estado constitucional existan mecanismos para hacer frente a los fracasos de los ciudadanos.” FLORES Saldaña, Antonio, El paradigma de la constitución. ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?, en FLORES Saldaña, Antonio, Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, Tirant Lo Blanch, Universidad Panamericana Campus Guadalajara Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p. 230. La teoría más contemporánea que interpreta el constitucionalismo de los derechos es el neoconstitucionalismo, Flores Saldaña lo retrata con amplitud: “El neoconstitucionalismo tiene como premisa fundamental la prevalencia de la protección y expansión de los derechos fundamentales sobre las normas estructurales y formales del ordenamiento jurídico.” *Ibidem*, p. 386.

⁴⁸ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, *op. cit.*, pp. 13-22.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Ídem*.

constitucional superior de un estado que irradia en el resto del ordenamiento jurídico estatal.

Mucho se ha escrito acerca de si este fenómeno de la globalización del derecho y de la cada vez más recíproca intertextualidad y superposición en los ordenamientos jurídicos y los sistemas constitucionales, lo que es de destacarse, no obstante, esto ha venido a conformarse como una auténtica consecuencia de la voluntad soberana de los Estados, que lejos de ser adversa, tiende a manifestarse como una auténtica relación *inter pares*; es decir entre iguales en las relaciones internacionales, no hacerlo conduciría al aislamiento internacional, en este tenor para Bazán: “En efecto la irrupción de los modernos Tratados internacionales de Derechos Humanos en la escena iusinternacionalista ha supuesto la progresiva consagración de una tendencia hacia la creación de espacios jurídicos donde las obligaciones de los Estados ya no son meramente recíprocas y sinalagmáticas, sino fundamentalmente objetivas”.⁵¹

Indudablemente uno de los logros más significativos en el ámbito del derecho internacional de los derechos de los humanos, y enmarcado por supuesto objetivamente en el marco jurídico iusinternacionalista del derecho de los tratados fue la aprobación de sendos pactos vinculantes de derechos humanos, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos y el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, inicialmente se tenía programado por la Comisión de Derechos Humanos, que los pactos fueran aprobados de manera paralela a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que aglutinó de manera sorprendente el beneplácito de diversas naciones, dirigentes políticos y actores de la naciente sociedad civil.⁵² Bazán al respecto considera:

*Los derechos humanos como exigencias operativas de justicia dimanantes de la dignidad humana, se han incorporado al patrimonio jurídico de la humanidad y han sido perfilados y plasmados en los textos internacionales, dando lugar a un efecto cascada que tiene su inicio cronológicamente en la Declaración de Bogotá, aunque por su relevancia y carácter universal, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).*⁵³

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que Bobbio describió como representante de la “conciencia histórica”⁵⁴ irrumpió en el escenario internacional, como la puerta de arranque para la creación de un orden internacional basado en el respeto y la protección de los derechos humanos de las personas sin distinción alguna, la DUDH, se estableció como una expresión de la conciencia jurídica de la

⁵¹ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, *op. cit.*, pp. 13-22.

⁵² Como acertadamente escribe Bazán: “En las últimas décadas a partir, sobre todo, de 1945, puede observarse un cambio en las notas características de la sociedad internacional, y, consecuentemente del Derecho Internacional, que ha pasado de ser eminentemente descentralizado, liberal y oligocrático, a incluir elementos sociales, institucionales y democráticos.” BAZÁN, José Luis, Estudio preliminar, en ZUMAQUERO, José Manuel, BAZÁN, José Luis, Textos internacionales de derechos humanos II 1978-1998, EUNSA, Navarra, 1998, p. 41.

⁵³ *Ibidem.*, p. 36.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos, Ed. Sistema, Madrid, 1998, p. 74.

humanidad,⁵⁵ un fundamento de un proyecto de convivencia universal,⁵⁶ según Caesars, la DUDH fue presentada por el jurista francés René Cassin el 9 de diciembre de 1948 en sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁵⁷ posteriormente la DUDH fue aprobada un 10 de diciembre de 1948 contando con el voto unánime de los Estados, sin embargo la declaración era solo un paso en el ambicioso proyecto internacional de pacificación y de seguridad, la DUDH era como apunta Bazán solo la primera fase,⁵⁸ la segunda fase se integraría por la aprobación de los pactos internacionales como instrumentos jurídicos vinculantes y la tercera fase a través de la implementación de “medidas de carácter ejecutivo”.⁵⁹

Singularmente complejo ha sido el tránsito histórico, el estudio jurídico y objetivo de los pactos internacionales, no puede estudiarse sin tomar en cuenta el fundamento básico de los pactos que se constituye por la DUDH, la declaración ante las resistencias previas a su aprobación, se consolidó como el vehículo ideal para dar inicio a un proceso de “aceptación progresiva y generalizada”⁶⁰ de los derechos humanos, desde luego que dos elementos contribuyeron para explicar la “recepción del concepto de derechos humanos,” el primero fue la resolución que la Organización de las Naciones Unidas asumió del riesgo que conllevaba la declaración de “convertirse en un instrumento de liberación efectiva al aplicar el principio de autodeterminación para la emancipación de los pueblos coloniales”;⁶¹ el segundo pero más importante, porque coincide con la tradición del liberalismo político de fuerte arraigo en los sistemas constitucionales: “la progresiva identificación de los derechos humanos con un concepto de democracia más moderno en el sentido de más social y participativa”.⁶² En este último aspecto recordemos que los derechos humanos, son producto de la democracia liberal en el más estricto sentido.

La trascendencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es incuestionable, el sistema internacional de los derechos humanos ha generado un catálogo institucional de gran envergadura hemos asistido a la creación de instituciones y organismos internacionales, facultados para laborar en el ámbito internacional para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, instituciones como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sustituida en el 2003 por el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT),

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 37.

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ WINTER, Jay, PROST, Antoine, René Cassin and Human Rights. From the Great War to the Universal Declaration, Cambridge University Press, United Kingdom, 2013, p. 221.

⁵⁸ *Ídem.*

⁵⁹ *Ídem.*

⁶⁰ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, *op. cit.*, p. 37.

⁶¹ *Ídem.*

⁶² *Ídem.*

la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo de Europa y sus órganos, la Comisión y el Tribunal de Estrasburgo, el Comité de Ministros de la Unión Europea, la Asamblea Parlamentaria, la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos.

Asimismo la constitucionalidad de la conformidad de la constitución con los textos internacionales de derechos humanos, se ha incrementado, países como Canadá, Portugal, España, Alemania, y recientemente México: “interpretan sus derechos fundamentales a luz de los textos internacionales”,⁶³ lo que significa el ejemplo más factible de la efectiva influencia recíproca entre el constitucionalismo de los derechos y el derecho internacional de los derechos humanos, en esta aproximación recurrente entre dos espacios jurisdiccionales: el nacional y el internacional con el objeto de respetar y proteger los derechos humanos de la persona humana.⁶⁴

El derecho internacional contemporáneo se caracteriza como he comentado por una recíproca interacción con el derecho constitucional, esto significa que nos encaminamos hacia una armonización entre el derecho constitucional y el derecho internacional contemporáneo y el ejemplo más básico de esta transformación se identifica por la inclusión de los derechos humanos como nuevo principio constitucional introducido en 1945 por la Carta de las Naciones Unidas.⁶⁵

En el derecho internacional se establece una distinción entre el derecho convencional que es el derecho de los tratados y el derecho consuetudinario, en esta última ramificación se integran las declaraciones internacionales, y demás instrumentos normativos que no poseen formalmente un carácter vinculante, sin embargo, desde la perspectiva de lo que los internacionalistas denominan como derecho desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho consuetudinario a través de las declaraciones, particularmente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha afirmado con un carácter vinculante que integrado al derecho internacional consuetudinario por lo que los Estados-partes de la Declaración no pueden justificar su omisión o considerar sustraerse del respeto de los derechos humanos contenidos en la declaración ante diversas circunstancias, siendo las más evidentes las violaciones graves de derechos humanos –tema sobre el cual

⁶³ Bazán, José Luis, Estudio preliminar *op. cit.*, p. 39.

⁶⁴ “Resulta inexcusable recordar como la mayoría de las constituciones modernas se fundamentan sobre los mismos valores que se hallan en la base de los derechos humanos: la libertad, la igualdad, la solidaridad e incorporan en muchos casos, como ocurre con la Constitución española, la referencia explícita a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como fuente privilegiada de aplicación de sus normas.” 24-25. El artículo en comento es el artículo 10. 2 de la Constitución española que establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁵ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 36.

en estos momentos no abordaré— de lo anterior lo que sí se puede constatar es que la declaración ha sido aceptada paulatinamente como: “interpretación legítima de las normas relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las relativas a la obligación jurídica de los Estados de promover la observancia de los derechos humanos”.⁶⁶

Quizás el objetivo más acabado de la Declaración fue la elaboración y aprobación de los pactos internacionales, de los convenios, conformando así el ideal primigenio bajo el cual fue concebida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cierto es que inicialmente la intención era que los pactos fueran aprobados de manera paralela a la declaración, pero los tiempos históricos de esa época complicaban la inventiva, los estados occidentales se interesaron más por los derechos civiles y políticos, derechos de primera generación; los países de influencia soviética se mostraban interesados por los derechos económicos, sociales y culturales, clasificados por la doctrina como derechos de segunda generación y los países del mundo subdesarrollado impulsaron como se ha mencionado en líneas precedentes los derechos de tercera generación; esta imprecisión y desacuerdo en parte fueron responsables de que la aprobación de los pactos se dilatará por diez años, sin embargo Carrillo Salcedo considera que esta demora fue beneficiosa pues los Estados-partes asumieron con mayor claridad el contenido de los derechos humanos.

No puede negarse que entre los esfuerzos más acabados de integración y que se reflejaron fielmente en la voluntad estatal de anticiparse a la internacionalización de los derechos humanos, uno de los esfuerzos más audaces se vio en el ámbito regional, en las instituciones europeas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950, previo a los pactos se adelantó entre algunas cosas a establecer una relación indivisible entre los derechos humanos, pues en el preámbulo del convenio, el convenio confirma la voluntad de los Estados-partes para: “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos;” como explicaré más adelante la estructura del convenio coincide con la estructura de la declaración pues en ambos se puede palpar la voluntad de los Estados-partes de proclamar una indivisibilidad entre los derechos de primera, segunda y tercera generación, es decir que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos emergentes convergen en un mismo medio y fin: son derechos inherentes a la persona humana, por su condición, resumidos en el principio universal de la dignidad humana;⁶⁷ que como bien explica González

⁶⁶ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁷ Juristas expertos como uno de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, René Cassin consideraron que la distinción entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales era ilusoria, todos los derechos forman una totalidad, que se resume en los principios que el derecho internacional contemporáneo y el derecho constitucional contemporáneo, conocido como constitucionalismo de los derechos han reafirmado en los principios constitucionales que en el caso mexicano la constitución establece: que los derechos humanos son universales, interdependientes, indivisibles y progresivos, el jurista René Cassin escribe con acierto: “Experience demonstrates that

Saldaña el principio de dignidad humana aunado al principio democrático del consenso, se configuran en el constitucionalismo contemporáneo como: “formas de entender el carácter operativo de la norma fundamental en el Estado constitucional de derecho”.⁶⁸

Los artículos 1° y 2° de la Declaración contienen los principios de libertad, igualdad y no discriminación.

Los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10° y 11° se refieren a derechos y libertades de orden personal.⁶⁹

Los derechos económicos sociales y culturales se encuentran integrados en los artículos 22°, 23°, 24°, 25°, 26° y 27° de la declaración.

Los pactos internacionales de 1966, entraron en vigor el 1976 diez años después de la aprobación suscitada en el pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estos dos pactos se interpretan como una continuidad de los postulados de la declaración, los internacionalistas consideran que los pactos de 1966 son la expresión de una “aspiración de globalidad” que se había manifestado en el seno de las Naciones Unidas en los dos eventos más trascendentales, 1945 con la adopción de la Carta y en 1948 con la adopción de la DUDH; la doctrina ha integrado a los dos pactos y a la DUDH como un solo cuerpo normativo en materia de derechos humanos, a esta integración la doctrina lo denomina como Carta internacional de los derechos humanos.

Aunque la declaración universal de los derechos humanos es un precedente histórico que afirmó el inicio del proceso de positivación internacional de los derechos humanos, los pactos internacionales cumplieron el objetivo de conceder mayor precisión a las “obligaciones jurídicas de los Estados en materia de derechos humanos”,⁷⁰ del mismo modo que los pactos fueron el canal de una expresión jurídica que en el siglo XXI ya se ha desarrollado con mayor vehemencia la noción de la garantía de los derechos, que en los pactos se formula en palabras de CARRILLO SALCEDO: “con la instauración de mecanismos de garantía y control en orden a verificar internacionalmente el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones

there is no clear-cut distinction between civil and political rights which might alone be subject to due process of law, and economic, social or cultural rights. There are permissive rights or liberties which require supplementary legislative rules in order to become amenable to the jurisdiction of the courts in exactly the same way as economic rights that derive from general policy. The guarantee of the possibility of appeal before the proper judges can no more be refused to an individual whose child has illegally been refused entry to a school, to a person converted by social security who has failed to obtain benefits to which his special skills entitle him it can be to those who base their claim on press laws or the right to vote hold meetings.” VÉASE CASSIN, René, *The liberal Western Traditions of Human Rights*, Round Table of Human Rights, Oxford, 11-19 November 1965., UNESCO/22/HR/10.

⁶⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, en *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables a México*, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁹ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁰ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 56.

en materia de derechos humanos”.⁷¹ No cabe duda de que los pactos son los instrumentos internacionales convencionales más importantes en materia de derecho convencional de los derechos humanos, por lo que efectivamente es muy correcta la formulación que considera que los pactos son los “dos primeros tratados generales en materia de derechos humanos”.⁷²

Desde su nacimiento, los pactos internacionales, estuvieron vinculados a una categorización que los asumía bajo el método de la perspectiva histórica,⁷³ esta clasificación consiste en un planteamiento de que los nuevos derechos aparecen como respuesta al surgimiento de nuevas necesidades;⁷⁴ esta innovación producida en el interior del derecho positivo de los derechos humanos, es resultado como advierte Bobbio del cumplimiento de los procesos de positivación, generalización e internacionalización de los derechos humanos.⁷⁵ En este orden de ideas el derecho positivo de los derechos humanos expresado por medios de los pactos es lógicamente producto de una condición histórica que comparte Occidente, el nacimiento y la consolidación del estado de derecho, como “estado de ciudadanos”,⁷⁶ esto también explica la identificación que guardan los derechos humanos con la democracia en sus dos dimensiones social y participativa.

Por supuesto que ambos pactos por su contenido representan una innovación muy sugerente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, su conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos es fidedigna, pero además de su influencia en materia de constituir un derecho convencional de los derechos humanos, por tratarse de los dos primeros tratados generales en materia de protección de los derechos humanos, los tratados sientan las bases para la manifestación de una nueva línea de tendencia,⁷⁷ que Bobbio denomina la especificación de los derechos humanos,⁷⁸ esta especificación sustancial en este artículo significa: “el paso gradual pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”.⁷⁹

⁷¹ Ídem.

⁷² *Ibidem.*, p. 56.

⁷³ RODRÍGUEZ Palop, María Eugenia, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Ídem. Norberto Bobbio en su distinguido trabajo al definir este proceso de especificación de los derechos y sus particularidades pone de relieve las condiciones bajo las cuales se ha producido la especificación de los derechos, que según él se han enfocado: “...respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales de la vida humana.” En cuanto a la diferenciación del género señala que esta ha incidido en el reconocimiento de las “diferencias específicas de la mujer respecto del hombre;” En relación con las distintas etapas de la vida, se ha plasmado en la distinción entre: “los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto;” y según parece en la distinción establecida por la especificación de los

Los pactos se distinguen en su estudio como he apuntado porque hacen referencia a dos grandes agrupaciones de derechos (generaciones)⁸⁰ los derechos civiles y

derechos referidos a un estado normal y los estados excepcionales del ser humano Bobbio lo constata en la “exigencia de reconocer derechos especiales a los enfermos, a los incapacitados a los enfermos mentales, etc.” *Ibidem.*, p. 110. Los instrumentos normativos internacionales en los cuales fundamenta Bobbio su observación son por mencionar algunos: La Declaración de los Derechos del Niño (1959), Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Declaración de Derechos del Disminuido Mental (1971); posteriormente se ha presenciado una avalancha de instrumentación normativa más vinculante: La Convención de los Derechos del Niño, la CEDAW, y evidentemente los dos pactos.

⁸⁰ Estas generaciones de derechos humanos son producto de una necesidad conceptual, de un fenómeno social ávido de definir los procesos que han multiplicado y universalizado la esfera de los derechos, estos tres procesos Bobbio los define así: “a) porque ha ido aumentando la cantidad de bienes considerados merecedores de ser tutelados; b) porque ha sido ampliada la titularidad de algunos típicos derechos a sujetos distintos del hombre; c) porque el hombre mismo no ha sido ya considerado como ente genérico, u hombre en abstracto, sino que ha sido visto en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, como menor, como viejo, como enfermo, etc.” Estos procesos configuran la acepción tradicional de las generaciones de derecho aunque con otras palabras, Bobbio cuando define el primer proceso señala que este: “se ha producido el paso de los derechos de libertad, de la llamada libertad negativa, de religión, de opinión, de prensa, etc., a los derechos políticos y a los derechos sociales, que requieren una intervención directa del Estado.” Este proceso sería un punto de encuentro entre la primera y la segunda generación de los derechos y podría ser un elemento para explicar la aspiración inicial que no pretendía desmarcar a ambas categorías; el segundo proceso que explica esta transformación en los derechos es explicado por Bobbio: “el paso de la consideración del ser humano *uti singulus*, que ha sido el primer sujeto al que se le atribuyeron derechos naturales (o morales), en otras palabras de la «persona», a sujetos distintos del individuo, como la familia, una minoría étnica o religiosa, toda la humanidad en su conjunto dentro del debate actual entre filósofos morales sobre el derecho de los descendientes a la supervivencia, y más allá de los individuos aisladamente considerados o en las distintas comunidades reales o ideales que lo representan, hasta titulares diferentes de los hombres, como los animales.” Las consideraciones de Bobbio acerca del segundo proceso bien pueden robustecer las ideas que conllevaron a que uno de los elementos indispensables de la DUDH y de los pactos fuera el principio de autodeterminación y una tendencia internacional para respetar derechos de las minorías, definidos como derechos minoritarios, en este caso con la irrupción que en el escenario internacional guarda los derechos culturales por señalar un ilustración, en todo caso el segundo proceso oscila entre derechos sociales y derechos de segunda y hasta de tercera generación como el derecho al desarrollo pero que reflejan esa tendencia que empieza a perfilar que los derechos humanos no solo se interpretan en función de la simple y llana condición humana, sino en función de sus derechos en acción frente y al interior de su comunidad, sea esta de la clase que sea. Y ya por último en estas líneas el restante tercer proceso documentado por Bobbio es: “el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales, en relación a distintos criterios de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas, cada uno de los cuales revela diferencias específicas, que no consienten igual tratamiento e igual protección. La mujer es diferente del hombre, el niño del adulto, el adulto del viejo, el sano del enfermo, el enfermo temporal del enfermo crónico, el enfermo mental de otros enfermos, los físicamente normales de los minusválidos, etc.” Este proceso sobre el cual Bobbio se manifiesta, es el tercer criterio por el cual Bobbio, contrasta la noción de especificidad de los derechos y nos demuestra que estos criterios son útiles para la elaboración de nuevos derechos en relación no solo de la función que el sujeto realiza en sentido social, sino también individual, no son derechos sociales, de la colectividad fácilmente descriptibles y aplicables bajo criterios que atienden a la colectividad, como sujeto, sino que la titularidad de los derechos alcanza formas más elaboradas en razón del sujeto titular del derecho: la mujer, el discapacitado, el niño, el migrante,” en este punto se localiza la circunflexión entre las tres generaciones de derechos humanos. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, pp. 115-116.

políticos que presuponen obligaciones estatales de no hacer y los segundos, aunque no en jerarquía, los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales le confieren al estado obligaciones de hacer. Ambos pactos contienen como es de suponerse conforme a la aspiración en la Comisión de Derechos humanos de aquella época, “disposiciones comunes”⁸¹ los principios de autodeterminación, no discriminación, e igualdad. Pero la principal aportación precisada por los pactos fue el primigenio desarrollo por parte de las Naciones Unidas de dotar a los derechos humanos de instrumentos de garantía de los derechos humanos.⁸²

El fundamento positivo de que los pactos pretendían “precisar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos” atendiendo de manera expresa a sus obligaciones internacionales y jurídicas para garantizar y respetar los derechos tanto civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, se encuentra en el pacto de los derechos civiles y políticos en el artículo 2.1 del pacto que estatuye el compromiso que asumen los estados para asumir las obligaciones que los pactos como compromiso internacional y jurídico implicaban: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.⁸³

Cumpliendo con la intención inicial de los redactores de la declaración,⁸⁴ de los estados-partes representados en la Comisión de Derechos Humanos, estos dos pactos estaban por decir una palabra hermanados, por lo que el artículo 2.2 del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales también contempla la obligación de los estados-partes para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁸⁵

Aunque los pactos internacionales comparten un interés y una voluntad internacional y jurídica por facilitar el análisis de los derechos humanos, por conectar el

⁸¹ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 58.

⁸² VASAK, Karel, *op. cit.*, p. CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 58.

⁸³ Artículo 2.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Véase

⁸⁴ Los pactos internacionales fueron redactados con la consigna de ser una extensión de la DUDH, Bobbio no fue omiso a esta ambición en el proyecto internacional de los derechos humanos, así manifiesta: “Se trata de un verdadero desarrollo o quizá incluso de una gradual maduración de la Declaración, que ha generado y está generando otros documentos interpretativos e incluso integradores del documento inicial.”BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁵ Artículo 2.2 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho internacional de los derechos humanos, *op. cit.*, p. 51.

respeto y la protección de los derechos humanos en una sola vía y objetivo estatal e internacional, aunque estos pactos son la expresión más acabada de los designios de la Carta de San Francisco, no se debe olvidar que los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos son poseedores de una distinta naturaleza, porque como correctamente razona Bobbio, si bien con el devenir del tiempo se presentará una “formal extensión de la esfera del derecho a la vida de generaciones futuras”,⁸⁶ ciertamente y por el contrario en relación con las expectativas que genera el continuo acrecentamiento de la positivación internacional e interna de los derechos humanos, y el ensanchamiento claro está, de las generaciones, como explica acertadamente Bobbio, la promesa de los derechos humanos, se verá contrastada, hasta contradecida, por amenazas a las que está expuesta la humanidad: “cuya supervivencia está amenazada por el crecimiento desmesurado de las armas cada vez más destructivas, y a sujetos nuevos, como los animales, que la moralidad común ha considerado siempre solamente como objetos o, como máximo, sujetos pasivos, sin derechos”,⁸⁷ indiscutiblemente estas formulaciones son admirables porque como asevera: “a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil”.⁸⁸ Por eso Bobbio, considera que lo que realmente un argumento real y no ideal de los derechos humanos, de los derechos del hombre “siempre nuevos y siempre más extensos” consiste en asegurarles una protección efectiva,⁸⁹ en una palabra: garantías, que son como menciona el jurista de Turín, lo verdaderamente importante, la más acabada expresión del derecho, pues como dice: “lo que importa no es fundar los derechos del hombre, sino protegerlos. No tengo necesidad de añadir ahora que para protegerlos no basta con proclamarlos. Hasta ahora he hablado solamente de las distintas y más o menos articuladas enunciaciones”.⁹⁰

Tales apreciaciones pueden visualizarse como razones fehacientes para observar porque los pactos internacionales como apunta Carrillo Salcedo presentaron divergencias⁹¹ en la positivación de las obligaciones asumidas por los Estados— partes en cada convenio, esto explica las razones por las cuales de los mecanismos institucionales previstos en los pactos, el mecanismo institucional establecido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, planteado de una manera muy rigurosa en otro documento vinculante que es su Protocolo Facultativo Anexo, fuera más detallado y más elaborado que el previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹²

⁸⁶ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 111.

⁸⁹ *Ídem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 74.

⁹¹ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 59.

⁹² *Ídem*.

El pacto internacional de los derechos civiles y políticos comparte con el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales la disposición común que consagra el derecho humano a la autodeterminación, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos consigna: “1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.⁹³ Por su parte, la Declaración sobre el derecho al desarrollo no define específicamente el derecho de los pueblos a la libre determinación, solo agrega que este derecho incluye una característica, vinculándolo a las disposiciones pertinentes de los dos pactos internacionales de derechos humanos: “el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.⁹⁴

El artículo 2.1° del pacto internacional de los derechos civiles y políticos consagra como ya se señaló el principio de no discriminación,⁹⁵ el artículo 2.3° establece el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso, el artículo 3° establece el principio pero también el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres para el goce de los derechos civiles y políticos.⁹⁶

El artículo 6° contempla el derecho a la vida, que puede interpretarse como principio, valor, en el cual la vida es un fin no un medio, residente en el principio de dignidad humana positivizado en el preámbulo del pacto como el gran eje rector de este y del resto de los instrumentos internacionales de respeto y protección de los derechos humanos. La redacción de este artículo se extiende hacia la prohibición de la aplicación de la pena de muerte, citando un importante instrumento internacional que es la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.⁹⁷

El artículo 7° se refiere a la prohibición de torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el artículo 8.1° establece la prohibición de la esclavitud, artículo 9° una serie de derechos de libertad personal, y garantías de seguridad jurídica; el artículo 12° libertad de circulación, 13° derechos de extranjería, 14° garantías del debido proceso; 16° derecho de la personalidad jurídica, 17° derecho a la seguridad, derecho a la intimidad y derecho a la privacidad, derecho a la protección de correspondencia; artículo 18° libertades de conciencia, libertad de pensamiento y libertades de religión.⁹⁸

El artículo 19° del pacto establece la libertad de expresión, pero también previene de sus límites y restricciones que son la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. El artículo 21° reconoce el derecho de aso-

⁹³ Artículo 1.1° Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La redacción del artículo 1.1° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es similar.

⁹⁴ Artículo 1.2. Declaración sobre el derecho al desarrollo.

⁹⁵ Artículo 2.1° Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, *op. cit.*

⁹⁶ Véase artículos 2.3° y 3° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; *op. cit.*,

⁹⁷ Véase artículo 6° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, *op. cit.*

⁹⁸ Ver artículos 7°, 8.1°, 9°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18° del pacto internacional de los derechos civiles y políticos, *op. cit.*

ciación bajo el requisito impuesto por el convenio de que esta debe de ostentarse como pacífica; el artículo 21.3° consagra la libertad sindical ya prevista en otras normativas internacionales Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, enfatizando la protección del derecho de sindicación; el artículo 23° consagra el derecho fundamental del hombre y de la mujer para formar una familia; el artículo 24° consagra derechos del niño: protección por parte de su familia y del estado, a tener un nombre; y el derecho del niño a adquirir una nacionalidad; el artículo 25° consagra derechos políticos, a votar y ser elegidos, el derecho humano del ciudadano a participar en los asuntos públicos directamente (fundamento de la democracia directa y participativa) y por medio de representantes; este artículo también consagra el derecho de acceso en condiciones de igualdad en las funciones públicas de un país.⁹⁹

El artículo 26° consagra que todas las personas son iguales ante la ley; el artículo 27 establece el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.¹⁰⁰

El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, contiene como mencioné disposiciones comunes con el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, siendo la más importante el preámbulo común a los pactos que confirma el principio de la dignidad humana. El pacto como ya se mencionó en el artículo 1° establece el derecho a la autodeterminación, configurando este gran principio universal; el artículo 2° no posee ni la misma redacción, ni la misma referencia a las garantías como en el artículo 2° del pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el artículo 2° del citado pacto atendiendo a las diferencias que se extraen de la divergente naturaleza de los derechos civiles y políticos que engloban una abstención del estado de interferir en la vida de los ciudadanos, de los derechos económicos, sociales y culturales, que se realizan mediante una intervención activa de estado y una mayor participación en la vida social, pero que además incorporan un costo económico, ello explica como apunta Carrillo Salcedo: “que los Estados—partes en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales se comprometan únicamente a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales y hasta el máximo de los recursos que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el pacto”.¹⁰¹

Para ilustrar con una mayor profundidad las diferencias que para efectos de abordar los mecanismos de garantía de los derechos humanos por estos pactos y que han sido los elementos que se han calificado como lo más innovador de este proceso de positivación del derecho internacional de los derechos humanos, es que transcribo el diferente artículo 2° del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales:

⁹⁹ Ver artículos 19°, 21°, 21.3°, 23°, 24° y 25° del pacto internacional de los derechos civiles y políticos. *op. cit.*

¹⁰⁰ Ver artículos 26° y 27° del pacto internacional de los derechos civiles y políticos, *op. cit.*

¹⁰¹ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 59.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.¹⁰²

El artículo 3° es de una redacción similar al artículo 3° del pacto internacional de los derechos civiles y políticos en cuanto a que consagra el principio de la igualdad; el artículo 6° comprende el derecho al trabajo y ciertas garantías propias derecho laboral; el artículo 8° proclama la libertad sindical; el artículo 9° reconoce el derecho a la seguridad social; el artículo 9° comprende el derecho a la familia, y ciertos derechos especiales para los niños y los adolescentes, comprende medidas para sancionar el maltrato y la explotación infantil; el artículo 11° comprende derechos con contenido económico: el artículo 11.1° se refiere a la calidad de vida, especialmente en materia de derecho a la alimentación y un abstracto derecho a la vivienda.¹⁰³

El artículo 12° de convenio establece un derecho muy importante, el derecho a la salud, en su manifestación física y mental; el artículo 13° es uno de los fundamentos internacionales normativos del derecho a la educación, en él se establecen diversas garantías; el artículo 15° comprende el reconocimiento pleno a los derechos culturales, es un artículo crucial porque también establece la obligatoriedad para los estados partes de adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.¹⁰⁴

Los pactos internacionales en su conjunto han coadyuvado para la aplicación de la universalización, generalización, positivación e internacionalización de los derechos humanos, sus avances en términos de insistencia hacia los Estados en materia de garantías han ido paulatinamente avanzado, por lo pronto el desarrollo normativo propiciado por la adopción de los pactos internacionales de 1966 del derecho internacional

¹⁰² Véase artículo 2° del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho internacional de los derechos humanos, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰³ Véanse artículos 3°, 6°, 9°, 11° y 11.1° del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, *op. cit.*,

¹⁰⁴ Véanse artículos 12°, 13° y 15° del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, *op. cit.*

de los derechos humanos,¹⁰⁵ ha reforzado el respeto y la protección internacional de los derechos humanos, y ha sido clave para la elaboración de convenios específicos como la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención de los Derechos del Niño (1989).

Quizá el avance que aún es más difícil de contextualizar es el tema de que las garantías de los pactos como garantías jurisdiccionales, comprenden un análisis más problematizado, en primer lugar porque se debe tomar en cuenta que la garantía jurisdiccional es una excepción, en el caso de los pactos pues las medidas ejecutivas para la llamada *implementación de los derechos humanos*, es una vía idónea para su respeto y cooperación, vía que se nutre y se fortalece, por una vigencia del estado de derecho, que como “estado de ciudadanos” retomando a Bobbio, es la condición indispensable para la supervivencia de la democracia;¹⁰⁶ asimismo la asistencia y la cooperación internacional afirmadas en el artículo 2º del convenio son mecanismos de ayuda pero también de apremio para lograr revertir los retrocesos en materia de respeto y protección de los derechos humanos y asimismo para asegurar su cumplimiento, no en vano como menciona Bobbio quizás nos acerquemos a una cada vez mayor representatividad de los organismos internacionales,¹⁰⁷ que responde a un proceso de humanización del derecho internacional según Carrillo Salcedo, proceso se refleja a través de la erosión y relativización¹⁰⁸ del orden internacional mediante la incorporación del desarrollo normativo de los derechos humanos que en el derecho internacional contemporáneo comprende al derecho internacional consuetudinario donde se enmarca la DUDH y el derecho convencional, con sus consiguientes pactos, de manera que esta erosión y relativización origina una dimensión nueva subjetiva del individuo como sujeto de derechos humanos mediante la obligación estatal de respetar los derechos humanos de la persona humana.

Frente a este escenario es pertinente decir que los derechos humanos como dimensión constitucional se encuentran ante una transformación prometedora, aunque como señalé el aspecto de las garantías sea el más difícil de equilibrar porque efectivamente como menciona Bobbio, las garantías dependen totalmente de la vigencia del estado de derecho dice así:

Llamamos «Estados de Derecho» a los Estados en los que funciona regularmente un sistema de garantías de los derechos humanos: en el mundo hay Estados de Derecho y Estados que no son de Derecho. No hay duda de que los ciudadanos que más necesidad

¹⁰⁵ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁶ “Recuérdese que la lucha por la afirmación de los derechos humanos dentro de los Estados estuvo acompañada por la instauración de los regímenes representativos, es decir, por la disolución de los Estados con poder concentrado. Aun cuando siempre deba tomarse con mucha cautela cualquier analogía histórica, es probable que la lucha por la afirmación de los derechos humanos también contra el Estado presuponga un cambio que de hecho está ya en marcha, aunque es lento, acerca de la concepción del poder externo del Estado respecto a los demás Estados y un aumento del carácter representativo de los organismos internacionales.” BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 18.

tendrían de la protección internacional son los ciudadanos de los Estados que no son de Derecho. Pero estos Estados son precisamente los menos inclinados a aceptar las transformaciones de la comunidad internacional que deberían abrir la vía a la institución y al buen funcionamiento de una protección jurídica plena de los derechos humanos.¹⁰⁹

Bobbio se refiere al procedimiento de demanda individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos suscrito en el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 1950*, este maravilloso ejemplo le sirve a Bobbio para hacer constancia del avance notorio que en algunos organismos, en este caso en el marco regional europeo, recordemos que en esos años la integración europea gestaba su génesis; durante esos años recuerdo ya se tenía la intención de crear una Corte Penal Internacional, ahora existente desde 1998, en el marco regional interamericano dos de las instituciones más logradas es la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos que juntas configuran lo que hasta ahora podría mencionarse como órganos en el caso de la Corte jurisdiccionales facultados para tutelar garantías jurisdiccionales.

A pesar de los avances que reviste el derecho humano al desarrollo debo dejar patente que el derecho al desarrollo no se encuentra establecido de manera formal en un tratado internacional, por lo tanto de manera expresa no ha logrado constituir una sola norma internacional vinculante.¹¹⁰ Sin embargo, la doctrina ha recomendado dar el siguiente paso de incluirlo en una norma internacional de tipo vinculante asegurándolo en el sistema de fuentes del DIDH.¹¹¹

Conclusiones

La definición formal del derecho al desarrollo ocurrió en la Declaración de Naciones Unidas de 1986. Diversos instrumentos convencionales y no convencionales como la Declaración de Viena de 1993, resoluciones de Naciones Unidas, declaraciones gubernamentales, entre otros documentos oficiales de agencias de Naciones Unidas le han ido confiriendo su carácter normativo-jurídico; por los pactos internacionales de derechos humanos: de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos sociales y culturales, de lo cual deviene que todos los derechos humanos deben interpretarse en base a los principios de universalidad progresividad, interdependencia e indivisibilidad, el desarrollo de estos principios derivado de la interpretación jurídica en el ámbito internacional y nacional de los pactos ha derivado en el ulterior reconocimiento gradual del derecho al desarrollo como un derecho humano.

El derecho al desarrollo desde una perspectiva histórica se ha clasificado como un derecho de la tercera generación de los derechos humanos y su carácter está

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁰ BUNN, Isabella D., *op. cit.*, p. 280.

¹¹¹ SCHRIJVER, Nicolaas, "Many Roads Lead to Rome. How to Arrive at a Legally Binding Instrument on the Right to Development?" en MARKS, Stephen (Ed.), *Implementing the Right to Development The Role of International Law*, The Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), Geneva, 2008, p. 127.

especialmente vinculado a derechos como: libre determinación de los pueblos; independencia económica, política; derechos de identidad nacional y cultural; derecho a la paz; coexistencia pacífica; cooperación internacional y regional; justicia social internacional; uso de los avances de la ciencia y la tecnología; seguridad alimentaria; cuestiones demográficas, educativas y ecológicas; derecho al medio ambiente; patrimonio común de la humanidad y a una vida digna.

La especial relación del derecho al desarrollo como los derechos anteriormente mencionados da cuenta de la importancia que tienen los pactos internacionales de los derechos humanos para la subsecuente definición del derecho al desarrollo como un derecho humano, al igual que otro aspecto esencial consiste en entender el ámbito nacional de los derechos humanos, lo cual quiere decir que la conformidad de la constitución con los textos internacionales de derechos humanos, mediante la interpretación jurisprudencial de los derechos fundamentales referenciando a los textos internacionales de derechos humanos. Lo cual significa una aproximación entre dos espacios jurisdiccionales, el nacional e internacional; entre el constitucionalismo de los derechos y el derecho internacional de los derechos humanos, con el objeto de respetar y proteger los derechos humanos de la persona humana. Lo cual incide en la definición del derecho al desarrollo, no únicamente en su conformación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, sino de los derechos nacionales, de los efectos de la globalización, en lo cual se observa que el derecho al desarrollo de forma común parte de la definición que nos proporciona la propia Declaración sobre el derecho al desarrollo: “El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”.

Recomendaciones

Utilizar a los pactos internacionales de los derechos humanos como verdaderos instrumentos normativos para la garantía del derecho al desarrollo.

Después de la distinción entre el derecho humano al desarrollo y los instrumentos y mecanismos para su garantía definir proyectos de políticas públicas dirigidas a los titulares del derecho y que puedan ser aplicables con pertinencia, entendiendo el enfoque de desarrollo que se quiere aplicar para su realización.

Bibliografía

- ALSTON Philip, GOODMAN Ryan, *International human rights. The successor to international human rights in context*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013.
- AZIZ, Nikhil, “The human rights debate in an era of globalization: hegemony of discourse,” en *Debating human rights. Critical essays from the United States and Asia*, VAN NESS, Peter, Routledge, New York, 2003.

- BAÑO León, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española,” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8. N° 24. Sep-dic. 1988.
- BANDRÉS José Manuel, “Artículo 8,” en PONS Rafols Xavier, *La declaración universal de los derechos humanos. Comentario artículo por artículo. Asociación para las Naciones Unidas en España*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998.
- BAZÁN, José Luis, Estudio preliminar, en ZUMAQUERO, José Luis, BAZÁN, José Luis, *Textos internacionales de derechos humanos II 1978-1998*, EUNSA, Pamplona, 1998.
- BARRENA, Guadalupe, *El pacto internacional de derechos civiles y políticos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1998.
- CANÇADO Trindade, Antonio, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Estudios de derechos humanos, Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1994.
- “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos,” en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 37, enero-junio 2003, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, Ed. Porrúa, 15ª, México, 2011.
- CASSIN, René, *The liberal Western Traditions of Human Rights, Round Table of Human Rights*, Oxford, 11-19 November 1965., UNESCO/22/HR/10.
- CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra, PÉREZ Portilla, Karla (Comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Textos básicos*, Ed. Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002.
- CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía internacional de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.
- FLORES Saldaña, Antonio, *El paradigma de la constitución. ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?*, en FLORES Saldaña, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant Lo Blanch, Universidad Panamericana Campus Guadalajara Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.
- FREEMAN, Michael, *Human rights*, 2 ed., Polity Press, Cambridge, 2011.
- GÓMEZ Isa, Felipe, *El derecho al desarrollo. ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos?*, en GARRIDO Gómez, Isabel, *El derecho humano al desarrollo*, Tecnos, Madrid, 2013.
- GROSS Espiell, Héctor, “Strengthening moral solidarity: Human rights, human genetics, and the ethics of science and technology,” en YUSUF, Abdulqawi,

- Standard-setting in Unesco, Volume I, Normative, action in education and culture, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Hotei Publishing, The Netherlands, 2007.
- M'BAYE, Kéba, NDIAYE, Birame, *The organization of Africanunity (OAU), The international dimensions of human rights*, Vol1, Greenwood Press-UNESCO, Westport Connecticut, 1982.
- MARKS, Stephen P., *Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980's?*, 33 Rutgers L. Rev. 435, 435-52 (1981).
- The human right to development: between rhetoric and reality, *Harvard Human Rights Journal*, 137-68 (2004).
- NÚÑEZ Palacios, Susana, *La protección de los derechos sociales y su implementación en las sentencias de la Corte Interamericana*, Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, No. 79, México, 2012.
- PÉREZ Luño, *Estado de Derecho, Derechos humanos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.
- PIGRAU Solé, Antoni, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, en OLLÉ Sesé, Manuel, ACEBAL Monfort, Luis, GARCÍA Sanz, Nuria, *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y los ciudadanos*, Anthropos, Barcelona, 2009.
- QUERIMI, Querim, *Development in International Law: A Policy-Oriented Inquiry*, Koninklijke Brill, The Netherlands, 2012.
- RIVA Palacio Lavín, Antonio, *El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- ROBERTS, Christopher N.J., *The contentious history of the international bill of human rights*, Cambridge University Press, New York, 2015.
- RODRÍGUEZ Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.
- SERRA Rojas, Andrés, *Hagamos lo imposible. La crisis actual de los derechos del hombre*, Ed. Porrúa, México, 1982.
- SSENYONJO, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Bloomsbury Publishing, Portland, 2009.
- VASAK, Karel (Ed.), *The international dimensions of human rights*, Vol 1, Greenwood Press-UNESCO, Westport Connecticut, 1982.
- WINTER, Jay, PROST, Antoine, *René Cassin and Human Rights. From the Great War to the Universal Declaration*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2013.

El principio *pro homine* y la interpretación analógica in *bona partem* en relación con el art. 16 de la Ley Penal Tributaria¹

Juan Manuel Álvarez Echagüe²

I. Objetivo de este trabajo

La idea que trataré de exponer en este trabajo tiene que ver con la posibilidad de extender a supuestos no previstos por el art. 16 de la Ley Penal Tributaria 27.430 el mecanismo por el cual se permite extinguir la acción penal pagando las sumas evadidas.

Considero que la limitación que establece la normativa vigente es inconstitucional, y a través de los principios que surgen de los tratados internacionales, es admisible extinguir la acción en caso de que la conducta típica, antijurídica y culpable efectuada por el sujeto imputado encuadre en delitos que el art. 16 no enumera como pasibles de ser fulminados a través del pago.

II. Puntos de partida

El derecho penal (tributario) no puede ser pensado sino en clave constitucional, esto es, el derecho penal³ es, antes que nada, derecho constitucional. Dicho de otro modo, el análisis del DP debe efectuarse a partir de la Constitución Nacional⁴ y de los principios, derechos y garantías que dimanen de ella⁵ y, por ende, de los tratados internacionales constitucionalizados en la Reforma de 1994.

¹ Este trabajo encuentra fundamento en las ideas volcadas sobre este tema en mi libro “La extinción de la acción penal tributaria”, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo de 2018, al que remito para un análisis más profundo de la cuestión.

² Doctor en Derecho. Profesor Titular Regular de Derecho Financiero y Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Adjunto Regular en la Facultad de Derecho de la UBA. Autor de tres (3) libros, coautor de otros veinticinco (25) y Director de cinco (5) obras colectivas. Titular del estudio Álvarez Echagüe y Asoc. Cualquier comentario sobre este trabajo puede ser efectuado a la siguiente dirección de correo electrónico: jmae@aeyasoc.com.ar

³ DP de ahora en más.

⁴ De aquí en adelante C.N.

⁵ Esta primera idea surge con mucha preponderancia en mi libro “Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales”, ya que en él analizo el sistema sancionador tributario como un todo que tiene su origen (y límites, por ende), en los principios y garantías constitucionales del derecho penal. En el capítulo introductorio, sostuve: “... la plena aplicación de esos principios al sistema de sanciones tribu-

El Derecho Penal Tributario (DPT) posee características distintivas que lo diferencian del derecho penal. Esto no implica que tenga autonomía, pues es claro que el DPT es derecho penal especial, pero con particularidades que son absolutamente propias del sistema sancionador tributario, que deben ser analizadas a partir de los principios generales del derecho tributario, especialmente en su faz sustantiva.⁶ Así, por ejemplo, el típico principio de proporcionalidad de las penas del derecho penal se complementa en el DPT con el principio de capacidad contributiva, que es uno de los principios fundamentales del derecho tributario sustantivo.⁷

Entiendo como piedra angular fundamental de todo análisis vinculado con el sistema sancionador tributario el principio *pro homine*, que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre, constituyendo un criterio hermenéutico proveniente de esa rama del derecho, 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; y visto desde el reverso del principio, 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.⁸

tarias y a los procedimientos administrativos y procesos judiciales tendientes a imponerlas. Es decir, me adherí, y lo sigo haciendo, a aquella postura que entiende que los principios constitucionales que rigen el derecho penal son los mismos que limitan el sistema de sanciones tributarias, tanto las denominadas infracciones que se hallan incorporadas en la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario, así como los delitos determinados por la ley 24.769 Penal Tributaria y Previsional.

La idea del presente trabajo es, partiendo del desarrollo de esa postura, realizar un estudio exhaustivo de todos los principios constitucionales penales que rigen el sistema sancionador tributario. Esta tarea implicará definirlos, establecer sus distintos alcances, determinar su proyección sobre las normas que tipifican infracciones y delitos tributarios y regulan los procedimientos administrativos y judiciales para su aplicación, con el objetivo de establecer en qué casos esas normas afectan aquellos principios, motivo por el cual pueden ser tachadas de inconstitucionales". ÁLVAREZ ECHAGÜE, Juan M.: *Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 24.

⁶ Al respecto, Sferco sostiene: "El derecho tributario tiene un núcleo dogmático —luego normativo— que concibe principios generales y leyes reguladoras de los pormenores del nacimiento, vida útil y extinción de la obligación tributaria, a partir del estudio del hecho imponible, sus elementos y sus derivaciones. Con fines académicos, dicha área se denomina 'derecho tributario material o sustantivo', en cuyo marco y como ya indicamos, ser sujeto obligado o responsable remite a una categorización legalmente trascendente que centra eje en el aspecto subjetivo del hecho imponible y que se concreta en los deberes de cuantificar y pagar los tributos en su exacta magnitud, habida cuenta de la existencia de un antecedente legal y real denominado 'hecho imponible'". SFERCO, José M.: "Perfiles de derecho penal tributario a partir de sus particularismos. (Un emblema de derecho penal especial)", en *Doctrina Penal Tributaria y Económica*, Errepar, Buenos Aires, marzo de 2015, p. 8.

⁷ Ver, en este sentido, mi trabajo: *Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales*, cit., p. 315 y ss.

⁸ Este principio tiene recogida en numerosos tratados internacionales, entre ellos, el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es uno de los tratados constitucionalizados a partir de lo previsto en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el cual señala:

ART. 29.— *Normas de interpretación.*

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

La analogía *in bonam partem* constituye una herramienta argumentativa que utiliza el juez para superar los obstáculos que demanda la justicia del caso y que tendería a verse frustrada en muchos casos con una aplicación rigurosa de la ley, especialmente si se la entiende como un mecanismo a fin de ampliar las libertades individuales, siendo evidente que ni siquiera las finalidades jurídico-penales pueden ser un escollo para su fundamentación.⁹ Asimismo, la analogía *in bonam partem* sirve para colmar lagunas axiológicas, es decir, cuando los problemas de significado de la norma ya están resueltos y el operador jurídico extiende la regulación jurídica de una norma ya interpretada a un supuesto que se sabe que no es abarcado por dicha disposición legal,¹⁰ siendo los principios generales del derecho penal y los principios generales del derecho la base de esta.

Otro asunto que es de relevancia destacar, pues como se verá más adelante es importante para dilucidar el planteo que aquí efectúo, es que el DPT fue, lamentablemente, pensado con una clara finalidad recaudatoria, y se ha alejado de la idea central del derecho penal. Este vicio de origen se ha ido arrastrando a lo largo de las sucesivas reformas al Régimen, y es posible sostener, sin temor a equivocarme, que este carácter fue una de las guías seguidas en cada modificación introducida al sistema, aun cuando se lo haya intentado disfrazar bajo otros objetivos. Pretender recaudar a través de la Ley Penal Tributaria, es decir, poner al derecho penal tributario al servicio de fines netamente monetarios, violenta la esencia del derecho penal, lo que implica necesariamente constantes colisiones con los principios y garantías constitucionales.

-
- 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.

⁹ Cfr. MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan P.: “Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal, tesis doctoral”, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, p. 257. Disponible en (<http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7304/tpmf.pdf?sequence=1>).

¹⁰ Sostiene Montiel Fernández: “Tiene una gran importancia distinguir, a su vez, entre las lagunas axiológicas y los desacuerdos valorativos por rechazo de una tesis de relevancia excluyente. En las lagunas axiológicas se produce una confrontación entre la tesis de relevancia del legislador y la hipótesis de relevancia del juez. Aquí el juez entiende que el legislador no ha tomado como relevante una propiedad y que, de haberlo hecho, habría dado al caso genérico afectado por la laguna axiológica un tratamiento jurídico distinto. Aquí se habría producido un descuido del legislador y por esta razón el juez corregiría este error. En cambio, en los desacuerdos valorativos por rechazo de una tesis de relevancia excluyente el legislador ha sido consciente de la posibilidad de que se presenten otros casos que pudiesen tener otras propiedades, pero renuncia implícitamente a considerar relevante cualquier otra propiedad distinta de las plasmadas en la ley”. MONTIEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

III. Antecedentes legislativos

Voy a dejar de lado la previsión contenida en la LPT 23.771, vigente hasta el año 1996, pues los requisitos de procedencia estaban vinculados a que al delito por el cual se había efectuado la denuncia debía serle aplicable a la pena requerida por la acusación fiscal, la ejecución condicional o, en el caso de que el imputado ejerciera la prerrogativa antes de que el Fiscal acusara, se estimare que en caso arribarse a una condena, podría corresponder la ejecución condicional de la misma.¹¹

Por el contrario, en el texto de la ley 24.769, por la cual se modifica el mecanismo extintivo de la acción penal previsto en la LPT que se derogara, el art. 16¹² preveía muy claramente que la posibilidad de extinguir la acción penal solamente se aplica en los casos de evasión simple, sea de impuestos (artículo 1°) o de recursos de la seguridad social (art. 7°), lo cual viene a acotar sensiblemente el sistema establecido en el anterior Régimen Penal Tributario.¹³

A quien le fuera imputable cualquiera del resto de los delitos no podía utilizar el beneficio del art. 16, lo cual fue criticado por los legisladores opositores al momento de sancionar la ley, pues ellos consideraban que debía mantenerse esta posibilidad para todos los delitos delineados en la LPT.

En este sentido, y como bien señaló Riquert, el beneficio no era aplicable para los supuestos de omisión de depósito de tributos o aportes retenidos o percibidos, cuando estos supuestos fueron los que generaron la mayor cantidad de procesos bajo el anterior sistema.¹⁴

Más allá de lo claro de la norma, resulta difícil entender los motivos que llevaron a los legisladores a acotar de tal manera la facultad de extinguir la acción, pues con ello se incurrió en una desigualdad manifiesta, pues los arts. 6° y 9° estipulaban penas de dos a seis años, idénticas a las previstas para los supuestos que sí permiten fugarse del proceso, no pudiendo ser objeto de la eximición de pena por pago.

¹¹ ART. 14. Cuando por la pena requerida por la acusación fiscal sea aplicable la condena de ejecución condicional o cuando con anterioridad a la acusación se estimare que presumiblemente en caso de condena corresponderá la condena de ejecución condicional y el infractor acepte la pretensión fiscal o previsional, por única vez el tribunal actuante, previa vista al fiscal y al querellante o, en su caso, damnificada, y una vez efectivizado el cumplimiento de las obligaciones, declarará extinguida la acción penal.

¹² ART. 16. En los casos previstos en los artículos 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada. La resolución que declare extinguida la acción penal será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencias y Estadística Criminal y Carcelaria.

¹³ La Ley 23.771 permitía utilizar este instituto cualquiera fuera el delito cometido de los tipificados en la misma, bajo la sola condición de que la condena requerida por el fiscal, o la que supuestamente iba a recaer, fuera de ejecución condicional. La Cámara en lo Penal Económico, Sala B, en la causa “Servicios empresarios SRL s/ley 24.769”, del 21/6/2000, ha sostenido que la Ley 24.769 es muy clara en cuanto a que limita la extinción de la acción penal a los tipos descriptos en los arts. 1° y 7° del mencionado cuerpo legal.

¹⁴ RIQUERT: Cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario, EDIAR, Buenos Aires, 1999, pp. 143 y 144.

Acotada la ley de esta forma, podía suceder que un sujeto que hubiere evadido impuestos en los términos del artículo 1º fuese condenado con la misma pena máxima que otro que ha retenido (pero no ingresado) los aportes (art. 9º), pudiendo solo el primero de ellos extinguir la acción penal, mientras que al segundo se vedaba esa posibilidad, aun cuando la afectación del bien jurídico tutelado tiene la misma entidad en ambos casos y, por ende, los dos casos deberían encontrarse en igualdad de condiciones, lo cual, evidentemente, no sucedía.

En su momento, fui muy explícito acerca de este tema, pues sostuve que la jurisprudencia, por vía de interpretación sistemática y teleológica, deberá extender la aplicación del instituto al menos a los supuestos enunciados en el párrafo anterior, ya que la inaplicabilidad a quienes incurran en los mismos del instituto de la fuga del proceso, ocasionaría una violación al derecho constitucional de igualdad de los sujetos que quisieran hacer uso de la opción, pues se encuentran inhabilitados para ejercer la misma por una norma que carece de sustento lógico, es decir, que es irrazonable y, por lo tanto, atentatoria de lo establecido por el art. 28 de la Constitución Nacional. Propugné esta salida como camino intermedio hasta tanto se produjera la modificación de la ley y se la adecuara a lo expresado por la doctrina mayoritaria y, por consecuencia, a los principios de igualdad y razonabilidad.¹⁵

Marcelo Riquert planteó lo contrario, al expresar que hasta que no se modifique la ley “no hay posibilidad de incluir en la alternativa las figuras no expresamente contempladas en el artículo mencionado”.¹⁶

La jurisprudencia capitalina rechazó planteos que pretendieron hacer extensiva la figura de la extinción de la acción penal a delitos no enumerados en el art. 16, al expresar:

*Tampoco resultaría de aplicación al caso el beneficio de la extinción de la acción penal, pues conforme la ley 24.769 el mismo solo está previsto bajo determinados requisitos para los artículos 1º y 7º y no para el 6º como es el caso de autos y además porque a la fecha el imputado no ha concretado la regularización de la deuda fiscal.*¹⁷

¹⁵ ÁLVAREZ ECHAGÜE: “Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales”, cit., p. 100. Edwards es igualmente crítico de esta postura restrictiva asumida por el legislador: “También nosotros creemos que no resulta coherente limitar la extinción de la acción penal únicamente a las modalidades simples de los delitos tributarios y previsionales de evasión, ya que hay otros delitos tipificados en la presente ley... que están reprimidos con la misma escala penal de los delitos previstos en este artículo, y sin embargo no pueden ser objeto de la extinción de la acción penal”. EDWARDS, Carlos E.: Régimen Penal Tributario, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 81. Catania, por su lado, si bien señala que no propugna la interpretación extensiva de la cláusula, entiende que “...el legislador ha tomado a estos dos delitos bajo un criterio de selección que excluye a otras figuras con menor pena, previstas en la misma ley...” (Régimen Penal Tributario cit., p. 271). También cuestiona el criterio de selección Chiara Díaz, aunque participa de la idea que he expuesto, al señalar: “Estimamos en ese orden de ideas como mucho más justo que de lege data se extienda por vía de interpretación... a todos los delitos compatibles y en igualdad de condiciones la opción prevista en el art. 16...” (CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p. 312).

¹⁶ RIQUERT: Cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario, cit., p. 157.

¹⁷ TOPE N° 1; “Grois, Edgardo J.”, resolución del 23/8/2000.

En el mismo sentido, se expidió la Cámara en lo Penal Económico:

Que, el planteo de extinción de la acción penal fue rechazado con anterioridad a la formación de esta incidencia (confr. 254 del expediente principal), mediante una decisión que se encuentra firme (confr. reg. N° 836/98 de esta sala B; fs. 264 del expediente principal), sin que se adviertan nuevas circunstancias por las cuales se justifique una modificación del criterio establecido en aquella oportunidad.

7. *Que, por lo demás, de conformidad con lo expresado por decisiones anteriores de este tribunal, por el art. 16 de la Ley Penal Tributaria (24.769) se establece que: “En los casos previstos en los arts. 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado...”.*

Con la simple lectura del artículo se advierte que el legislador ha limitado el beneficio de la extinción de la acción penal a la evasión simple de los tributos (art. 1°) y a la evasión simple de los recursos de la seguridad social (art. 7°). En consecuencia, se ha dejado fuera del alcance de este instituto al resto de los tipos penales de la Ley 24.769 (CNPenal Económico, sala B, regs. N° 895/99 y 590/2000).

8. *Que, el agravio de la defensa referente a que la aplicación restrictiva del planteo de la extinción penal coloca al imputado en una situación de perjuicio y de desigualdad no puede tener recepción favorable.*

En efecto, es función de los jueces aplicar e interpretar la ley; la interpretación de la ley consiste en una operación intelectual por la que se pretende conocer cuál es el tipo de comportamiento humano futuro descripto abstractamente por aquella, cuál es la definición del signo normativo de aquel (prohibido, obligado, permitido) y cuáles son las consecuencias jurídicas previstas para el caso en que el comportamiento descripto se produzca.

Por lo tanto, el art. 16 de la Ley 24.769 es suficientemente claro y preciso en punto a que el legislador previó que el instituto de la extinción de la acción penal alcanzara, únicamente, a los tipos penales previstos por los arts. 1° y 7° de la citada norma legal.¹⁸

¹⁸ Sala B, “Vázquez Gil”, fallo del 2 de marzo de 2001. En el mismo sentido, se había expresado anteriormente la misma Sala, al señalar: “2°) Que, en primer término, es oportuno recordar que por el art. 16 de la Ley Penal Tributaria (24.769) se establece que: “En los casos previstos en los artículos 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado,...”. Con la simple lectura del artículo citado precedentemente, se advierte que el legislador ha limitado el beneficio de la extinción de la acción penal, a solo dos supuestos, a saber: la evasión simple de los tributos nacionales (art. 1°) y la evasión simple de los recursos de la seguridad social (art. 7°). En consecuencia, el legislador ha dejado fuera del alcance de este beneficio al resto de los tipos penales de la ley 24.769: “El resto de los tipos penales queda fuera del alcance de este beneficio,...”. (Confr. DALLA VIA, Alberto, y GUTMAN, Marcos: Régimen Penal Tributario. Ley 24.769. Comentada, Némesis, Buenos Aires, 1997, p. 115). —Lo resaltado es de la presente resolución—. 3°) Que, el agravio de la defensa referente a que si ante una conducta atrapada por los arts. 1° y 7° de la ley 24.769 por la ley se otorga el beneficio del art. 16 de la citada norma, se debe, por equidad, otorgárselo en los casos del art. 9° de la mencionada ley, no puede tener favorable recepción. En efecto, “la interpretación de la ley consiste en una operación intelectual por la que se pretende conocer cuál es el tipo de comportamiento humano futuro descripto abstractamente por aquella, cual es la definición del signo normativo de aquel (prohibido, obligado, permitido) y cuáles son las consecuencias jurídicas previstas para el caso en que el comportamiento descripto se produzca”. (Confr. Sala B, reg. n° 668/97). Por lo tanto, la norma en cuestión (art. 16 de la ley 24.769) es suficientemente clara y precisa en punto a que solo interesa, al legislador, que el beneficio de la extinción de la acción penal alcance a los casos previstos por los arts. 1° y 7° de la citada norma legal. En consecuencia,

Sin embargo, la Cámara Federal de Rosario consideró que el beneficio establecido en el art. 16 de la Ley 24.769, en tanto amplía las posibilidades de extinguir la acción penal –Cfr. art. 2º del C.P.– procede respecto del delito previsto y tipificado en su art. 9º, esto es apropiación indebida de recursos de la seguridad social.¹⁹

Es interesante traer a colación un planteo sumamente interesante que efectuaron Orce y Trovato, que sirve para avalar la posibilidad de efectuar en materia penal una interpretación analógica extensiva, cuando hacen referencia a la posibilidad de extender los beneficios de la fuga del proceso a los procesos penales por estafas comunes: “Con todo, las dificultades que introduce esa norma en el sistema penal en su totalidad no pueden ser desdeñadas. No puede perderse de vista, como ya se señaló supra, entre otras cosas, que introduce una desigualdad respecto de autores de estafas no tributarias a víctimas que no son el fisco. Al menos en esos casos, por la identidad de la materia, el imputado debería poder reclamar la aplicación analógica del instituto de la extinción de la acción penal por pago, ofreciendo pagar, por ejemplo, el monto del perjuicio causado en los límites en lo que fuera fijado en el auto de procesamiento o en otro acto procesal incriminatorio. Tampoco la víctima podría negarse a esa pretensión, de la misma [manera] que el fisco, en el caso del art. 16 de la LPT, no tiene la facultad de negarse a que el imputado extinga la acción. La petición de un “estafador común” sería totalmente razonable en virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional”.²⁰

A fines de 2011 se sanciona la ley 26.735, la que reformó la ley 24.769, la que tuvo tres ejes esenciales: elevar los umbrales mínimos de la ley (condiciones objetivas de punibilidad), ampliación del ámbito de tutela de la norma a las jurisdicciones locales (provincias y CABA) y, la derogación del sistema denominado fuga del proceso regulado en el art. 16, pasando a un mecanismo de regularización espontánea.²¹

La redacción de la norma, producto de una pésima técnica legislativa, dejaba dudas respecto de si el mecanismo de regularización espontánea alcanzaba, o no, a los delitos entonces tipificados en los arts. 3º, 6º y 9º de la Ley Penal Tributaria 24.769.

Este era un tema trascendental vinculado al ámbito de aplicación del instituto, respecto del cual la derogada figura de la fuga del proceso contenía expresas y claras

en atención a que la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador (Confr. CSJN, Fallos 303:1965; 304:794:954:1733:1820:1822; 305:538:657; 306:721; 307:518), no corresponde, por vía de interpretación judicial, modificar normas cuyo significado fue precisado por el legislador”. (“Centro de Mantenimiento Cema S.R.L. s. inf. ley 24.769”, sentencia del 14/10/1999).

¹⁹ Sala B, “GRIMALDI Remates Ferias s/Inf. Art 6º Ley 24.769”. Acuerdo nº 338/12 del 1/11/2012 y Sala A, “Piatti, Carla; Piatti, Silvina s/Infracción Ley 24.769” (FRO 51000368/2012/1/CA1), del 2/3/2015.

²⁰ ORCE y TROVATO: Delitos Tributarios. Estudio analítico a partir del Régimen Penal de la ley 24.769, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 271.

²¹ ART. 16.–El sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él.

limitaciones en cuanto a los delitos que podían ser objeto de la extinción de la acción penal por pago, siendo aplicable exclusivamente a los delitos de evasión simple, impositiva o previsional, definidos en los arts. 1° y 7° de la LPT.

En la norma incluida por la ley 26.735, en principio, parecía no existir limitación alguna, al menos no surgía expresa y precisamente de la norma, por ende, podía válidamente pensarse que la aplicación de beneficio de la exención de responsabilidad penal para cualquiera de los delitos previstos por la LPT. Es precisamente por la falta de precisión de la norma que se generó un interesante debate al respecto, existiendo diversas posiciones sobre los delitos que podían ser objeto de la presentación espontánea.

Seguidamente se reseñan las más relevantes posturas al respecto, dejando sentado que el Consejo Consultivo de la AFIP, Comisión de Acción Penal, entiende que la referencia a las “obligaciones evadidas” limita la aplicación del instituto a aquellos tipos penales en los cuales exista una obligación tributaria o previsional.²²

Fridenberg sostiene que solo procede respecto de los delitos de evasión, simples y agravados que se regulan en los artículos 1°, 2°, 7° y 8° de la LPT,²³ excluyendo expresamente a los delitos de defraudación por apropiación indebida de tributos de los artículos 3° y 9°, pues considera que ello “...encuentra fundamento en la calidad de los agentes involucrados y su rol en el sistema tributario. En tal sentido, los obligados incluidos en el inc.) f del art. 6 de la Ley N° 11.683 constituyen una herramienta fundamental de información, recaudación y simplificación de las tareas propias de las Administraciones Tributarias modernas. De tal forma, su exclusión del beneficio de la extinción de la acción penal por pago bien puede entenderse como la necesidad de mantener incólume la amenaza penal, de forma tal de preservar la función de tales responsables por deuda ajena. Del mismo modo, la aplicación de esta figura a tales supuestos delictivos convertiría en letra muerta el requisito objetivo del tipo, consistente en que la omisión de depósito de los importes retenidos sea mantenida dentro de los 10 días hábiles siguientes al vencimiento de la obligación de ingreso”.²⁴ En

²² Publicado en *Práctica Profesional*, n° 197, La Ley, 2013, p. 68.

²³ Señala concretamente: “Esta forma de extinción de la acción penal solo procede respecto de los delitos de evasión, simples y agravados, contemplados en los Títulos I y II de la Ley 24.769. Ello surge de la letra de la norma, que impone como condición excluyente el cumplimiento de las obligaciones evadidas, concepto este último de estricta aplicación en nuestra Ley Penal Tributaria a los delitos previstos en sus artículos 1°, 2°, 7° y 8°”. FRIDENBERG Juan P.: “La regularización espontánea de las obligaciones tributarias en la reforma a la Ley Penal Tributaria”, en *Sup. Esp. Nuevo Régimen Penal Tributario*, La Ley, 2012.

²⁴ “La regularización espontánea de las obligaciones tributarias en la reforma a la Ley Penal Tributaria”, en *Suplemento Esp. Nuevo Régimen Penal Tributario*, La Ley, Buenos Aires, enero-febrero de 2012, p. 56. En el mismo sentido se expide PANETTA: “La eximición de responsabilidad penal por regularización espontánea de las obligaciones fiscales a partir de la reforma introducida por la ley 26.735”, en *Impuestos*, 2013-10, p. 95, p. 3. La AFIP - DGI asume el mismo criterio en el dictamen del 16 de mayo de 2017, dictado en el marco de la actuación 253/2016 (DI ALIR).

el mismo sentido, se expresan Marcos Sequeira²⁵ y Borinsky, Galván Greenway, López Biscayart y Turano.²⁶

Por su parte, De Llano y Restón tienen una postura más abierta, aunque planteaban su escepticismo sobre lo que sostendría la jurisprudencia: “En resumidas cuentas, dada la falta de exclusión expresa de las figuras de los arts. 3º, 6º y 9º de la ley 24.769, recién a medida que el nuevo art. 16 comience a ser invocado, se sabrá qué interpretación efectuarán los tribunales. Sin embargo, la literalidad del precepto nos hace presumir que solo se admitirá su aplicación en los casos de los arts. 1º, 2º, 7º y 8º de la LPT. No obstante ello, hubiera sido deseable que el art. 16 incluyera también a aquellas figuras”.²⁷

Bertazza, junto a Norberto y Ana Clara Marconi, fue más explícito, pues afirmó que los delitos que pueden ser abarcados incluyen a los descriptos en los artículos 3º y 9º, los que se suman, a su juicio, a los enumerados en los arts. 1º, 2º, 7º y 8º de la LPT.²⁸

Esta interpretación es la correcta, pues los delitos previstos en los arts. 3º y 9º son casos de evasión, aunque con una modalidad comisiva particular, que no puede encontrar aval para excluirlos de la regularización espontánea por “la calidad de los agentes involucrados y su rol en el sistema tributario” como propone Fridenberg, siendo una interpretación que expresa un deseo del autor, pues ello no surge de la norma, ni siquiera indirectamente, como tampoco surge de las discusiones parlamentarias.²⁹

Es importante destacar que la jurisprudencia ya se ha expedido en el sentido que he propuesto, pudiendo citarse el fallo del Juzgado Federal de Primera Instancia de

²⁵ *Op. cit.*, p. 135.

²⁶ BORINSKY; GALVÁN GREENWAY; LÓPEZ BISCAYART, y TURANO: Régimen Penal Tributario y Previsional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 217. Estos autores afirman: “La redacción de la norma restringiría –como ya se adelantó– la aplicación de la referida excusa absolutoria a los casos de evasión (tributaria y previsional, tanto simple como agravada), excluyendo las restantes figuras por las cuales se afecta el erario”.

²⁷ DE LLANO y RESTÓN: “¿El ocaso de las salidas alternativas al proceso penal tributario? A propósito de la reforma de la ley 26.735”, en Revista de Derecho Penal Tributario, Año XVIII, septiembre de 2012, p. 65.

²⁸ “El régimen de presentación espontánea”, en Revista de Derecho Penal - Derecho Penal Económico - Derecho Penal Tributario, Editorial Rubinzal-Culzoni, t. X, 2013-2, pp. 30 y 31.

²⁹ Hernán de Llano y María Inés Restón también critican la postura asumida por Fridenberg: “En esta línea y con relación a los arts. 6 y 9, Fridenberg es de opinión de que deben ser excluidos de la exención de responsabilidad, en virtud de la especial calidad de responsabilidad por deuda ajena que revisten los agentes de retención y de percepción (art. 6º, inc. f., ley 11.683), en el sistema tributario, lo cual lo colocaría en una especial posición de deber o tutela del bien jurídico, al constituir “una herramienta fundamental de información, recaudación y simplificación de las tareas propias de las Administraciones tributarias modernas”. Ese rol lleva al mentado autor a justificar que la amenaza penal permanezca incólume respecto de esos sujetos (prevención especial negativa)

Sin embargo, no alcanzamos a comprender la razón de esa diferenciación, sin que nos parezca convincente la idea de que el rol de agente de retención o de percepción asignado a algunos sujetos para mayor conveniencia del Fisco alcance para excluirlos de posibilidades que se le reconocen a nivel administrativo (art. 113, ley 11.683)” (*Op. cit.*, p. 64).

Campana en la causa “Atemys Campana S.A. s/inf. Ley 24.769” en el que se resolvió aplicar el mecanismo de regularización espontánea a un caso de apropiación indebida de recursos de la seguridad social.³⁰

También lo hizo la Cámara Federal de Rosario, Sala A, en la causa “Abatidaga, Leandro Enrique s/apropiación indebida de recursos de la seguridad social”,³¹ en la cual se sostuvo:

En varias ocasiones a partir de la sanción de la Ley 26.735 que reformó la LPT me ha tocado pronunciarme sobre la posibilidad de extinguir la acción penal para perseguir delitos acuñados por la Ley 24.769 en artículos distintos del 1º y del 7º por vía del instituto que regula el art. 16 de la misma a partir del pago de la obligación omitida. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, el acuerdo “Grimaldi” del 1/11/2012 dictado por la Sala B de esta Cámara, que me tocó integrar. En dichas oportunidades, adopté el criterio, que mantengo, de que la nueva redacción del art. 16 amplió a todos los tipos acuñados en la LPT la posibilidad que la redacción originaria preveía solamente para las figuras de los artículos 1º y 7º (voto del Dr. Carillo).

En este mismo sentido, se expidió la Cámara Federal de San Martín, Sala II, en una causa en la que se ventilaba una denuncia por el art. 9º, períodos enero a diciembre de 2010. En esa oportunidad señaló:

También se anota que “los acogimientos a los planes detallados no obedecieron a inspecciones u observaciones llevadas a cabo ante la detección de la omisión denunciada (fs. 10/v., del ppal., –test. de Santiago Mozetic, Jefe de la Sección Penal de la Dirección de Contencioso de los Recursos de la Seguridad Social de AFIP–, e informe ya mencionado de fs. 14/16v.).

Con este panorama, la situación de los justiciables se ajusta a la hipótesis del artículo 16 de la Ley 24.769 que establece: El sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él.³²

En un *obiter dictum* la CNPE, Sala A, se adhiere a la postura antes señalada:

Que, en primer lugar, coincidimos con los fundamentos expresados por el Dr. Hendler en cuanto a que la exención de responsabilidad penal que la Ley Penal Tributaria (Nº 24.769) establece en su artículo 16 abarca a los casos que describe el art. 9º de la misma ley.³³

La Sala B de esa CNPE se enrola en la misma línea:

Que, por lo expresado precedentemente, corresponde establecer que, en tanto por la ley no se ha distinguido expresamente respecto de los tipos penales con relación a los cuales resulta aplicable el beneficio instaurado por la modificación introducida por la Ley 26.735 al art. 16 de la Ley Penal Tributaria Nº 24.769, no corresponde que aquella distinción se produzca por vía de la interpretación de una disposición legal que no establece las diferencias previstas por la norma dejada sin efecto.

³⁰ Resolución del 3 de febrero de 2012, causa 1588, imputados Ielcich Ismael y Lugo Mario.

³¹ Sentencia del 14 de mayo de 2015.

³² “F., H. A.; F., S. y F., L. s/infracción art. 9º, LPT”, fallo del 12/6/2014.

³³ “M. S. SA s/infracción L. 24769. Incidente por art. 16, LPT de I., A. V.”, decisorio del 5/2/2016. En el mismo sentido, misma Sala A, causa “La Oleaginosa de Huanguelén SA s/infracción L. 24769. Incidente de falta de acción”, 7/5/2015.

*Para un ejercicio adecuado y conforme a las normas constitucionales atinentes a la función jurisdiccional, no corresponde aplicar las previsiones normativas a partir de un análisis del texto legal sancionado que introduzca límites no previstos para el mismo por el legislador, proceder que podría constituir, en la práctica, una invasión que no sería admisible de áreas de la competencia de otro poder del Estado. Como regla general, donde el legislador no ha diferenciado no corresponde que lo haga el juzgador.*³⁴

Ahora bien, recientemente la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió la cuestión en ese mismo sentido, pues avaló la extensión de la regularización espontánea a la apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Sostuvieron los Dres. Ledesma y Hornos:

*Si bien es cierto que la norma no puede ser interpretada de manera aislada en su articulado y que en el marco de la Ley Penal Tributaria, el término “evasión” delimita y establece su significado en la elusión del pago de un tributo mediante un “ardid o engaño”, también es cierto que la omisión de ingreso de los recursos de la seguridad social retenidos a los dependientes consiste en una modalidad delictiva de menor complejidad (y, por lo tanto, de mucho más fácil detección por parte del fisco), conminado con iguales penas que los delitos de evasión propiamente dichos y, en definitiva, consiste también en la elusión de un tributo del que el obligado (o sea, el empleador) es responsable directo.*³⁵

En definitiva, se advierte que con relación al instituto de la regularización espontánea se ha aplicado un criterio extensivo sobre los casos en los que cabía entender que procedía el mecanismo extintivo, aunque en vinculado al término “evasión” contenido en la norma.

Sin embargo, la cuestión pendiente era dilucidar la posibilidad de extender el art. 16 al resto de los delitos de la Ley Penal Tributaria.

Soler y Carrica plantearon sus dudas sobre si solamente los delitos de evasión son los alcanzados por la dispensa de pena del art. 16, pues parece desprenderse de sus dichos que, incluso, podría extenderse a los delitos fiscales comunes: “Queda por resolver si la intención del legislador al establecer esta exención excede el ámbito específico de los delitos de defraudación tanto fiscal como de seguridad social, y se extiende a todas las figuras merecedoras de pena de prisión en la LPT”.³⁶

Entendí que la respuesta a este interrogante que dejaban planteado los mencionados autores no era sencilla, pues cualquiera que se diese no estaría exenta de críticas. Es que, por un lado, es claro que el art. 16 hace referencia a la regularización espon-

³⁴ Agrega en su voto Repetto: “Que, conforme lo establecido por quien suscribe por pronunciamientos anteriores de la Sala A de este Tribunal: ‘... la exención de responsabilidad penal que la Ley Penal Tributaria (Nº 24.769) establece en su artículo 16 abarca a los casos que describe el artículo 9º de la misma ley...’, pues ‘... el deber de un empleador de depositar lo retenido de los haberes de sus empleados constituye una obligación que resulta evadida cuando no se cumple con ese deber...’” (causa “Sadía Empresa Constructora SA s/infracción L. 24769 legajo de apelación”, del 30 de mayo de 2016).

³⁵ “Incidente nº 1 Imputado Iachetti A. V. s/inc. art. 16 de la Ley Penal Tributaria. Imputado Mares SUR S.A. y otro s/inf. Ley 24.769”, del 3 de febrero de 2017. En el voto en minoría el Dr. Borinsky consideró: “... la conducta imputada no se encuentra comprendida entre aquellas previstas en el instituto mencionado, ni antes ni después de la reforma legislativa invocada por la parte” (fs. 7 in fine de la resolución).

³⁶ SOLER y CARRICA: “Nueva ley penal tributaria”, en Impuestos, nº 3, Buenos Aires, 2012, p. 20.

tánea, que debe complementarse con el cumplimiento a las obligaciones evadidas, lo que impediría utilizarlo en los delitos tipificados en los arts. 4º, 10, 11, 12 y 12 bis de la LPT.

Pero, por otro, todos los delitos de la LPT permiten la regularización espontánea y voluntaria, entendida no solo como pago, sino como arrepentimiento posdelictual que permite al fisco conocer la conducta dolosa desplegada, la cual deberá ser retrotraída por el imputado.

Casi instintivamente, si se me permite esa expresión poco científica, en primera instancia me inclino por realizar una interpretación extensiva y abarcativa del instituto del art. 16 a todos los delitos tipificados en la LPT 24.769, aunque si se efectúa un análisis exegético y restrictivo de la norma se impone una respuesta negativa, es decir, la regularización espontánea no podrá ser utilizada para los delitos previstos en los arts. 4º, 10, 11, 12 y 12 bis de la LPT.

No existe al momento de la realización de este trabajo jurisprudencia vinculada al tema que permita vislumbrar cuál será la respuesta de la Justicia.

IV. La extinción de la acción penal en la ley 27.430

El 27 de diciembre de 2017 se sancionó la ley N° 27.430,³⁷ habiendo quedado redactado el nuevo artículo 16 del régimen penal tributario del siguiente modo:

ARTÍCULO 16. En los casos previstos en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula.

Para el caso, la Administración Tributaria estará dispensada de formular denuncia penal cuando las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios fueren cancelados en forma incondicional y total con anterioridad a la formulación de la denuncia. Este beneficio de extinción se otorgará por única vez por cada persona humana o jurídica obligada.

Hay, en definitiva, un regreso a las fuentes. Esto es, vuelve a primar la inconstitucional finalidad recaudatoria, sin eufemismos, enmascaramientos ni tapujos. Sin embargo, la esquizofrenia, no solo de legislador sino de los que proyectan las normas es total y absoluta, pues de un esquema como el asumido con la Ley 26.735 de regularización espontánea, donde expresamente se quiso desterrar la extinción por pago, muy pocos años después, se regresa al mismo, con pocos matices diferenciales de la fuga del proceso, aunque con uno esencial: **pueden extinguirse las evasiones agravadas.**

Es realmente llamativo que se posibilite la extinción por pago de las conductas que más gravemente afectan al sistema, y aunque la inclusión se entiende atento que la norma bajo análisis tiene como único objetivo arrimar recursos a las arcas estatales. Puede uno estar de acuerdo o no, pero el espíritu del nuevo régimen es claro: se privilegian los ingresos tributarios por sobre la idea de sancionar a quienes cometen

³⁷ Publicada en el Boletín Oficial del 29 de diciembre de 2017.

delitos tributarios, inclusive decidiendo la punibilidad de las conductas que de modo más severo afectan a los bienes jurídicos tutelados por el Régimen Penal Tributario.

Esta ideología con la que se construye el nuevo sistema es esencial para poder interpretar el aspecto del art. 16 que aquí analizo.

La norma es muy clara y precisa: pueden extinguirse por pago ulos 1^{o38}, 2^{o39}, 3^{o40}, 5^{o41} y 6^{o42}, excluyéndose la posibilidad de hacerlo en los supuestos de apropiación

³⁸ ARTÍCULO 1°. Evasión simple. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas, o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$1.500.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se, tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año.

Para los supuestos de tributos locales, la condición objetiva de punibilidad establecida en el párrafo anterior se considerará para cada jurisdicción en que se hubiere cometido la evasión.

³⁹ ARTÍCULO 2°. Evasión agravada. La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años de prisión cuando en el caso del artículo 1° se comprobare cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El monto evadido superare la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000);
- b) Hubieren intervenido persona o personas humanas o jurídicas o entidades interpuestas, o se hubieren utilizado estructuras, negocios, patrimonios de afectación, instrumentos fiduciarios y/o jurisdicciones no cooperantes, para ocultar la identidad o dificultar la identificación del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000);
- c) El obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000);
- d) Hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos, siempre que el perjuicio generado por tal concepto superare la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$1.500.000).

⁴⁰ ARTÍCULO 3°. Aprovechamiento indebido de beneficios fiscales. Será reprimido con prisión de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechar, percibiere o utilizare indebidamente reintegros, recuperos, devoluciones, subsidios o cualquier otro beneficio de naturaleza tributaria nacional, provincial o correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires siempre que el monto de lo percibido, aprovechado o utilizado en cualquiera de sus formas supere la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$1.500.000) en un ejercicio anual.

⁴¹ ARTÍCULO 5°. Evasión simple. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas, o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere parcial o totalmente al fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el pago de aportes o contribuciones, o ambos conjuntamente, correspondientes al sistema de la seguridad social, siempre que el monto evadido excediere la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) por cada mes.

⁴² ARTÍCULO 6°. Evasión agravada. La prisión a aplicar se elevará de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años cuando en el caso del artículo 5°, por cada mes, se comprobare cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El monto evadido superare la suma de un millón de pesos (\$1.000.000);
- b) Hubieren intervenido persona o personas humanas o jurídicas o entidades interpuestas, o se hubieren utilizado estructuras, negocios, patrimonios de afectación y/o instrumentos fiduciarios, para ocultar la identidad o dificultar la identificación del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000);

indebida de tributos (art. 4)⁴³ y apropiación indebida de recursos de la seguridad social (art. 7).⁴⁴

Reitero: excluir de la posibilidad de fugarse del proceso por pago a delitos como los previstos en los artículos 4 y 7 LPT por el mero hecho de tratarse de conductas vinculadas con la apropiación indebida, carece de razonabilidad y violenta el principio de igualdad, especialmente cuando esta nueva norma admite que quienes cometieron delitos de evasión agravada (tipificados en los arts. 2 y 6) puedan salirse del proceso penal pagando, siendo que poseen penas cuyos mínimos y máximos son superiores a las previstas para los delitos excluidos de tal posibilidad.

Por otra parte, una limitación como esa es irrazonable, pues existe una evidente inconsistencia con la finalidad recaudatoria que contiene la norma, especialmente cuando se admite que la extinción de la acción se puede efectuar en los supuestos tipificados en el artículo 3º, que abarca los delitos vinculados a la obtención indebida de reintegros, recuperos, devoluciones o subsidios, es decir, en casos donde el Fisco ha dispuesto fondos en favor de quienes luego pueden extinguir la acción pagando, mientras que un sujeto que ingresó treinta y un (31) días luego de vencido el plazo para el ingreso del tributo retenido (Ingresos Brutos, por ejemplo) será sometido al proceso penal conforme lo previsto en el art. 4 LPT sin posibilidad de extinguirlo por pago, cuando, además, posee una pena cuyos mínimos y máximos son inferiores a los previstos para el aprovechamiento indebido de beneficios fiscales.

Como he sostenido más arriba, teniendo en consideración lo dicho en los párrafos anteriores, creo que la jurisprudencia, por vía de interpretación sistemática y teleológica, aplicando el principio *pro homine* y una interpretación extensiva *in bona partem*, deberá admitirse por los jueces la aplicación del instituto a los delitos tipificados en los art. 4 y 7 LPT, ya que cercenarles tal derecho a quienes incurran en los mismos ocasionaría una violación al derecho constitucional de igualdad, pues se encuentran inhabilitados para ejercerlo por una norma que carece de sustento lógi-

c) Se utilizaren fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000).

⁴³ ARTÍCULO 4º. Apropiación indebida de tributos. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el agente de retención o de percepción de tributos nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado, superare la suma de cien mil pesos (\$100.000) por cada mes.

⁴⁴ ARTÍCULO 7º. Apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el empleador que no depositare total o parcialmente dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes con destino al sistema de la seguridad social, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cien mil pesos (\$100.000), por cada mes. Idéntica sanción tendrá el agente de retención o percepción de los recursos de la seguridad social que no depositare total o parcialmente, dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cien mil pesos (\$100.000), por cada mes.

co, es decir, que es irrazonable y que violenta el derecho a la igualdad, por lo tanto, atentatoria de lo establecido por los arts. 28 y 16 CN.

Merece un párrafo final la situación en la que quedan quienes cometen alguno de los delitos fiscales comunes, tipificados en los artículos 8 a 11 de la LPT, que sancionan la obtención fraudulenta de beneficios fiscales, la insolvencia fiscal fraudulenta, la simulación dolosa de cancelación de obligaciones fiscales y la alteración dolosa de registros, todos los cuales tienen penas privativas de libertad de dos (2) a seis (6) años (excepto el delito descrito en el art. 8 cuyo mínimo es de un (1) año).

Creo, por un lado, que las figuras de obtención fraudulenta de beneficios fiscales y la simulación dolosa de registros generalmente estarán vinculadas a sumas que se han obtenido a través de un engaño al Fisco o que no se han ingresado dolosamente, por lo cual las mismas pueden ser aceptadas y canceladas por quien cometió el delito.

En la insolvencia fiscal fraudulenta, quien incurrió en el accionar delictual puede volver las cosas a su estado original, es decir, reintegrando bienes a sus patrimonio y permitiendo afrontar con ellos las deudas para con la Administración Tributaria, lo que equivaldría al accionar que exige el art. 16 LPT (aceptar y cancelar).

Algo similar podría plantearse en el caso del delito de alteración dolosa de registros tipificado en el art. 11 LPT, el cual constituye un delito de peligro, pues no necesariamente quien altera registros del Fisco u homologados por él para el control del debido pago de las obligaciones fiscales comete un delito de evasión, lo que surge muy claramente de esa misma norma cuando sostiene "...siempre y cuando dicha conducta fuere susceptible de provocar perjuicio y no resulte un delito más severamente penado". Es decir, quien a través de esta maniobra evadiera más de 15 millones de pesos, quedaría imputado por una pena de hasta 9 años de prisión, pues el delito del art. 2 desplaza al del art. 11, generándose la siguiente situación totalmente absurda: quien altera dolosamente, por ejemplo, un controlador fiscal, pero afectando al Fisco con una defraudación inferior a 1,5 millones de pesos (que ni siquiera encuadra en un delito de evasión la LPT), no puede extinguir la acción penal utilizando el art. 16; en cambio, quien a través del mismo accionar tipificado en el art. 11, pero que conlleva una evasión encuadrable en el art. 2 sí podrá hacerlo.

Esta situación es en sí misma inconstitucional por violar el principio de igualdad, aunque esencial demuestra los espurios fines recaudatorios perseguidos por el legislador con el Régimen Penal Tributario, lo que permite sostener sus inconstitucionales cimientos.

Y, en todos los casos, al tratarse de figuras que el legislador ha considerado afectan de un modo más leve al bien jurídico tutelado que las figuras de evasión agravada que regula la LPT, no hay motivos para no considerar que puedan ser objeto de una salida del proceso penal, en tanto y en cuanto pueda establecerse algún mecanismo de reparación del daño causado, lo que me lleva necesariamente a conectar este asunto con el art. 59 inciso 6 del CP que permite extinguir la acción penal por reparación integral del daño causado. Claro está, este debate excede el marco propuesto para esta ponencia, pero los principios *pro homine* y la interpretación analógica *in bona partem* exigen su análisis detallado.

Debido proceso sustantivo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Teresita Rendón Huerta Barrera¹

Sumario

Introducción. I. Debido proceso sustantivo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. II. La tutela judicial efectiva en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. III. La tutela judicial efectiva en el contexto de los derechos fundamentales. IV. Necesidad de constitucionalización del derecho al debido proceso sustantivo, o sea, a la razonabilidad en los países de Latinoamérica. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Introducción

El punto de partida y el camino recorrido en este trabajo, responde a una inquietud en torno al derecho al debido proceso sustantivo, o sea, a la razonabilidad y la imposibilidad de encontrar respuestas concluyentes. El constitucionalismo contemporáneo tiene un papel fundamental en la consolidación de las democracias. El cumplimiento y exigibilidad de las Constituciones, no puede estar ya más a expensas de voluntades tornadizas, en tanto corresponde al Derecho procesal constitucional, hacer valer su carácter normativo, obligando a corregir las lasitudes que pudieran afectar su efectividad práctica.

La concepción del debido proceso como derecho fundamental (dentro del derecho a la defensa), deriva no sólo de las normas del Derecho interno, sino que también se sustenta en las normas del Derecho internacional. De ahí que se analice el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando la importancia de precisar que hoy día el debido proceso en sí mismo, es un auténtico derecho autónomo, habiendo dejado atrás la posición formalista instrumentalista surgida del Estado

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesora Investigadora del Departamento de Derecho. Fundadora y Coordinadora de la Maestría en Justicia Constitucional. Directora de la División de Derecho Política y Gobierno, Rectora del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Autora de múltiples libros y artículos, entre ellos, *El Canon Constitucional de Razonabilidad*, Porrúa, México, 2018. Con nombramiento de Investigador Nacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Correo electrónico: doctorarendon@hotmail.com.

de derecho liberal, en que el proceso tenía una función estrictamente adjetiva en orden a garantizar otros derechos.

En este sentido, no se trata sólo de que se conozcan cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó una resolución, sino como lo refiere Alexy, es indispensable que se cumpla la garantía del “contenido esencial” o debido proceso sustantivo. Como lo es la razonabilidad es todo un canon al estar constituido por un conjunto unitario de subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* o como elementos separados y ajenos entre sí, o bien fusionando algunos de sus subprincipios en uno solo: generalmente los de idoneidad y necesidad, o incluso agregándole un “tercer elemento”: la licitud de los fines que persiga la medida enjuiciada por este criterio.²

Robert Alexy refiere que la garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales a que alude el artículo 19.2 de la Constitución germana (y las de otros países como España) se concreta en el cumplimiento del principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional Federal alemán definió la proporcionalidad *lato sensu* como de “rango constitucional” y la derivó “del principio de Estado de derecho y también de la esencia misma de los derechos fundamentales”.³

La razonabilidad se concreta en un argumento que debe ocultar al que lo formula, para sólo mostrar lo que está afuera, que pretende hacer un registro del ordenamiento, de los hechos y del argumento lógico jurídico, que conduce necesariamente a una consecuencia.

El que resuelve objetivamente, se muestra con la fuerza de la razón que apunta al ordenamiento; con una cimentación técnica, por cierto, a la que reconoce para saber hacia donde apuntar. Habla la ley, hablan los hechos, habla la lógica, pero no el sujeto que resuelve, no sus emociones.

En lo ontológico, la razonabilidad está en la contundencia de los hechos, por tanto, quien pretenda disentir tendrá que vérselas no con la persona que ha emitido la resolución, sino con la realidad misma y con la norma. El argumento técnico jurídico razonable, se aparta de la estridencia de la polémica, porque el técnico del derecho no entra en controversias: dirime sin convertirse en parte de la litis y en todo caso, deja que la realidad de las cosas polemice por él. En lo gnoseológico, la fuerza proviene de lo indubitable de los hechos. La objetividad excluye la incertidumbre, porque la realidad siempre es cierta.

² Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 21, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. México, p. 1. Versión en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/cj/cj16.htm>

³ BVerfGE 30, 292 (316 y 317); y Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 100-104 y 269, cit. por Sánchez Gil, supra ib.

I. Debido proceso y razonabilidad en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la ONU en 1966, tuvo como objetivo reforzar los 30 artículos de la Declaración de 1948. Es de carácter vinculante desde el punto de vista del Derecho internacional para los estados integrantes, independientemente de la jerarquía constitucional que en el derecho interno se le otorgue, en tanto beneficia y amplía los derechos consagrados constitucionalmente. Tratándose específicamente del debido proceso, se prevé en el artículo 14, que desde una perspectiva, se trata de derechos fundamentales y desde otra, actúa como garante del buen funcionamiento jurisdiccional.

Entre los principios que informan el debido proceso judicial en un Estado constitucional y democrático de derecho pueden mencionarse, entre otros, los siguientes: legalidad, bilateralidad, contradicción, impugnación, igualdad de las partes, jurisdiccionalidad, independencia judicial, moralidad del debate, humanidad, legalidad del procedimiento, intermediación, inviolabilidad de la defensa, responsabilidad penal individual, irretroactividad de la ley penal, presunción de inocencia, culpabilidad, publicidad, celeridad, eficacia y economía procesal.⁴

Las exigencias del principio general del debido proceso se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan, además de en aquellos principios generales, en los siguientes: el derecho de defensa en sí, el principio de legalidad, el principio de juez regular o natural, el principio de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, el derecho a una sentencia justa, el principio de doble instancia y la cosa juzgada.⁵

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ en su artículo 14 dice:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

⁴ P. 1307.

⁵ P. 210.

⁶ El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

V. Pactos Nacionales e Internacionales
y derechos humanos

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) a ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal y
 - g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

En el Estado constitucional de nuestros días, el derecho a la tutela judicial efectiva, comprende tanto el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, como así también la eficacia de lo resuelto, es decir, una concepción tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, que tiene un plano formal y otro sustantivo.

El plano formal se refiere a todas las garantías del procedimiento, el plano sustantivo representa el fondo, la esencia misma de lo resuelto. Mediante ambos planos se busca garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, sea un órgano jurisdiccional quien conozca del caso, por medio de un proceso que cumpla con un conjunto de garantías.

Tales derechos tienen un contenido complejo no circunscrito a los derechos establecidos en la Constitución, en tanto abarcan aquellos derechos esenciales para el cumplimiento de la finalidad del proceso, y que se derivan de las fuentes internacionales, sustentadas en el principio-derecho de dignidad de la persona humana.

El derecho al debido proceso, implica la observancia de los derechos fundamentales, así como reglas esenciales dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. La expresión procede del derecho anglosajón, en el cual se usa "*due process of law*" (traducible como "debido proceso legal"). Procede de la cláusula 39 de la "*Magna Carta Libertatum*" (Carta Magna), texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra.⁷ Cuando las leyes inglesas y americanas fueron divergiendo gradualmente, el proceso debido dejó de aplicarse en Inglaterra, pero se incorporó a la Constitución de los Estados Unidos.

Este debido proceso legal es inconcebible sin la asistencia letrada, sin la eficaz tutela técnica, nota fundamental de la seguridad jurídica.

La dimensión del debido proceso no sólo responde a elementos formales o procedimentales, sino que se manifiesta en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no sólo colma las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se dirige a la salvaguarda de los estándares o criterios de fondo de toda resolución (razonabilidad, proporcionalidad). De ahí que sea tan importante la amplitud protectora del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que no sólo se refiere a las garantías procesales en estricto sentido, sino también, a la comisión de un error judicial y al derecho a la indemnización.

El debido proceso es un derecho de estructura compleja, y dentro de sus características cabe destacar las siguientes:

⁷ Gaceta Jurídica de la Coordinadora Andina de los Derechos Humanos. Versión en línea: <http://www.cadhu.com.ec/Cadhu%20Public%20Ultima%202011%20Julio%202011/Publicadhu%20Feb2013/b%20Monica%20G/2%20Ab.%20M+%2%A6nica%20Gavilanez%20Rodr+%2%A1guez.%20MSc.pdf>

- *Es un derecho de efectividad inmediata.* Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigor de los preceptos constitucionales.
- *Es un derecho de configuración legal.* En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido, es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.
- *Es un derecho de contenido complejo.* No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino regulado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de manera que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales.⁸

Si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, no significa que se trate de derechos ‘en blanco’, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley, debe desenvolverse dentro de los términos jurídicos de los derechos, principios y valores constitucionales.

El debido proceso está concebido como aquel derecho en el que se respetan sus dos expresiones, tanto formal como sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda resolución judicial debe suponer.

El derecho fundamental al debido proceso, no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente. Es decir, su tutela no puede quedar reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Eso desnaturalizaría la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vaciaría de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva (que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales), sino también en una dimensión sustantiva (que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular). En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso, no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, no devienen arbitrarios.

El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en legalidad, pero también en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, al plazo razonable, entre otros derechos.

⁸ Normas Legales Oficiales Relacionadas a Empresas u Organismos en el año 2006, mes de Diciembre, fecha 01/12/2006: <http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2006-Diciembre-01-12-2006-pagina-50.php>. 2 de febrero de 2013.

El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juzgador. El debido proceso parte de la base de que las autoridades están subordinadas al orden jurídico del país y a los tratados internacionales.

El marco internacional del debido proceso,⁹ se localiza en los principios germinales de las cartas de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, y en los instrumentos que derivan de éstas o integran, con ellas, el reducto tutelar del individuo: declaraciones universal¹⁰ y americana,¹¹ de 1948, y en seguida (con carácter claramente normativo) la Convención Europea de 1950, el Pacto Internacional de 1966,¹² la Convención Americana de 1969,¹³ y la Carta Africana de 1981.¹⁴

El debido proceso se ha interpretado frecuentemente como un límite por el cual los juzgadores, no ya los legisladores, deben definir y garantizar los principios fundamentales de imparcialidad, justicia y libertad.

Desde el punto de vista de los supuestos impugnatorios posibles, pueden darse dos situaciones:

- Que lo que se cuestione sea el procedimiento utilizado para adoptar la resolución.
- Que se cuestione directamente el fondo de la resolución adoptada.

Mientras que en el primer supuesto, se trata de una evaluación configurada desde la óptica del debido proceso formal o procedimental, en el segundo supuesto, es más bien el caso de una evaluación proyectada desde la óptica del debido proceso material o sustantivo.

De ahí que tal derecho comprenda, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y en ese sentido, se trata de un derecho ‘continente’. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de derechos y garantías, formales y materiales de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan el desarrollo y conclusión de un proceso, con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.

⁹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004, p. 7 y ss.

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

¹¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948.

¹² Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

¹⁴ García Ramírez, Sergio, *El Debido Proceso. Concepto General y Regulación en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre, México, 2006, pp. 637-670.

Habiendo precisado los elementos que se deben tomar en consideración para determinar el contenido constitucional del derecho al debido proceso, es posible establecer, que tal contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva.

En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, a la fundamentación y la motivación; y en su expresión sustantiva, están los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda resolución judicial debe suponer. Justamente de la razonabilidad es de lo que se ocupa la presente investigación, como garantía articulada a la adecuada administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados con base en los argumentos que el Derecho suministra, y otorga sustento y fondo a las resoluciones dentro de una sociedad democrática.

Unido a las consideraciones precedentes, debe también tenerse en cuenta que la dimensión sustantiva del debido proceso, abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial, sino que repercute, además, en el control de los contenidos de la resolución en el marco del Estado constitucional de derecho. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la resolución judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juzgador en el marco de la Constitución y las leyes.

II. La tutela judicial efectiva en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, tiene un contenido complejo, al comprender: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto.¹⁵ La tutela judicial efectiva se basa en la noción de jurisdicción como potestad reservada por el Estado (**elemento constitucional**). La soberanía como **elemento político** para ejercerla en forma de servicio público (**elemento administrativo**) por órganos previstos en los ordenamientos, para actuar pretensiones procesales de los gobernados, mediante un proceso jurisdiccional (**elemento procesal**).

El elemento constitucional implica la existencia de un poder-deber, en tanto el juzgar y ejecutar lo juzgado, va en paralelo a la obligación de los juzgadores de no absolver de la causa, so pena del delito de denegación de justicia y la obligación del Estado de contar con una estructura orgánica y funcional para la prestación de los servicios que implica la administración de justicia. La misión del Estado es garantizar la paz social, la preeminencia del bien común y la justicia que se logran mediante las funciones fundamentales de legislación, administración y jurisdicción, disponiendo de elementos humanos, técnicos, materiales y organizativos. Pero la jurisdicción no

¹⁵ Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3a Reimpresión, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2002, p. 40.

es sólo una potestad estatal que se ejerce en forma de servicio público y que actúa mediante órganos, sino es además, un derecho de todo ciudadano frente al Estado, y concretamente, frente al juzgador que está obligado a emitir un fallo en forma pronta, completa e imparcial.

En el Estado social, democrático y constitucional de derecho, se reconocen y tutelan derechos fundamentales y libertades públicas en favor de la persona. Mientras el derecho al proceso o instancia y la acción, son derechos subjetivos, el derecho de acceso no lo es, en razón de que el derecho al proceso y la acción son diferentes del derecho subjetivo material. A la persona se le reconoce y protege un ámbito de libre actuación frente a los demás integrantes de la sociedad. En ese sentido, tal como lo afirmaba la escuela del derecho natural, el derecho subjetivo es libertad que, en tanto posibilidad lícita de actuación, permite concebir el derecho subjetivo como una *facultas agendi* o poder reconocido a los miembros de la sociedad por el ordenamiento jurídico.

El derecho subjetivo, como hoy es concebido, nació con Ockham pues, como indica Villey, «*la notion de droit s'y trouve résolument 'viver au sens de pouvoir'*». Y como también destaca Cesarini-Sforza, esta concepción «*ha accentuato l'elemento della volizione individuale nel suo valore originario e autonomo, cioè indipendente dalla «volontà della legge»*».¹⁶

En el terreno de los derechos fundamentales del justiciable, cabe precisar que tienen una esfera de aplicación definida y propia.

Los derechos del justiciable son los siguientes:

- *Libre acceso a la jurisdicción*: la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos que pudieran impedirlo.
- *A probar*: el justiciable tiene el derecho de rendir las pruebas que determine para acreditar su derecho.
- *A la igualdad sustancial en el proceso*: el juzgador debe respetar la igualdad sustancial de las partes en el proceso.
- *A la defensa*: es el derecho fundamental de comparecer a lo largo de todo el proceso a fin de hacer uso de una adecuada defensa. En este confluyen otros derechos como el de audiencia, contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.
- *A ser atendido en jurisdicción especializada*.
- *Observancia del principio de legalidad*: exigiendo que la autoridad haga sólo lo que la ley determina.
- *Obtención de una resolución fundada en derecho y debidamente motivada*: que implica una resolución en que consten los fundamentos de derecho y la motivación;

¹⁶ Guimaraes Ribeiro, Darci, La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva El ordenamiento jurídico desde una perspectiva sociológica, 2004. Versión en línea: <http://vlex.com/vid/ordenamiento-perspectiva-sociologica-242930>.

asimismo, que se dicte acatando el principio de razonabilidad y en su caso, el de proporcionalidad, como *quantum esencial*. En ese sentido, la presente investigación, como ha quedado precisado, se desarrolla en torno a la hipótesis de que la razonabilidad no es sólo un principio, sino que se trata de un indiscutible derecho que debe constitucionalizarse.

- *Acceso a los medios impugnativos*: a promover los recursos legalmente previstos, comprendiendo el derecho a utilizar los recursos que el ordenamiento prevea en cada caso previa satisfacción de los requisitos legalmente establecidos.
- *Obtener la ejecución de la resolución*: que se cumpla, o sea la ejecutoriedad del fallo.
- *Prohibición de la indefensión*: en ningún caso podrá producirse indefensión, lo cual implica la salvaguarda a la defensa contradictoria de las partes, a través de la oportunidad de alegar y probar sus derechos, intereses y excepciones, en un proceso en el que imperen los principios de bilateralidad e igualdad de instrumentos procesales.
- *Derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete*: basado en el reconocimiento al derecho fundamental de la identidad cultural.

Non bis in ídem.¹⁷ que se traduce en la imposibilidad de revivir procesos fenecidos.

Las exigencias de igualdad, legalidad y libertad, postuladas por las actuales concepciones democráticas, sólo podrán lograrse tomando como fundamento, el respeto absoluto al estatus jurídico de la persona.

Los fundamentos del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentran previstos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. Necesidad de constitucionalización del derecho al debido proceso sustantivo, o sea, a la razonabilidad en los países de Latinoamérica

En el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay ya rudimentos de la noción del debido proceso sustantivo y aun cuando alude a la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal, no lo restringe a ésta, en tanto se refiere también a la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil. Tiene también una importancia capital en los límites del derecho a la información, al disponer que la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la

¹⁷ Del latín: No dos veces por lo mismo. También se le conoce como *autrefois acquit* (“ya perdonado” en francés) o *double jeopardy* (“doble riesgo” en inglés).

justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

No obstante, los avances en materia de justicia, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay disposición expresa relativa a la razonabilidad. Analizando las bases constitucionales del debido proceso en los países latinoamericanos, tampoco está positivado expresamente el derecho a la razonabilidad.

La noción de debido proceso o proceso justo, ha venido transformándose y consolidándose como un derecho fundamental, a través de un tratamiento constitucional, normativo y procesal privilegiado, sin embargo, la parte intrínseca relativa al derecho de obtener una resolución de fondo razonable, no se encuentra establecido expresamente, lo cual se deriva del análisis de las correspondientes constituciones de Latinoamérica, a saber: la Constitución Nacional Argentina, la Constitución Política del Estado de Bolivia, la Constitución Política de 1988 de la República Federativa de Brasil, la Constitución Política de la República de El Salvador de 1983 (actualizada hasta reforma introducida por el DL N° 56, del 06.07.2000), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Perú, la República Dominicana (publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010), la Constitución de la República Oriental del Uruguay, la Constitución Política de la República de Chile, la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 (actualizada hasta el Decreto 2576 del 27 de Julio de 2005), la Constitución Política de la República de Costa Rica, la Constitución Política de la República del Ecuador (aprobada el 5 de junio de 1998, por la Asamblea Nacional Constituyente), la Constitución de Honduras, la Constitución de Panamá, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860), la Constitución de la República de Cuba, la Constitución Política de la República de Guatemala, la Constitución de la República de Haití, la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Constitución de la República del Paraguay, la Constitución de la Nación de Surinam (de 1987 con las reformas de 1992), no se incluyeron en este estudio: Puerto Rico por ser Territorio de los Estados Unidos de Norteamérica y Aruba por ser Territorio del Reino de los Países Bajos.

El debido proceso en los comienzos del siglo pasado se manifestaba en las llamadas *garantías de la administración de justicia*, y posteriormente, fue incorporándose en los textos constitucionales de los países latinoamericanos como principios y derechos en la función jurisdiccional. Hay buenas razones para apoyar desarrollos jurisprudenciales comparados.

IV. Conclusiones

Resulta importante la amplitud protectora del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que no sólo se refiere a las garantías procesales en estricto sentido, sino también, a la comisión de un error judicial y al derecho a la indemnización.

No obstante, los avances en materia de justicia, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay disposición expresa relativa a la razonabilidad. Analizando las bases constitucionales del debido proceso en los países latinoamericanos, tampoco está positivado expresamente el derecho a la razonabilidad.

El debido proceso es un derecho fundamental de carácter procesal con trayectoria genérica, tanto en lo que se refiere a su aplicación, como en lo que concierne a su dimensión formal y sustantiva. En ese sentido, la razonabilidad no es un simple criterio o un principio, sino un canon íntimamente vinculado al valor justicia, que está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho, por lo que debe lograrse su positivación y medios ante su eventual incumplimiento. Debe establecerse con claridad un control de razonabilidad que permita, en su caso, asegurar la efectividad de tal derecho.

Bibliografía

- CARPISO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Porrúa, México, 1983.
- CERRONI, Humberto, *Reglas y valores de la democracia*, Alianza Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1991.
- Convención Americana de Derechos Humanos, consultada en Quiroga León, Aníbal. Anexo III.
- Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948.
- Gaceta Jurídica de la Coordinadora Andina de los Derechos Humanos. Versión en línea: <http://www.cadhu.com.ec/Cadhu%20Public%20Ultima%2011%20Julio%202011/Publicadhu%20Feb2013/b%20Monica%20G/2%20Ab.%20M+%C2%A6nica%20Gavilanez%20Rodr+%C2%A1guez.%20MSc.pdf>
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004.
- , *El Debido Proceso. Concepto General y Regulación en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre, México, 2006.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Hombre y Estado, Estudios Político-Constitucionales*, Porrúa, México, 1988.
- GUIMARAES RIBEIRO, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva El ordenamiento jurídico desde una perspectiva sociológica*, 2004. Versión en línea: <http://vlex.com/vid/ordenamiento-perspectiva-sociologica-242930>.
- Normas Legales Oficiales Relacionadas a Empresas u Organismos en el año 2006, mes de Diciembre, fecha 01/12/2006: <http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2006-Diciembre-01-12-2006-pagina-50.php>.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la Democracia* (2), Alianza universidad, México, 1989.
- PICO I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3a Reimpresión, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2002.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 21, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. México. Versión en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/cj/cj16.htm>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA. [en línea]. [fecha de consulta: 24 de julio de 2015] Disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>
- Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010.
- EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. [en línea]. [fecha de consulta: 24 de julio de 2015] Disponible en: http://www.unida.org.ar/Bibliografia/documentos/Antropologia_Social/4_Minoria_y_DDHH/El_sistema_%20interamericano_de_%20promocion_%20y_%20proteccion_AS4.htm.
- ECURED, Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana [en línea]. [fecha de consulta: 14 de julio de 2015] Disponible en: http://www.ecured.cu/index.php/Declaraci%C3%B3n_de_los_derechos_de_la_mujer_y_de_la_ciudadana.
- LA JUVENTUD UNIVERSITARIA ANTE LA IGUALDAD Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO [en línea]. [fecha de consulta: 30 de julio de 2015] Disponible en: http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/PDFS/Juventud_Universitaria.pdf
- OAS - Organization of American States [en línea]. [fecha de consulta: 18 de junio de 2015] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/3.INTRODUCCION.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) [en línea]. [fecha de consulta: 17 de junio de 2015] Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp
- OEA, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). [en línea]. [fecha de consulta: 14 de julio de 2015] Disponible en: OEA « Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Sobre la CIDH » Fuentes del Mandato.
- SUPLECY, Marta, “Novos paradigmas nas esferas de poder”, en *Estudios feministas*, vol. 4, núm. 1, 1996.
- TRAMONTANA, Enzamaría, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, *Revista IIDH*, Vol. 53.

CAPÍTULO VI

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Pactos nacionales e internacionales y nuevas tendencias

Juan Marcelino González Garcete¹

I. Ideas al respecto de la interpretación y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos

La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su coherente aplicación en el Derecho interno es una tarea que resulta no ser tan fácil y sencilla; en ello ha incidido fundamentalmente la “duda” en interpretar y aplicar principios, normas y disposiciones que no tienen como fuente directa el Derecho interno.

La tarea de interpretar consiste básicamente en la operación de determinar el verdadero sentido y alcance de los términos empleados en un precepto legal. La interpretación de los preceptos legales internos e internacionales es una operación intelectual que forma parte de la actividad cotidiana de los jueces y tribunales de justicia, pero también de otras instancias estatales como los Ministerios de Relaciones Exteriores. Los medios utilizados para la interpretación de un precepto legal no deben, bajo ninguna circunstancia, conducir a una interpretación con resultado ambiguo o vago, ni a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable.

El alcance y contenido se manifiesta en el espíritu reflejado en el Preámbulo del instrumento a interpretar, en el texto, y también en los anexos, así como los acuerdos establecidos y en todo documento elaborado por las partes con motivo de la celebración y formalización del Tratado.

La interpretación de los instrumentos internacionales declarativos y resolutivos sobre derechos humanos, al igual que la interpretación de los instrumentos con-

¹ Post doctor en derecho por la Facultad de Derecho IMED (2017). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (2008). Doctor en Ciencias Políticas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (2017). Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Columbia. Magíster en Ciencias Forenses (2005). Profesor de Maestría y Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, en la Universidad Intercontinental, en la Universidad del Pacífico y en la Universidad Politécnica y Artística del Paraguay. Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay. Autor de varios libros publicados en Paraguay, Argentina, Chile, Perú, México, Venezuela, Brasil, España, etc. Miembro titular de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Premio THEMIS 2018 otorgado por la Confederación de Abogados Latinoamericanos. Declarado ciudadano ilustre por la Junta Municipal de Pedro Juan Caballero, Yby Yaú, Panamá, David, Bogotá, Arequipa, Quito, Caracas, República Dominicana, etc. PREMIO AL ORDEN NACIONAL AL MÉRITO COMUNEROS, máximo galardón otorgado por el Congreso Nacional a personalidades académicas.

vencionales, exige de un esfuerzo de integración coherente con el Derecho interno, que denote fundamentalmente la voluntad política democrática y la buena fe de los Estados de interpretar extensivamente las disposiciones del Derecho internacional y las obligaciones que de él emanan, al sistema jurídico vigente en materia de derechos humanos, con el fin de lograr una adecuada y justa aplicación del Derecho en cada caso concreto.

Este proceso intelectual de interpretación de los preceptos legales de derechos humanos de diferente rango, fuente y naturaleza, debe traducirse en la aplicación de la norma o de la cláusula más favorable a la persona, es decir, de la satisfacción del “principio pro persona”, que sin dejar de lado la supremacía de la Constitución, asegure en toda circunstancia la protección real y efectiva de la persona humana y de sus derechos fundamentales.

Puede afirmarse la necesidad de que los operadores judiciales no solo conozcan los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino fundamentalmente, que los interpreten de conjunto con las normas y disposiciones del Derecho interno, concretizando en la práctica judicial y en cada caso concreto, las aspiraciones de una sociedad democrática consignadas en lo que la doctrina identifica como los valores superiores de la Constitución. Por lo tanto, si en el proceso de interpretación judicial de los preceptos legales de derechos humanos se toman en consideración lo que sobre cada materia regula tanto el Derecho interno como el Derecho internacional, y se aplica –con una visión coherentemente racional– la disposición más favorable al individuo, no solo se estaría haciendo una interpretación integral del sistema jurídico vigente, sino además, se estaría actuando como un juez justo y racional, como un juez de la Constitución, respetuoso de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por supuesto, habría que aclarar que si se trata de interpretar y aplicar en casos concretos ciertas declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos, estas por sí solas no podrían producir efectos jurídicos vinculantes, en estricto sentido; pero si se las interpreta en consonancia con las normas contenidas en tratados internacionales, e incluso con la Constitución y la legislación secundaria, perfectamente podrían producir efectos jurídicos, siempre que con ello se favorezca en términos más amplios los derechos humanos.

II. Métodos de interpretación

Los métodos de interpretación tradicionales no son aplicables, en buena medida, a los preceptos constitucionales. En ese sentido, para interpretar los derechos fundamentales se pueden tomar en cuenta los siguientes métodos generales de la interpretación jurídica.

II.1. Argumento de armonización conceptual

Según la cual hay que entender los preceptos de derecho fundamental como si fuesen consistentes con los demás preceptos constitucionales; el intérprete no puede representar el texto constitucional como una serie de enunciados ilógicos, sino que debe proceder de tal forma que se advierta una cierta coherencia normativa, otorgándole así al texto constitucional plenitud hermenéutica. Esto no evita, ni el intérprete puede tampoco contribuir a disimularlo, que entre los preceptos constitucionales que contemplan derechos fundamentales pueda haber contradicciones o tensiones, en cuyo caso se tendrán que tomar en cuenta criterios hermenéuticos adicionales, como lo son la ponderación o la proporcionalidad.

II.2. Argumento sistémico

Según la cual hay que considerar a la Constitución como una unidad, de manera que el intérprete debe enlazar las normas de derecho fundamental entre sí, descubriendo su sentido y alcance en relación con el sentido y alcance del resto del texto constitucional. El derecho fundamental debe ser contextualizado en el conjunto de la Constitución para lograr su adecuada interpretación.

II.3 Argumento gramatical

Según el cual debe atenderse al significado lingüístico contenido en los preceptos de derechos fundamentales. La interpretación lingüística, sin embargo, no se debe limitar al significado que nos ofrecen los diccionarios, sino que comprende también –de forma más amplia– el significado que la cultura y la tradición jurídicas le dan a cierto término.

II.4 Argumento histórico

Según el cual hay que intentar precisar el sentido que a un determinado precepto de derecho fundamental le dio el Poder constituyente o el Poder reformador de la Constitución. La reconstrucción de la voluntad constituyente se puede realizar por medio de los debates de la Comisión redactora, de las exposiciones de motivos que fundamentaron determinadas iniciativas de reforma, o por la legislación histórica sobre la materia. Debe notarse, sin embargo, que cuando se habla de investigar la “voluntad del constituyente” en realidad se alude a una ficción, puesto que esa voluntad no puede ser otra que el propio texto constitucional; además, las asambleas constituyentes democráticas suelen ser muy plurales, por lo que intentar precisar una “voluntad unitaria” es una tarea prácticamente imposible de realizar.

La interpretación histórica es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporcionan suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional.

III. Los principios a ser aplicados en la interpretación del precepto constitucional, cuyo contenido significativo protege derechos fundamentales, son los siguientes

- a) **Preferencia interpretativa**, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de presunción de inocencia, de interés superior del niño, por persona violentada, etc.).
- b) **Preferencia de normas**, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorable tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- c) **Principio de mayor protección de los derechos**, de acuerdo con este principio, se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente el intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales.
- d) **Principio de la fuerza expansiva de los derechos**, este principio se puede aplicar tomando varias perspectivas. Verbigracia en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuando sea posible el universo de los sujetos titulares, para que le llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos. Es preciso mencionar que es frente al escenario judicial donde se desenvuelve la interpretación de los derechos fundamentales.

IV. Formas de interpretación

En cuanto a las formas de interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos, la doctrina es muy consistente en su clasificación. Según algunos autores, las formas de interpretación se clasifican según el órgano o las personas que la realizan; según los resultados esperados, y según el método empleado en el proceso de interpretación.

Atendiendo al órgano o a las personas que realizan la interpretación, esta puede ser: auténtica, oficial, doctrinal y judicial. La interpretación auténtica es la que se hace atendiendo a las manifestaciones interpretativas de las partes al momento de suscribir y poner en vigor el instrumento. La interpretación oficial, es la que realiza el órgano encargado de la aplicación del precepto en cuestión. La interpretación doctrinal es la realizada por los autores reconocidos de la doctrina del Derecho. La interpretación judicial es la que realiza un juez de competencia contenciosa, tomando en consideración integralmente los preceptos internos e internacionales vigentes aplicables a cada caso concreto.

Por lo tanto, la interpretación del sentido de los términos, de las expresiones y conceptos utilizados en cada instrumento sobre derechos humanos, debe estar directamente relacionada con el texto del instrumento y con el contexto histórico en que se celebra y se aplica.

Existen también principios fundamentales de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y también ciertas reglas generales, específicas y complementarias, así como otros medios de interpretación.

Entre los principios fundamentales de interpretación se pueden mencionar los siguientes:

- a) El principio de buena fe (*pacta sunt servanda*), según el cual los Estados deben cumplir sus compromisos internacionales de buena fe, incluyendo por supuesto las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, contraídos al interior de las organizaciones internacionales a las que pertenecen.
- b) La primacía del texto del Tratado, según el cual los Estados deben otorgar a los términos de un Tratado el sentido claro y corriente que haya de atribuírseles. No está permitido a los Estados, por lo tanto, interpretar todo aquello que no necesita interpretación por la manifiesta claridad de sus términos.
- c) El objeto y fin del tratado, en toda circunstancia los Estados deben interpretar y cumplir los Tratados internacionales puestos en vigor tomando en cuenta su objeto y fin, que constituye la guía de actuación de las Partes contratantes.

V. A modo de conclusión

La interpretación del sistema dogmático constitucional en materia de garantía de los derechos fundamentales, así como de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República del Paraguay, conlleva necesariamente a la aplicación del “Principio pro persona”, en razón que el artículo 1 de la Constitución hace referencia directa y específica a la dignidad humana como elemento base del gobierno del Estado nacional, con relación a *tres* ejes principales que son la libertad, la justicia y la igualdad, siendo obligación de las autoridades públicas interpretar estos preceptos normativos respetando el citado principio constitucional.

Bibliografía

- ALMIRÓN PRUJEL, Elodia y PETTIT, H. (2008) *Digesto de Derechos Humanos. Principios e Instrumentos Normativos*. Marben. Asunción
- CALVINHO, G. (2011). *El proceso con Derechos Humanos. Método de debate y límite al poder*. La Ley Paraguaya S.A. Asunción.
- FERRAJOLI, Luis. (2002). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Editorial. Madrid.
- SERNA, P. y TOLLER, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley. Buenos Aires.

**Pactos nacionales e internaciones: nuevas tendencias.
El reto de ser libres frente al desarrollo tecnológico:
¿un nuevo pacto comunitario?**

Gisela Zingaretti¹

Sumario

La era de la información. Transformación del concepto de sociedad y persona autónoma a partir de internet: un nuevo pacto comunitario. La privacidad. La autonomía personal en la historia filosófica y política contemporánea. La exposición pública: restricciones a la protección de la intimidad. La privacidad y la libertad de expresión en internet. Ausencia de soberanía individual, social y estatal. La libertad informática. La autodeterminación informativa como dimensión de la confidencialidad. Sujetos protegidos por la libertad de expresión, la privacidad o sus derechos derivados: responsabilidades en la producción del daño. El monitoreo en internet frente al efectivo conocimiento. El efectivo conocimiento del intermediario para determinar su responsabilidad en el contexto actual. Protección del contenido de la información circulante. Conclusión.

I. Introducción

Hubo un tiempo que las fronteras de la intimidad estuvieron defendidas por el tiempo y por el espacio. No hace mucho eran, precisamente, el tiempo y la distancia los que mantenían indemne a la intimidad.

En los últimos años las comunicaciones dieron un salto hacia el futuro de manera asombrosa.

¹ Abogada por la Universidad Nacional del Litoral, Diploma de honor Corte Suprema por el mejor promedio. Doctoranda de la UCA con proyecto de tesis aprobado sobre la temática y en elaboración –Director Horacio D. Rosatti–, Especialista en Derecho a la Magistratura, Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Maestranda (cursado finalizado) de Teoría Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional del Litoral. Titular de la cátedra de Derecho Público Provincial y Teoría Política I de la Universidad Católica de Santa Fe e Investigadora Principal de dicha Universidad en la temática. Autora de diversos trabajos (doctrina y capítulos de libros) en materia de derecho público. Docente invitada de Posgrado en el país y el exterior. Apoderada y Jefe de Departamento de la Asesoría General de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe. Secretaria de Redacción de la Revista de Derecho Público de la editorial Rubinzal y Asociados con la dirección de Marcela Basterra. Direcciones: gzingaretti@hotmail.com/gzingaretti@santafe.gov.ar.

Con los avances se despertó, la ambición del ser humano por el conocimiento y la información.

Así pues, se reconoció masivamente el valor de la información. Como contrapartida, el derecho a la intimidad se vio afectado y comenzó su defensa.

Se desató una lucha enfurecida entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. Y no solo la intimidad se vio afectada por este huracán de la masificación de información. También sufrió una rotunda modificación en su configuración los derechos de autor como así también los derechos personalísimos derivados del derecho a la intimidad (como el derecho a la imagen, al honor o buen nombre, etc.). No obstante, algunos dirán que el aumento de la circulación de información permitió un mayor conocimiento de los hechos públicos y de la formación de la opinión pública como en muchos casos el fomento de la libertad a la protesta.

La batalla del derecho a la intimidad continuó y continúa hasta hoy a medida que aparecen nuevas técnicas de procesamiento de datos, formas más rápidas, eficaces y económicas de almacenar y transportar el dato con la revolución tecnológica. Los campos de batalla se van reciclando.

Hoy, con la sociedad de la información se ha producido una nueva imagen del hombre, definido por Frosini como un 'hombre artificial',² para referirse a la dimensión psicológica de un hombre nuevo que vive en un mundo artificial, creado por el propio hombre y no por la naturaleza.

Es innegable que esta revolución tecnológica tiene generado profundos cambios en la dinámica de la sociedad actual y en el comportamiento de las personas.

Hoy, las nuevas tecnologías de la información y comunicación forman parte de la sociedad, es mucho más, son ella misma, y no creemos exagerar.

Esta es la sociedad de la información, la sucesora de la sociedad industrial, con una cultura transnacional, globalizada y conectada en red.

Todos estos cambios en la historia de la humanidad siempre exigen una respuesta por parte de los sistemas que los gobiernan. De la misma manera que el sistema jurídico en los que se sustentan debe ser dinámico para acompañar estas mudanzas y cumplir con su función social.

Garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y el conocimiento de los demás es hoy el desafío. Este ámbito debería protegerse tanto respecto de los poderes públicos como de los particulares, y se encuentra vinculado de manera inmediata y directa con el respecto de la dignidad del individuo, su personalidad, siendo necesario para mantener su calidad mínima de vida humana.³

La hipótesis que se traduce es que la incorporación de las nuevas tecnologías de la información en la sociedad actual, ha abierto el debate sobre la necesidad de

² CASTILLO JIMÉNEZ, Cinthia, *Las tecnologías de la información y el derecho*, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla: 2003, p. 17.

³ Superior Tribunal Constitucional de España, SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo; 151/1997, de 29 de septiembre; 134/1999, de 15 de julio; 115/2000, de 5 de mayo; 83/2002, de 22 de abril.

establecer normas que restrinjan su uso en beneficio de la protección de los derechos fundamentales, como la intimidad. El control electrónico al que nos vemos sometidos produce efectos negativos que inciden de lleno en nuestra vida familiar e íntima, porque nos somete, a un ‘juicio universal permanente’ por lo que los riesgos de vulneración del derecho a la intimidad son interminables.

Mencionaremos algunos de ellos, por ejemplo, el actual problema con los motores de búsqueda como Google, que eternizan la disponibilidad de informaciones en la red. Un verdadero ‘atestado de muerte’ del derecho al olvido digital. Los sistemas de vigilancia y seguimiento en lugares estratégicos como aeropuertos, centros comerciales, calles etc., enaltecidos sobre todo tras los últimos ataques terroristas en París, Madrid, Bruselas, Niza y Estados Unidos. Los sistemas tecnológicos de seguimiento y vigilancia existentes y las tabletas y los teléfonos móviles con tecnología 3G y 4G están equipados con GPS (Global Positioning Systems) que permiten la situación exacta de los usuarios a través de satélites. En Estados Unidos, utilizan el sistema de “localización social” denominado Verizon Chaperone para saber dónde se encuentran las personas en cada momento.

Estos dispositivos suministran una gran cantidad de información biográfica y geofísica, representan sin duda una repercusión negativa sobre la intimidad de las personas.

Junto a los GPS, las cajas negras en los vehículos, que muchos usuarios desconocen que la tienen, están dotados de una tecnología EDRS (Electronic Data Recorders) que recogen y gravan datos como la velocidad, el uso de cinturones, el estado de frenos, aceleración, etc.

Una gran mayoría de ciudadanos no tienen conocimiento de otras tecnologías de vigilancia y rastreo como el sistema ANPR (Automatic Number Plate Recognition); de la identificación mediante radio frecuencia (RFID, Radio Frequency Identification), etc. Igualmente, las transacciones que realizamos a través de internet pueden ser vigiladas, sin adentrar en el mundo del google earth, google street view, drones, etc. que invaden cualquier espacio. Como se nota la realidad nos supera en imaginación al ciudadano común totalmente.⁴

II. La privacidad: acciones privadas y públicas de los hombres

En la sociedad de la información, la exposición de la vida íntima es cada vez más intensa y cotidiana. Se verifica una deformación progresiva de la noción de intimidad en muchas capas sociales y no se notan reacciones proporcionales, sobre todo, la generación de los ‘nativos digitales’. Vivimos en verdad una redefinición de los contornos del público y del privado.

⁴ En este artículo comparto básicamente algunos de los contenidos sostenidos por VOLPATO, Samira, El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información, <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/3112/el-derecho-la-intimidad-y-las-nuevas-tecnologias-de-la-informacion/>

Los ‘nativos digitales’ crecen con la aceptación de la pérdida del anonimato y de la intimidad, que a nosotros nos parece tan esencial.

La gran mayoría de los ciudadanos no son conscientes de las enormes consecuencias, del trasfondo de sus ‘actos informáticos cotidianos’ y así, cualquier nuevo desarrollo se asume y celebra como un avance, obviando la reflexión crucial de si el derecho a la intimidad cabe en este mundo actual tal y como se ha entendido hasta ahora.⁵

Ante todos estos hechos, lo que no queda duda, es que, las nuevas tecnologías de información, presentan un potencial sin precedentes para agredir la intimidad.

Así, se denota que son interminables las hipótesis que involucran el tema en la misma proporción que las razones que justifican este análisis.

El estudio es arduo porque el dinamismo de la evolución tecnológica es sorprendente y ocurre en paralelo a la experiencia jurídica exigiendo una doble dedicación porque son distintas ciencias en confluencia, creando situaciones cuya resolución va más allá de sus propios muros, exigiendo del jurista estudios en mundos científicos foráneos exigiéndosele un diálogo multidisciplinar.

II.1. Del concepto del derecho a la privacidad

El derecho a la intimidad ya es un clásico en la doctrina constitucional en razón de las innumerables implicaciones que ofrece a lo largo de las evoluciones sociales, justamente por acompañar los cambios de perfil de la sociedad.

El estudio del derecho a la intimidad conduce al estudio de la propia historia de independencia del hombre ante el Estado y su búsqueda por la realización de su dignidad y libertad dentro de una sociedad democrática. Eso porque, a pesar del hombre ser naturalmente social y encontrar en la propia sociedad la razón de su existencia y del desarrollo de sus capacidades y potencialidades, sus necesidades no se limitan simplemente a los ojos de los otros, en una convivencia compartida. Hay otra parte de sí que necesita realizar una vida interior, ajena a todo y todos, que le permite identificarse como ser humano.

No se trata, por tanto, de una sustracción de determinadas áreas de la personalidad del individuo del conocimiento ajeno, es mucho más allá, es una necesidad de un ámbito de desarrollo interior como instrumento imprescindible para el pleno perfeccionamiento de la libertad individual.

En el siglo XX, el primer texto de derecho en reconocer la ‘privacidad’ será la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (art. 12), que habla de ‘vida privada’. En el sistema europeo específicamente, encontramos la protección del derecho a la intimidad en el Convenio

⁵ No en vano, el directivo de Google, Eric Schmidt, afirma que internet juega en contra del individuo, asevera que “(...) los jóvenes quizás tengan que cambiar su nombre en el futuro para escapar de su antigua actividad online” *The Wall Street Journal*, 23 de septiembre de 2010. [In: RALLO, Artemi. *El derecho al olvido en internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2014, pp. 28 y 29] en VOLPATO, Samira, *El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información*, *op. cit.*

Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), de 4 de noviembre de 1950 (art. 8); en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), de 12 de diciembre de 2007 (art. 7).

Preliminarmente podemos convenir que el derecho a la intimidad es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Es decir, consagra el poder de la individualidad, la libertad.

Ahora en nuestro sistema constitucional el artículo 19 afirma que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen los derechos de un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

El primer párrafo del artículo permite distinguir, dentro de las acciones humanas un ámbito jurídico de otro que es irrelevante para el derecho; en cuanto al segundo párrafo del artículo, en la medida en que establece que “Ningún habitante será obligado a hacer lo que manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, permite distinguir —ahora dentro del mundo jurídico— lo permitido de lo prohibido o antijurídico.

Desde la perspectiva del derecho a la privacidad, la cláusula plantea, cuando menos, la necesidad de desentrañar qué es lo que quiere decir cuando dice acciones privadas y qué significa el standard de “moral pública” utilizado como parámetro de juricidad-antijuricidad.

Rosatti para definir a las acciones privadas distingue dos ámbitos: uno privado y otro público.

El ámbito privado, aquel que no está destinado a trascender a la esfera de lo público y está exento de la autoridad de los magistrados, puede ser incognoscible, en el sentido de que es inasible por parte de los terceros (p.e. el pensamiento) o cognoscible, en el sentido de que puede llegar a ser conocido por terceros, pero no interesa al bien común (p.e. un hobby)

En lo referente al ámbito físico, lo “privado” no se identifica necesariamente con lo que se desarrolla “puertas adentro” pues una acción no pierde el carácter de privada si es “reservada” si sus(s) protagonista(s) no tiene(n) intención de revelarla.

Según nuestra Corte Suprema “lo privado” es un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, los hábitos y las costumbres, las relaciones de familia, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física... “en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuya divulgación o conocimiento por los extraños significa un peligro potencial o real para la intimidad”.⁶

En cuanto al ámbito público, aquel que trasciende la esfera de lo privado (entendiendo “lo privado” en sentido anteriormente descripto) está compuesto por

⁶ CSJN, Fallos 306:1892 in re “Ponzetti de Balbìn, Indira c/Editorial Atlántida S.A.”.

acciones permitidas (trascienden al sujeto y no comprometen al bien común) y por acciones prohibidas (trascienden al sujeto y pueden comprometer el bien común)

El trayecto desde el ámbito privado hacia el ámbito público y –dentro de éste– desde lo permitido hacia lo prohibido puede ser un tránsito previsible y obvio o puede ser un tránsito sorpresivo y sutil.

De las escalas de este tránsito se derivan distintas consecuencias jurídicas.

El tránsito de una categoría a otra (desde lo privado interno hacia lo privado-externo o desde lo privado-interno hacia lo público) puede ser voluntario (p.e. Rossati da el ejemplo de una persona que tiene ideas racistas puede expresarlas en una reunión familiar o en una conferencia librada al público respectivamente) o no voluntario (p.e. cuando una persona expresa un secreto familiar a un amigo en quien confía sin saber que éste lo está grabando para luego difundirlo).

La voluntariedad o no voluntariedad de la exteriorización del pensamiento debe ser un parámetro decisivo para la protección, pues todo aquello que es obtenido mediante un ardid que suponga la traición a la confianza no debería ser jurídicamente convalidado.

II.2. La autonomía personal: posturas filosófico-políticas

Es innegable que existe un consenso claro en torno a uno de los aportes más relevantes que nos ha traído el Estado constitucional.

Tal consenso tendría que encontrarse en el concepto de autonomía, esto es, la capacidad de elección de la cual gozarían o deberían hacerlo, todos los seres humanos y que les permitiría, entre otras cosas, el diseñar libremente sus propios planes de vida sin que nadie los obstaculice.

Así pues, todo indicaría que el andamiaje de la legalidad contemporánea estaría abocado a asegurar que dicha autonomía se mantenga o incremente sus cualidades.

En realidad, se dice que existen varias fórmulas de percibir la autonomía.

En un primer término puede ser entendida como mera elección y en la cual intervienen básicamente nuestros deseos, preferencias, necesidades, etc. Tal autonomía puede ser establecida como una forma de auto gobierno y su punto de partida se encuentra en el Leviathan de Hobbes. Esta perspectiva después sería completada por la famosa definición kantiana de autonomía que la forjara a través de una razón trascendente que va más allá de los deseos y las necesidades y que se plasma en el Imperativo Kantiano y en la noción de deber.

Una segunda fórmula de autonomía puede responder a la necesidad de definirla como racional⁷ y en este sentido que dicha elección se adecue a nuestra naturaleza ya nuestro bienestar objetivo, es decir, que una elección sería irracional si es que no contribuye a la realización de nuestra naturaleza y no nos produce bienestar. Esta definición se originaría modernamente con el movimiento romántico alemán y po-

⁷ El término elección racional no tiene aquí vinculaciones con la llamada teoría de la elección racional que se sustenta en la racionalidad instrumental o racionalidad de acuerdo con los fines y que es la base de los análisis económicos. La idea básicamente proviene de la tradición incoada por John Stuart Mill, pero que tiene también como una fuente importante la tradición romántica de Wilhelm von Humboldt.

dría apreciarse en el concepto de «bildung» o formación del carácter por medio de la educación. Sin embargo, también se distingue en esta definición su deuda con la filosofía política en particular aristotélica.

También dentro de la teoría legal propiamente dicha hay diversas clasificaciones sobre el concepto de autonomía como por ejemplo la que plantea Garzón Valdés y que se definen en términos de 1) autonomía como oportunidad, 2) autonomía como capacidad de elección y 3) autonomía como conformidad con la ley moral.⁸

La denominada autonomía perfeccionista, –la tercera vía– para un creciente sector académico estaría en mejores condiciones de soportar y favorecer este tipo de sociedad liberal o sociedad bien ordenada y que al mismo tiempo permitiría el florecimiento de la vida y el desarrollo pleno de la naturaleza humana; esto es, trataría de conciliar el deseo con la razón y sin caer entonces en el relativismo y el individualismo radical.

Por último, una versión originada por el historicismo y la filosofía hegeliana se ha definido como una autonomía comunitaria. Dicha autonomía como su nombre lo indica, no concibe la posibilidad de la autonomía fuera de la comunidad y la cultura considerando también que estas son variables en el tiempo.

Ciertamente, la tendencia que ha sido dominante en lo concerniente a la definición del concepto de autonomía ha sido la propuesta por la filosofía kantiana y más concretamente por su ulterior desarrollo que se ha manifestado en conocidos y difundidos textos elaborados por reconocidos teóricos liberales. En este sentido, se va a considerar que la autonomía requeriría en primer término una gama de derechos o libertades que como señala Carlos Santiago Nino⁹ pueden ser por ejemplo la de profesar o no un culto religioso, expresar ideas de diferente índole, ejercer actividades laborales, asociarse con otros, trasladarse de un lugar a otro, elegir prácticas sexuales o hábitos personales que no afecten a terceros. De esta definición, se podía derivar también –como lo hacía el mismo Nino– argumentaciones en el sentido de la no criminalización de conductas inmorales o indecentes como podría ser el consumo de drogas o la práctica de ciertas conductas sexuales inusuales.¹⁰

Sin embargo, lo que empezaba a quedar claro en esta tesis de la autonomía era que esta se articulaba en función a la elección libre de la persona –basada en derechos individuales como dijimos– y el modo como eligiese sus planes de vida sin mediar ninguna interferencia.

⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 361-378.

⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*, pp. 201-202.

¹⁰ El más conocido fue el caso de la polémica entre el Profesor H.L. A. Hart y Lord Devlin. Véase H.L.A HART, *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, y más recientemente, véase V. ÁSQUEZ, Rodolfo. (ed). *Derecho y Moral*. Barcelona: Gedisa, 1998.

Por ende, el Estado y sus instituciones deberían velar porque esto se cumpliera de manera transparente.¹¹

El Estado tenía entonces que asumir una posición neutral frente a los ideales de la vida buena y como señalaba el profesor Raz,¹² tal doctrina era una tesis de la restricción, pues le negaban al Estado el derecho a perseguir determinados valores o mantener aquellos valores y prácticas consideradas como valiosas y positivas. En tal sentido como lo argumentaba ahora Charles Larmore —aludiendo al propósito de este Estado—, «el ideal de neutralidad puede ser entendido como una respuesta a las variadas concepciones de la buena vida. En los tiempos modernos hemos venido a reconocer una multiplicidad de vías en las cuales se puede vivir plenamente, sin tener que hacer perceptible alguna jerarquía entre ellas».¹³ Por cierto, como él mismo añadía esta neutralidad no consistía en una neutralidad de resultado sino de procedimiento.

La versión de autonomía que ha devenido crucial para la configuración de la legalidad moderna positivista y del mercado; vale decir, la autonomía de raíz kantiana y la noción de libertad negativa¹⁴ que postulará un Estado y un derecho neutral frente a los valores y donde lo que se privilegiará será el acto o forma de la elección antes que el contenido de la misma.

El pluralismo y el desacuerdo racional se han convertido en imprescindibles dentro de la vida moderna y esto ha permitido la elaboración de una forma de «Liberalismo Político», que establece que el Estado no puede buscar ni impulsar ninguna forma de bien particular o de buena vida apelando a cualquier forma de superioridad intrínseca de un bien.

Claro está al sostenerse como un hecho la pluralidad de concepciones de bien no sería dable asumir la defensa objetiva de unos bienes sobre otros pues de hacerlo

¹¹ Como se señala también Pablo da Silveira, «el principio de neutralidad obliga directamente al Estado a no incluir en la fundamentación de sus acciones ningún juicio sobre el valor intrínseco de los individuos ni de sus concepciones (razonables) del bien. Dados los grupos de personas A y B, el Estado no puede favorecer el grupo A (y en consecuencia desfavorecer al grupo B) diciendo que los miembros del grupo A poseen una cierta excelencia x que le es intrínseca (su raza, su patriotismo, su riqueza), ni diciendo que la concepción del bien preferida por los miembros del grupo A posee una cierta excelencia y que le es intrínseca (su religiosidad, su pureza, su fervor nacional)». SILVEIRA, Pablo da, «Neutralidad del Estado y respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto». *La Política*, n. 4, octubre, 1998, p.119, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/18591>, tomado el 25 de abril del 2018.

¹² RAZ, Joseph, *The Morality Freedomom*, Oxford: Oxford University Press, 1989.

¹³ LARMORE, Charles. *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

¹⁴ La llamada Libertad negativa que implica una ausencia de coerción y que, sin embargo, se convierte como dice él mismo en un concepto de oportunidad y no en lo que debería de ser, vale decir, un concepto de ejercicio. Sobre la libertad negativa véase también el conocido ensayo de BERLIN, Isaiah, *Two Concepts of Liberty*. En *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969. Por cierto, la argumentación de Berlín más bien vincula la autonomía kantiana no con la libre elección del sujeto sino con la dependencia de esta con respecto a la razón, ergo más próxima a su definición de libertad positiva”. Citado por HERNANDO NIETO, Eduardo “ Constitución sustantiva: autonomía, perfeccionismo y la legalidad neutral”, *Pensamiento Constitucional* Año VII N. 07, p. 89, Perú, en posición que adoptamos.

caeríamos en tres supuestos. En primer lugar, podría ocurrir que se afirmase un bien por encima del resto y se tratase de imponer esta concepción a las demás personas como lo sostendrían John Stuart Mill y más contemporáneamente Isaiah Berlin. Esto generaría entonces un problema en cuanto a la vigencia de la libertad individual y podría inclusive establecer a fortiori una relación de dominación que haría incierta a la propia libertad.

El segundo problema tenía que ver con la relación del bien con el sujeto; esto es que, si se aceptase el predominio de un bien superior, esto significaría también –en otros términos– que la voluntad individual quedaría en una relación de dependencia frente al bien –sea cual fuere– y entonces se trataría de un sujeto que tampoco podría ser, en sentido estricto, una persona libre.

Por cierto, se entiende que el sujeto puede experimentar sensaciones y deseos internos y que solo van a poder ser conocidos por el mismo y en este sentido este sujeto es un sujeto de experiencia. Empero, al mismo tiempo también puede ocurrir que el sujeto sea un objeto de experiencia y en este caso, el sujeto es un sujeto que es determinado como los demás objetos de la naturaleza.

Ciertamente, solo en el caso del sujeto como sujeto de experiencia puede ser compatible con la libertad y, en consecuencia, si se aceptase cualquier teoría del bien superior estaríamos atentando directamente contra la libertad pues se trataría aquí de una objetivización del sujeto.

Finalmente, –señalaban estas propuestas denominadas también antiperfeccionistas– que aquellas que abogan por un único bien racional podrían degenerar en un tipo de sociedad cerrada o totalitaria que restringiría a la larga la autonomía de los demás basándose en el supuesto de que solamente exista un único fin o forma de vida aplicable para todos; esto produciría a la larga que se combatesen creencias que quizá en ese momento no pudiesen ser apreciadas en toda su valía, pero que más adelante sí; sin embargo, si se les cerraba desde un inicio su camino entonces nunca podrían llegar a ser conocidas. En todo caso, esta propuesta no queda exenta a dificultades que sus propios impulsores han señalado, por ejemplo, el hecho que los liberales exijan que el Estado restrinja sus acciones para prohibir determinada práctica moral.¹⁵

II.3. La moral pública

Como standard, la moral pública se caracteriza por constituir una construcción intelectual o modelo teórico que debe ser confrontado con situaciones concretas caracterizadas por su historicidad y su mutabilidad.

Históricamente y comparativamente la misma puede ser caracterizada conforme a distintos criterios, según Rosatti:

¹⁵ HERNANDO NIETO, Eduardo, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. Lima, 2000, pp. 185/86.

VI. Pactos Nacionales e Internacionales y las nuevas tecnologías

- a) Criterio de la moral dogmática: se caracteriza por formular una doble asimilación: análoga la moral con los contenidos de un dogma o doctrina pre-establecidos (normalmente de carácter religioso) y análoga las exigencias morales de la conducta social con las correspondientes al comportamiento individual. este criterio se ubica preferentemente en la dimensión del “deber ser”; sus recomendaciones se afirman en una escala de valores (en un orden) considerada “ideal” a la que deben “elevarse” los hombres. Suele ser poco flexible a circunstancias sociales de tiempo y lugar.
- b) Criterio de la moral de mercado: la moral pública es un producto que deviene de la autorregulación de la sociedad de modo que las conductas dotadas de generalidad son las conductas paradigmáticas. Aquí lo que “debe ser” es lo que “es” dado que se trata de un criterio que se instala en la realidad. Suele ser voluble y cambiante en extremo.
- c) Criterio de la moral ambiente: Combina –en proporciones variables– ciertos principios “fijos”, virtualmente inmodificables, con las adaptaciones ambientales que impone la sociedad. También se ubica en el terreno de la moralidad, pero no pierde por ello el sentido crítico en torno a determinadas prácticas inconvenientes para el mantenimiento de la convivencia organizada.

Rosatti por su parte destaca que la elección por alguno de los criterios debe surgir como contestación al interrogante sobre la razón del ser (el “para que”) de la autoridad pública y a partir de allí, sobre la adecuación de los medios escogidos en relación a la finalidad perseguida.

Cabe plantearse entonces si el cometido del Estado contemporáneo es formar hombres individualmente virtuosos o si es defender la convivencia social frente a las manifestaciones que agreden los lazos de solidaridad y respeto mutuo que la mantienen. Decididamente para el autor está última es la respuesta sensata, pues la extrapolación de ideales personales o familiares al ámbito de lo público es engañosa y errónea.¹⁶

Ello no implica negar valor a las concepciones que abogan por ideales de vida personal. De lo que se trata es impedir que estas concepciones valiosas de vida individual sean impuestas coactivamente a todos desde una instancia de decisión ajena a la libre elección personal.

En consecuencia, la construcción de parámetros de “moralidad pública” razonables sólo puede encontrar cauce de realización dentro de la racionalidad política democrática, aquella para la cual lo irracional no es aquello que no se entiende o que no comparte, sino la intolerancia que debe ponderarse con el parámetro de reglas del juego que proponen: en lo procesal, ampliar cuantitativamente y cualitativamente los mecanismos de participación, afirmando las decisiones en el principio de la mayoría (con consideración y valoración del pensamiento minoritario) y en lo sustancial, dis-

¹⁶ ROSATTI, Horacio D, Tratado de Derecho Constitucional, Rubinzal Culzoni, 2010, T. I, p. 295.

minuir progresivamente y sostenidamente las desigualdades sociales, favoreciendo el desarrollo articulado de las potencialidades creativas de la población.

II.4. La exposición pública

La exposición pública derivada de su propia voluntad o de su actividad incide en la intensidad de la tutela de su privacidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como criterio general que “...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello...” justificándose la intromisión en caso en que “medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.

A partir de lo expuesto Rosatti asimismo extrae las siguientes conclusiones de traspolación exacta a las manifestaciones mediante internet y redes sociales.¹⁷

- Las personas que se dedican a actividades en las que se exponen deliberadamente su cuerpo (p.e. strippers) o sus exposiciones privadas pierden la intimidad respecto de esa exposición sólo en la medida en que tienen pactado hacerlo y gozan del derecho de privacidad en todo aquello que es ajeno a la actividad y/o que excede los términos en que han pactado realizarla.
- Las personas que aceptan exponer públicamente una parte de su privacidad (como los protagonistas de los realitys) pierden la intimidad respecto de esa exposición sólo en la medida en que tienen pactado hacerlo.
- La persona que expone su intimidad (p.e. posa desnuda para tomar sol) desde un lugar de su propiedad (terrazo o balcón) debe considerarse resguardada en su privacidad, salvo que con su conducta hiera el pudor de un tercero que –ubicado en una propiedad vecina o cercana– tuviera inevitablemente al alcance de su percepción sensorial una escena o espectáculo que no hubiera querido ver o escuchar. Dicho de otro modo, la exhibición se convierte en exhibicionismo –y pierde el carácter de privado– cuando el radio de percepción sensorial de un tercero es alcanzado inevitablemente por la escena.

El derecho a la intimidad también abarca, entonces, un concepto ‘volitivo’, es decir, queda reservado al conocimiento ajeno aquello que la propia persona decide preservar. Podríamos sostener que debe haber un vínculo directo e inmediato entre las medidas buscadas por el individuo y su vida privada y familiar para considerarlas protegidas legalmente.

De acuerdo con la Suprema Corte americana solo es aplicable ante una expectativa razonable de privacidad (reasonable expectation of privacy), para cuya definición el Tribunal utiliza parámetros sociales, siendo razonable todo aquello que la sociedad usualmente esté dispuesta a aceptar como tal, de forma que la tutela jurídica del derecho solo abarca situaciones que la sociedad ofrece un mínimo de protección. Además, como proyección del derecho a la intimidad, la Corte presume que si el

¹⁷ ROSATTI, Horacio D, Tratado de Derecho Constitucional, *op. cit.*, p. 299.

individuo renuncia al derecho en una esfera específica y en relación a algunas personas, puede interpretarse que tendría perdido la expectativa razonable de privacidad frente a todos.¹⁸

Evidentemente, y dejando para otra oportunidad el análisis de los derechos de intimidad de los funcionarios que ejercen un cargo público, una interpretación amplia de la notoriedad, comprende a aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos.

Como se infiere es una posición que incluye en el precepto categorías tan variadas como personas que resultan conocidas por la colectividad debido a su profesión, como aquellos que lo son porque comercian su vida privada.

Entiendo que a solo éstos podría aplicarse la concepción americana de la “razonable expectativa”.

Ahora bien, a diez años que mediante la televisión británica y argentina se transmitiese en vivo el suicidio del ex policía argentino Mario “Malevo” Ferreyra¹⁹ como caso extremo de exhibicionismo en aquel tiempo, hoy pareciera que cualquier persona en la red puede adquirir un protagonismo sustancial que se haga viral en apenas segundos, con lo cual la diferenciación deberá encontrarse quizás en la voluntariedad a la que hicimos referencia anteriormente.

III. La privacidad y la libertad de expresión en internet: ausencia de soberanía individual, social y estatal

Resulta irrefutable que cuanto más tecnología se usa, más fácil es controlar un usuario y, este sometimiento a una vigilancia constante está poniendo cada vez más difícil la tarea de mantener incólume el derecho a la intimidad, al secreto o a la no exposición, incluso frente a la ausencia de consentimiento. Empeora este escenario, la falta de conocimiento de los riesgos del medio, ya que el ciudadano actúa muchas veces en internet sin tener en cuenta el riesgo que supone la posibilidad de pérdida de control de cualquier información que sale del ámbito privado y que puede pasar a ser de dominio público, con las graves consecuencias que de ello se derivan.

El filósofo polaco Zygmunt Bauman define nuestra era como ‘tiempos líquidos’.²⁰ En la concepción del filósofo, la modernidad líquida es un tiempo de incertidumbre, de transición, en el que los individuos, los mismos que durante siglos lucharon por consolidar sus derechos civiles, se encuentran ahora ante el reto de ser libres.

¹⁸ VOLPATO, Samira, El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹ ROSATI, Horacio D, Tratado de Derecho Constitucional, *op. cit.*, p. 300 cita 17.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt, Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre. Ed. Tusquets, España, 2008, p. 27.

Razona con propiedad dicho autor, cuando asevera que la concepción de la sociedad actual como líquida es posiblemente uno de los mayores aciertos de la sociología contemporánea. El término 'líquido' describe con enorme grafismo el tránsito de una sociedad sólida y estable a una modernidad en la que las estructuras sociales no perduran en el tiempo lo suficiente como para asegurarse y gobernar las costumbres de los individuos. La consecuencia más palpable de todo ello es que las pautas de comportamiento ya no son las mismas y, en ese cambio, internet ha jugado un rol fundamental. El nuevo marco de convivencia propiciado por Internet exige a los individuos replantearse la forma de interactuar con los demás en sociedad.

La eclosión de internet ha cambiado nuestras vidas. Internet no ha traído únicamente un cambio tecnológico, sino que también, un cambio en el modo de enfrentarse a la realidad. Nuestros actos ya no se circunscriben como antiguamente, a nuestro entorno inmediato, sino que tienen consecuencias dentro y fuera del mundo físico. Internet ha supuesto una auténtica revolución cultural y social. Su impacto desborda los tradicionales conceptos de Estado y frontera. Con internet el poder se ha vuelto extremadamente extraterritorial y, además y principalmente, ya no está atado por la resistencia del espacio y tiempo.

El proceso de comunicación pública sobre el que se asienta el entramado de libertades constitucionales pertenecientes al grupo de los derechos de interrelación con otros (libertades de expresión, información, derecho a la información, honor, intimidad y propia imagen, protección de datos, reunión y manifestación y asociación), ha sido un espacio físico y real de comunicación interpersonal (la plaza pública, la calle, los medios de comunicación...) era un espacio definido físicamente, bien por el espacio en el que tenía lugar el proceso de comunicación (la plaza pública...), bien por el soporte en el que éste se producía (la prensa...) hasta la irrupción del empleo de internet como un foro público de comunicación interindividual mediante redes sociales y otros medios de difusión de opiniones e información imaginables. Internet ha hecho de ese espacio físico un lugar inexistente, efectivamente 'líquido' como ahora se da por a todo lo inaprehensible a los sentidos.

Los ataques que se pueden producir son casi ilimitados.

Las nuevas tecnologías de información no encuentran entrabas en el tiempo, hacen con que los hechos practicados hace mucho tiempo, en momentos distantes, y ya olvidados, pueden, ser rescatados e insertados en redes sociales de internet, causando nuevas formas intromisiones, actuales, y mucho más ruinosas, más allá de aquellos causados en época pretérita.

Decía el refrán español que 'no hay mal que cien años dure'. Ese aforismo fue derrumbado sin escrúpulos por los motores de búsqueda de Internet. Si algo ha dado google y compañía, es eso, memoria. Google es la hemeroteca a la que todos acceden y de la que, por el momento, nadie puede escapar.

Todas las personas tienen recuerdos, buenos y malos. Dentro de esta trama hay que señalar que las personas tienen el derecho a no acordar de los desagradables y este derecho, con internet, puede ser fácilmente vulnerado contra nuestra voluntad.

El carácter viral de internet hace que una información o un contenido, que puede tener un carácter íntimo se convierta por un descuido o una acción impiedosa de una tercera persona en un documento cuyo control haya sido perdido para siempre.

Lo paradójico del espacio de comunicación que ofrece internet es que, al tiempo de ser un campo abierto de intercambio de mensajes, ofrece la aparente sensación de opacidad, de intimidad, de que nadie nos ve, y además facilita el anonimato y la creación de personajes falsos. Los principios de libertad (el acceso al proceso no podía ser efecto del uso del poder público, del mismo modo que nada puede coartar o imponer el acceso de mensajes al proceso), apertura (cualquiera y cualquier mensaje puede acceder al proceso) y publicidad (el proceso es transparente y accesible a la generalidad) que rigen la garantía constitucional de ese espacio de intercomunicación social, se diluyen en esa su condición líquida de la red, inaprehensible a los sentidos, o, para mejor decir, reducida a una pantalla y un teclado de cualquier dispositivo informático imaginable.

La red nos genera la ilusión de que en realidad la comunicación activa o pasiva que establecemos a través suyo es opaca al mundo, no deja rastro; es un proceso de comunicación solo aparentemente libre, abierto y público. Esa aparente opacidad nos estimula a ser menos prudentes con nuestra privacidad en la falsa creencia que estamos a salvo de la mirada ajena. El precio que se paga por hacer uso ilimitado de semejante fuente inagotable e inabarcable de información que es la red es la fragilidad de nuestra vida privada. Esto no sucede en el proceso de comunicación pública real, donde de pagar un precio por el acceso a la información o participar en los canales de información es económico.

Actualmente, con esta realidad tecnológica, hasta mismo los actos más simples y cotidianos de la vida íntima pueden ser divulgados en escala global, en velocidad extraordinaria, además, con la agravante de poder ser almacenados *ad eternum*. Los perjuicios que pueden causar informaciones falsas o verdaderas, pero, de la esfera de la vida íntima, vehiculadas a través de internet, son potencialmente mucho más nefastas del que en la época en que la propagación de la noticia se daba por los medios tradicionales de divulgación. Así indudable que el contenido del derecho a la intimidad sufrió un cambio significativo con la tecnología.

Sin embargo, no cabe duda que la idea originaria de la intimidad como el ‘derecho de estar solo’ continúa siendo el núcleo esencial de dicho derecho, pero no lo agota más, obligando su extensión a hechos más allá de ese núcleo original.

Por ejemplo, con fundamento en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos 104 (en adelante CEDH), determinados casos de daños ambientales pueden ser reconocidos como elementos de vulneración del derecho al respeto a la vida privada personal y familiar. Así se ha manifestado a través de la Sentencia en el caso ‘López Ostra c. España’ el TEDH.

El derecho a la intimidad incluye temas sensibles y cada vez más variables, como el medio ambiente. Son temas variados cuya importancia se manifiesta en todas las épocas de la humanidad.

Delimitar la intimidad “llega a los límites de lo imposible”, eso porque, lo que para uno puede ser objeto de reserva, puede que no sea para otro, es el individuo y sólo él, quien establece los límites de este derecho. El contenido del derecho a la intimidad tiene un carácter predominantemente subjetivo, el sentido de la vida íntima es relativo a cada uno, varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra, varía igualmente en función de edades, tradiciones, culturas, modos de conductas personales etc.

Por lo demás, el campo de lo íntimo está gobernado por las costumbres, los hábitos y las modas de la sociedad, sujetas, por ende, a indudables cambios continuos.

La postura de la doctrina por un concepto flexible se justifica porque un concepto rígido enfrentaría serios riesgos de fracaso, considerando que el derecho a la intimidad tiene un carácter inmaterial y está permanentemente dependiente de la propia evolución social donde encuentra la razón propia de su existencia, porque no es un fenómeno jurídico y, sí, social.

Así existen autores²¹ que optan por una enumeración de contenidos posibles de este derecho no garantizándose un contenido concreto y prefijado *ab initio* de la intimidad, sino simplemente el derecho a poseerla y a que sea el propio titular el que decida cuál o cuáles aspectos de su vida personal y familiar quiere mantener reservados del conocimiento público:

I. En sí mismo, considerado fundamentalmente en cuanto a sí mismo:

1. Con referencia a su pasado, que es o puede ser evocado en el presente contra su voluntad:
 - a) derecho al olvido;
 - b) derecho a mantener en secreto los recuerdos personales;
2. Con referencia a su presente, en el que es amenazado o atacado:
 - 2.1. En su propio cuerpo:
 - a) Tomas de sangre, orina, etc.;
 - b) Datos sobre su salud;
 - c) ¿Es el aborto una mera cuestión de la vida privada?;
 - d) Narcoanálisis.;
 - 2.2. En aspectos no corporales:
 - a) identidad;
 - b) imagen;
 - c) Datos personales;

²¹ FARIÑAS MATONI, Luis María. El derecho a la intimidad. Ed. Trivium, Madrid: 1983, pp.314 y ss, citado por VOLPATO, Samira, El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información, *op. cit.*, p. 164.

VI. Pactos Nacionales e Internacionales y las nuevas tecnologías

- d) ser seguido u observado;
 - e) objetos personales;
 - f) placeres;
3. Con referencia a su futuro en cuanto planeado en el presente, potencialmente amenazado por ataques actuales:
- a) Descubrimiento de planes o proyectos del futuro.

II. En sí mismo, considerado fundamentalmente respecto de los otros:

1. Los otros en cuanto colectivo:
- a) El Estado, en su doble papel de garante y amenaza de la intimidad;
 - b) Personal (garante en cuanto emisor de normas protectoras, amenaza en cuanto compilador de otros datos personales;
 - c) la sociedad y su interés en ser informada;
2. Los otros en cuanto personas concretas;
3. La intimidad ajena como límite y condicionante de la propia (el problema de la divulgación unilateral de un secreto compartido sin el consentimiento de la otra persona);
- a) la intimidad propia compartida: - relaciones familiares (hogar, vida conyugal); relaciones cuasi familiares (aventuras amorosas, amistades, comunicaciones y cartas); relaciones profesionales (vida profesional, secreto de los negocios);
 - b) La intimidad propia amenazada por los otros: - individuos concretos (parientes, vecinos, amigos, compañeros de trabajo, superiores, subordinados, extraños); sociedades, entidades o institucionales especializadas ad hoc (detectives, agencias de información o matrimoniales, otras entidades); el Estado (como administración y/o mediante sus funcionarios que cumplen o extralimitan sus funciones).

IV. La autodeterminación informativa como dimensión de la confidencialidad

La idea de secreto y de confidencialidad aparece estrechamente relacionada con la intimidad. Sin embargo, no en su elemento definidor, sino que aparece configurada en relación con el poder que tiene la persona de mantener sus convicciones, sus principios, sus creencias, ajenos a injerencias externas. Como una especie de derecho de exclusión, que la hace inaccesible a terceros sin consentimiento del titular.

La autodeterminación informativa consagrado por ejemplo en el artículo 18.4 de la Constitución Española, es aquel derecho que tiene por objeto preservar la

información individual frente a su utilización incontrolada. Ello vino a suponer la distinción de dos facetas de la intimidad, la llamada ‘física’ y la ‘informativa’, englobándose en esta última este nuevo derecho que implica cómo y en qué medida se puede comunicar a otros informaciones de uno mismo.

Las nuevas posibilidades del almacenamiento, tratamiento y manipulación masiva de datos a través de la informática, y la probabilidad casi ilimitada de difusión de estos datos a través de las redes que el desarrollo de las tecnologías de informaciones y comunicaciones possibilitó, en efecto, desde la perspectiva de la información, el derecho a la intimidad adquiere una nueva dimensión. una gran revolución en las posibilidades de uso y comercialización de las informaciones personales.

En ese sentido, todo hombre históricamente necesita información que le permita formarse una opinión sobre los numerosos acontecimientos y realidades; es un paso ineludible para lograr la comunicación gracias a una puesta en común de ideas, de impresiones y experiencias personales. Por lo que para el mundo pareciera que internet se ha convertido en un elemento imprescindible es, a fin de cuentas, consecuencia inmediata de la sociabilidad humana.

Es por esta reconocida realidad que todos los sistemas jurídicos que se inspiran en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad como principios básicos, reconocen hoy el derecho de los individuos a la ‘autodeterminación informativa’, o ‘libertad informática’, al control de los propios datos personales, para evitar que puedan ser utilizados, a través de las nuevas tecnologías, en perjuicio de aquellos a quienes concierne.

En consecuencia, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la persona. La llamada libertad informática es, así, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*).

Este derecho ha sido reconocido, bajo la denominación de derecho a la protección de datos de carácter personal, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por tanto, incluido en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y se ocupan de garantizarlo el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cada uno en su respectiva competencia.

En definitiva, el alcance del impacto de la informática en el campo de los derechos fundamentales, será a través de las interpretaciones de los Tribunales con competencia constitucional o Cortes Supremas en última instancia, los que determinarán en cada caso el alcance de la garantía frente a la libertad de expresión.

No obstante, en los ordenamientos jurídicos modernos está surgiendo una auténtica cultura a la protección de datos con una naturaleza de un auténtico derecho de la personalidad. Como un derecho al dominio y control de los ciudadanos sobre sus propios datos personales, de manera que puedan comprobar qué datos sobre ellos existen en los registros públicos y privados, rectificar los inexactos, cancelar los que no quieren que figuren en ellos y decidir a quiénes se puede transmitir esa información personal. Todo para evitar lesiones a los titulares de las informaciones.

El avance social y sus nuevas modalidades de curiosidad o participación viral que corrobora la importancia de que el ordenamiento jurídico asegure una respuesta al problema, porque lo reiteramos, desde la perspectiva de la informática, el derecho a la intimidad adquiere una nueva dimensión, pues resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista –estatus negativo– de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control –estatus positivo– sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto. El desarrollo de las nuevas tecnologías lleva a que el ámbito de la intimidad se amplíe hasta incluir el derecho de autocontrol de los datos personales.

V. Sujetos protegidos por la libertad de expresión, la privacidad o sus derechos derivados: responsabilidades en la producción del daño

Comencemos con una reseña jurisprudencial que nos ilustre al respecto.

En el acuerdo de la fecha 28.10.14,²² la Corte Suprema rechazó la demanda que por daños y perjuicios dedujo una modelo publicitaria contra Google Inc. y Yahoo Argentina S.R.L. por violación a sus derechos al honor e intimidad, que entendió lesionados por la vinculación de su persona a sitios de internet de contenido erótico o pornográfico, como también por el uso no autorizado de su imagen. Sobre este último punto, la peticionaria había solicitado que las demandadas cesaran en el uso de su retrato en la herramienta de “búsqueda por imágenes”. La Corte revoca parcialmente la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Todos los ministros afirman que la libertad de expresión es un pilar fundamental de la vida democrática y que la actividad de los buscadores de internet está protegida por la cláusula constitucional que tutela la libertad de expresión. Y en cuanto a la responsabilidad civil, compartieron el criterio de la alzada encuadrando el caso dentro del ámbito de la responsabilidad *objetiva*.

La mayoría, integrada por Highton, Fayt y Zaffaroni, equipara los buscadores de internet a los medios de comunicación en general y dice que sólo podría haber responsabilidad en casos excepcionales. Esa responsabilidad surge cuando el buscador no actuare diligentemente a partir del efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido. En ausencia de una regulación legal específica, la comunicación debe provenir de autoridad competente, salvo en casos de ilicitud manifiesta, como por ejemplo, pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la integridad física de las personas, que hagan apología del genocidio, racismo u otra discriminación, con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, etc.. En estos casos es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al buscador. Este último dato no resulta insustancial ya que es uno de los temas más debatidos en el proyecto de ley nacional en la materia.

²² CSJN, “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios”, fallo del 28.10.14. Fallos: 337:1174.

Por otro lado, dejaron sin efecto la condena a Google Inc. por la utilización de la imagen de la actora, por considerar la conducta del buscador consiste en una simple recopilación automática de thumbnails –vistas en miniaturas de fotografías de muy baja resolución– que solo tiene por finalidad permitir a los usuarios acceder a las páginas de Internet que contienen las imágenes originales.

Ante el pedido de que se eliminen definitivamente las vinculaciones de su nombre e imagen con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de Google, la mayoría consideró que en estos casos es improcedente establecer una *tutela preventiva* que obligue a Google a fijar filtros o bloqueos de vinculaciones para el futuro.

Los Dres. Lorenzetti y Maqueda, mediante una disidencia parcial, no equiparan la situación de los buscadores a la prensa en general. Consideran que en el derecho comparado existe una legislación que es mayoritaria en establecer la responsabilidad civil en casos específicos, para equilibrar la protección de la privacidad. Que la responsabilidad de los buscadores, surge a partir del efectivo conocimiento de que la actividad o la información a la que remite cause un perjuicio individualizado y no actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. En esta disidencia parcial, confirman la condena a la demandada por la utilización de la imagen de la actora, estimando estrictamente aplicable el art. 31 de la ley 11.723, que sin distinguir sobre el medio que se emplea, establece la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen, salvo casos de interés general. Por otra parte, consideraron admisible que respecto a las vinculaciones ya existentes es admisible una tutela judicial de un derecho personalísimo que resulta compatible con la libertad de expresión, siempre y cuando se identifique con precisión cuáles son los enlaces asociados y se compruebe el daño que la vinculación ocasiona. Asimismo, consideraron procedente una *tutela preventiva judicial, ante una amenaza cierta de daño*, orientada tanto a eliminar otros enlaces existentes, que vinculen el nombre e imagen de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico, como a evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de las mismas características.

En consecuencia, sostuvieron que frente a situaciones como las planteadas en autos, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que acorde con la tecnología disponible, los buscadores adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos.

Nuevamente en un fallo frente a una demanda de la modelo Carolina Gimbutas a Google, la Corte Suprema sostuvo que los buscadores de Internet son “meros intermediarios” que se limitan a mostrar contenidos ajenos, manteniendo la postura que definió en 2014.

En efecto en el fallo “Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc s/daños y perjuicios”, de fecha 2.09.17, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó que la

actividad de los buscadores de Internet está amparada por el derecho a la libertad de expresión, por lo que no son responsables por las imágenes que muestran.

La Corte evaluó que el servicio de búsqueda por imágenes constituye una herramienta automatizada para acceder a otras contenidas en páginas de terceros, con el fin de informar al usuario el sitio web en el que se encuentra la imagen original.

Además, consideró que cumplen una función de enlace que no difiere de la que realiza el de textos, ya que no “captan”, “reproducen” ni “ponen en el comercio” imágenes, sino que facilitan al usuario online, el acceso a las imágenes obtenidas por otros.

Dentro del voto coincidente, que también firmaron los ministros Rosatti y Highton de Nolasco, Rosenkrantz expuso que “quien consiente que su imagen personal sea alojada en alguna página de Internet, acepta también que los buscadores faciliten al público usuario el acceso a la misma”. La pregunta sería si el consentimiento aludido refiere a la inclusión en cualquier sitio de la red basta a dichos fines.

En disidencia parcial, nuevamente Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda votaron por revocar el fallo de la Sala M de la Cámara Civil, porque ponderaron que se había utilizado una fotografía de Gimbutas sin su consentimiento, lo que constituyó una “invasión ilegítima” a su intimidad.

Reiterando su doctrina del año 2014 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró que la actividad de la demandada importa el ejercicio pleno y regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegida y que, conforme a las características propias de internet, resulta razonable admitir que los motores de búsqueda que *carecen de control sobre el contenido* proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión solo responden civilmente por el contenido que le es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y ese conocimiento no es seguido de un actuar diligente (art. 1109 del anterior Código Civil).

En efecto, la indiferencia y pasividad en estos supuestos convierte al buscador en responsable de los daños derivados de su actividad, pues con su deliberada conducta omisiva contribuye al mantenimiento del evento dañoso que, en un primer momento, desconoce y le es ajeno. Asimismo, se señaló que idéntica situación se presenta cuando el buscador deja de actuar como un mero intermediario del contenido proveniente de un tercero y adopta una postura activa con relación a él, ya sea modificándolo editándolo o, directamente, creándolo. Resulta evidente que en estos casos la responsabilidad no encuentra razón de ser en la mayor o menor posibilidad de evitar el daño producido por el contenido de un tercero, sino en una conducta antijurídica propia que suscita la obligación de reparar el daño por ella ocasionado (art. 1109 del citado Código Civil).

La Corte requiere un “efectivo conocimiento”, en la medida en que constituye *prima facie* el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda.

Asimismo, indicó que a los efectos del efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva de los buscadores de Internet, en ausencia de una regula-

ción legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que la naturaleza ilícita –civil o penal– de los contenidos sea palmaria y resulte directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier personal, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento de aquellos casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa y en que no puede exigirse al buscador que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces, por lo que corresponderá exigir la notificación judicial o administrativa competente.

Señaló que el thumbnail tiene, respecto de la imagen original subida a una página de Internet, una función de mero enlace, ya que da idea al usuario del contenido de la página y le permiten decidir si accederá o no a aquélla, siendo obviamente la imagen original y el texto original responsabilidad exclusiva del titular de la página, único creador del contenido, por lo cual no corresponde aplicar al buscador de imágenes y al de textos normas distintas y torna infundada la aplicación de la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723, ya que no se juzga la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet –por la indebida publicación o reproducción de imágenes– sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquélla.

Estos ejemplos sirven para ilustrar dos puntos; por un lado, la agregación e indexación de información, que trataremos a continuación, tiene un efecto poderoso en términos de lo que se puede decir –o aparentar decir– sobre una persona. Mientras en el mundo análogo la difusión de pedazos de información erróneos, inexactos o indeseados tiene un alcance limitado, en el mundo digital el impacto es inagotable y los efectos pueden ser perversos. Por el otro, esta información es pública y llega a la red por varios caminos. Esto implica que tratar de contrarrestarla o disponer de ella (borrarla, modificarla) no depende únicamente del afectado ni pasa por la responsabilidad exclusiva de un intermediario. Que Internet se «olvide» de esos datos requiere algo más que oprimir una tecla.

VI. El monitoreo en internet frente al efectivo conocimiento

El monitoreo de contenidos en Internet reduce la órbita de privacidad del individuo, modifica su interacción con la red y condiciona su libertad de expresión. Esta afectación subsiste más allá de la finalidad del monitoreo o, incluso, así no exista una en particular. Tal impacto parte del supuesto de que el individuo sabe o sospecha que su actividad en línea está siendo monitoreada.

Si se lleva a cabo sin su conocimiento, la situación sería aún peor, ya que no se le estaría reconociendo siquiera la titularidad de sus derechos más elementales.

El monitoreo en línea constituye una forma de vigilancia, y su penetración en la vida de las personas aumenta en la medida en que las relaciones sociales, laborales y económicas están cada vez más mediadas por el uso de Internet.

Hace 20 años, poco o nada podía saberse de una persona al observar su actividad en la red; hoy en día puede tenerse una radiografía exacta. Muchos autores se refieren al impacto que la vigilancia tiene en el individuo. La observación permanente busca controlar y normalizar las conductas de la persona.

De hecho, volver un espacio predecible y controlable es uno de los objetivos de sistemas como los circuitos cerrados de televisión en lugares públicos (estaciones de metro, parques y calles).

El monitoreo de las actividades en línea es también una violación a la privacidad.

Es posible argumentar que una persona no tiene una expectativa de privacidad en un parque, pero no podría decirse lo mismo de su casa, su lugar de trabajo o su computadora. Una invasión a la privacidad interfiere con la integridad de ciertas actividades e incluso destruye o inhibe algunas de ellas. El costo para la libertad de expresión es evidente. Un individuo que no goza de un espacio para reflexionar, pensar y formar su criterio, no podrá manifestarse de manera libre. Los efectos de esta pérdida de confianza podrían ser de amplio alcance. Así como con otras tecnologías de vigilancia, el uso creciente de la IPP crea el potencial para la autocensura e inhibición en línea.

La afectación de la privacidad no se limita únicamente al hecho de que un tercero esté al tanto de asuntos de un individuo que este último quisiera que no se supieran; la ausencia de privacidad afecta también el proceso de subjetividad de la persona y la relación de ésta con su entorno. La construcción de la identidad es también un proceso de prueba y error, de juego y ensayo.

Usemos, un ejemplo: Internet es una entrada para la exploración de temas, contenidos e interacciones de todo tipo. Una persona puede estar interesada en la historia de la guerrilla en América Latina, y con ese propósito busca videos y textos, intercambia mensajes y transmite opiniones.

Esta actividad no se relaciona con su vida personal ni se basa en algún deseo de ingresar a un grupo armado ilegal. Hace parte de una manifestación espontánea (estudiar Historia, entender los movimientos sociales), que puede potenciarse gracias a la reclusión que le ofrece Internet. No obstante, ante un monitoreo de estas actividades, o un indicio de que está sucediendo, esta persona optará por restringir este aspecto de su individualidad.

El costo para la libertad de expresión es evidente. Un individuo que no goza de un espacio para reflexionar, pensar y formar su criterio, no podrá manifestarse de manera libre. «Los efectos de esta pérdida de confianza podrían ser de amplio alcance. Así como con otras tecnologías de vigilancia, el uso creciente de la IPP crea el potencial para la autocensura e inhibición en línea.²³

²³ BERTONI, Eduardo, "Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión en América Latina", compilador, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de, Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, p. 93 y ss.

Y si bien un buen desarrollo y educación en políticas de privacidad pueden ser un primer paso debiendo hacerse explícitas las políticas de vigilancia y monitoreo de Internet, bien sea en el desarrollo de leyes o de decisiones administrativas, exigiéndose específicamente, la transparencia y publicidad en las obligaciones que imponen a los intermediarios.

En este sentido, éstos últimos nos son ajenos a las exigencias. Recientemente hemos tenido un ejemplo de ello.

El Parlamento británico y la Eurocámara convocaron al fundador de la red social, Mark Zuckerberg, a dar explicaciones sobre la fuga de datos de millones de usuarios que supuestamente se utilizaron para influir en las elecciones presidenciales de 2016 en EE.UU., donde ganó Donald Trump.

En forma paralela, la Comisión Federal de Comercio de EE.UU. (FTC, por sus siglas en inglés) abrió una investigación contra Facebook por la misma causa, que podría costarle a la red social una multa millonaria. Según The Washington Post, el monto de la sanción podría elevarse a 40.000 dólares diarios por violar las normas de privacidad. La comisión está investigando si la popular red social violó los términos de su contrato de consentimiento, establecido en 2011, al proveer datos de sus usuarios a la compañía Cambridge Analytica.

El escándalo se desató a raíz de una investigación realizada por los diarios The New York Times y The Observer, donde un ex empleado de Cambridge Analytica reveló cómo la firma utilizó una aplicación descargada por 270.000 usuarios de Facebook, sin su consentimiento, para conseguir información sobre sus amigos, y desarrollar un programa para predecir el voto de los electores.²⁴

De conformidad a estos datos al menos no puede considerarse a los proveedores de las redes, sólo meros intermediarios (sentido procedimental).

Evidentemente si bien la regla continúa siendo que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación y que las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional pero necesariamente deberá ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).

En términos prácticos, pueden aplicarse los criterios existentes para la retención de datos o para la interceptación tradicional de comunicaciones. Es decir, Esto es, debe haber, al menos, proporcionalidad en la actuación, legalidad y control judicial.²⁵

²⁴ https://www.clarin.com/mundo/eeuu-gran-bretana-investigan-facebook-filtracion-datos-usuarios_0-BJTR3zk5G.html, captura tomada el 20.03.18.

²⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, comunicado de prensa R50/11, disponible en <http://cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=848&IID=2> consultada el 19 de enero de 2018.

VII. El efectivo conocimiento del intermediario para determinar su responsabilidad en el contexto actual

Analicemos la situación.

No hay que ser un usuario de Internet de tiempo completo o un adicto a las redes sociales para que decenas de datos sobre uno estén alojados en diferentes puntos de la red. Tomemos como ejemplo el correo electrónico: con un servicio como Gmail, una persona puede tener archivados todos los mensajes que ha enviado y recibido desde 2004, incluidos los que intercambié a través del servicio de chat. A lo anterior podemos sumar la información almacenada en Facebook. Fotos, videos, conversaciones, archivos y, en general, cualquier intercambio que haya dejado un rastro digital desde el momento en que se abrió la cuenta.

Incluso si esa persona prescindió de esos servicios o los usó mínimamente, otra actividad habitual en línea —cuyo efecto es tal vez menos visible— deja un rastro abundante: las búsquedas hechas en motores de búsqueda como Google, Yahoo! o Ask.

Con algunas diferencias propias de la política de cada empresa, los términos que se introducen en estos servicios *se guardan en un servidor y conforman un historial*. Entre otros, *esta información sirve para ajustar la publicidad que aparece en las páginas que la usuaria visita y para moldear los propios resultados de las búsquedas*.

Evidentemente el conocimiento del usuario le interesa de manera muy específica ya que la publicidad hoy en día es dirigida a sectores reducidos muy específicos, siendo obviamente ésta la más redituable.

Aunque algo de esta información se almacene de manera anónima, la sumatoria de datos permite perfilar con bastante precisión a una persona. Si a la dirección IP de un computador —que identifica su conexión en Internet— se van sumando variables como búsquedas de lugares (direcciones de hoteles, casas o restaurantes), medicinas, entradas de eventos, ropa o comida, al final será posible determinar de quién se trata.

Sin embargo, no es usual hacer indagaciones ordenadas o coherentes en los motores de búsqueda. En un momento dado alguien puede buscar todo lo referente a un tema laboral y, un segundo después, hacer una consulta sobre un problema de salud o una idea descabellada o pasajera (le surge la curiosidad, por ejemplo, de averiguar sobre una persona con la que tuvo una relación sentimental hace muchos años). *En estos casos, los datos que se van registrando no solo perfilan a una persona de manera equivocada o descontextualizada, sino que se refieren a temas que ésta quisiera mantener en su órbita privada.*

Más allá de este problema, resulta claro que la agregación, indexación y etiquetación de datos sobre una persona tienen un efecto multiplicador.

Un conjunto de datos sobre la actividad de una persona en Internet no equivale simplemente a una suma de informaciones aisladas. *A medida que agregamos más información tendremos una radiografía más precisa de algún aspecto del individuo.*

Aquí no podemos limitarnos únicamente a la información que el usuario de Internet suministra sobre sí mismo y que termina *en poder de un tercero (en el servidor de Amazon o de Twitter)*. Diferentes datos sobre nosotros mismos pueden estar en línea después de que un tercero los hizo disponibles, aun sin nuestro consentimiento o conocimiento: alguien colgó y etiquetó una foto suya en Facebook sin que usted lo supiera; una entidad oficial publicó en el portal una base de datos que contiene su nombre; un medio de comunicación publicó una historia donde incluye información sobre usted; un usuario anónimo creó un blog para criticarlo, incluyendo de pronto información sobre su vida privada.

También es posible que la información en línea sobre una persona esté ahí porque ella misma la publicó y, aunque posteriormente la retiró, alguien más hizo una copia y la mantuvo disponible en otro lugar. No hay que limitar este caso a un robo o un acto de mala fe: piense, por ejemplo, que hace tres o cuatro años usted publicó de manera entusiasta en Facebook unas fotos de su fiesta de cumpleaños. Ahora las ve y las elimina —le parecen pasadas de moda, ya no le evocan un momento alegre o simplemente no le gustan más—. No obstante, un amigo las copió mucho antes y las tiene colgadas en su blog personal.

Por más que usted no quiera, cualquier persona podrá seguir accediendo a esa información.

VIII. Protección del contenido de la información circulante

Si la función del derecho a la información es la de ser instrumento para la formación de la opinión pública, es evidente que la información cuya transmisión dicho derecho debe proteger, tiene que ser la información relevante para la formación de dicha opinión. La irrelevante, por ende, no hace parte de este proceso formativo.

Así tenemos que comprender en qué consiste la relevancia pública. La relevancia pública es sinónimo de hecho ‘noticiable o noticioso’, es decir, de todo hecho cuyo conocimiento puede tener interés para los ciudadanos, bien por las personas o las instituciones que intervienen en el mismo, bien porque objetivamente el asunto tiene trascendencia social, aunque sea meramente coyuntural. No se trata, por ende, de mera curiosidad ajena.

Esta definición sería asimilable al menos parcialmente al parámetro de la “defensa de la sociedad y bien común” que utiliza nuestra Corte Suprema, es decir cuando, concurre un interés público constitucionalmente prevalente, digno de protección o bien cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad.

Para el Tribunal Constitucional español²⁶ por ejemplo, lo ‘relevante para la comunidad’ no es todo aquello que despierte interés social sino solo aquello que tenga un

²⁶ Cuando se habla del requisito veracidad, es importante determinar cuándo una información, a juicio del TC, puede ser calificada como ‘reportaje neutral’. Las notas características del reportaje neutral han sido sintetizadas por la STC 76/2002, de 8 de abril, F.J. 4º; y confirmadas por la STC 54/2004, de 15 de abril, F.J. 7º. Conforme la STC 1/2005, de 17 de enero (Caso Encarna Sánchez), el medio informativo “(...) ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia

valor específico —específicamente democrático—, es decir, en el ámbito de lo público. Así pues, para este Tribunal, la legitimidad de las intromisiones informativas en el derecho a la intimidad personal y familiar de las personas requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere.²⁷ Evidentemente se trata de un criterio por demás restrictivo.

En este punto es importante subrayar que información veraz no es sinónimo de información verdadera. El requisito veracidad implica la obligación del informador de realizar con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información con la diligencia exigible a un profesional de la información. Noción muy similar a la requerida para la determinación de la responsabilidad de los medios periodísticos frente a la teoría de la “real malicia”.

Evidentemente la teoría utilizada hace más de veinte años en nuestro país para responsabilizar civilmente a un medio periodístico sigue siendo de aplicación aún a las nuevas tecnologías sin advertirse la distinción en la conformación del daño que en el caso es producto de una cadena de elementos técnicos y siempre inmateriales y de difícil identificación que lleva a la regla del anonimato del autor del daño. La teoría de los frutos del árbol envenenado por la que se razona que todo aquello que en algún momento se haya obtenido por un mecanismo ilícito no puede llegar luego a convertirse en lícito (versión del fin justifica los medios) debiera aplicarse para penalizar la divulgación de datos obtenidos mediante la traición a la confianza.

Ello ya por ejemplo en razón de la existencia de datos que a priori son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que unidos unos con otros, pueden servir para configurar una idea prácticamente completa de cualquier individuo, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado.

que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido. c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5)”, citado por VOLPATO, Samira, *El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información*, *op. cit.*, p. 132.

²⁷ Pérez Royo añade más un elemento, ‘la forma de transmisión de la información de manera apropiada’, afirmando que: “(...) Si la información, aunque sea veraz y sobre un acontecimiento de interés general, se transmite de una manera que no contribuye en absoluto a formar la opinión pública, porque se centra en aspectos que no tienen el más mínimo interés desde ese punto de vista, dicha información no está protegida por el derecho a la información”. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*, citado por VOLPATO, Samira, *El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información*, *op. cit.*, p. 132.

A manera de ilustración hagamos un ejercicio inicial de ponderación en el caso de las excepciones al derecho de autor. En el sistema norteamericano, el “uso justo”²⁸ o fair use permite usar contenidos protegidos sin autorización del titular para hacer comentarios, críticas o parodias. Sin embargo, la práctica de hacer remezclas o mashups en el entorno digital –combinar porciones de videos o audios, o tomarlas para crear un nuevo producto– puede desbordar fácilmente la protección de uso justo si, por ejemplo, incluye fragmentos muy largos del material original.

Es por ello que cierta doctrina habla de conceptos de intimidad “territorial” e intimidad “informativa”. La intimidad territorial o informativa se refiere más bien al soporte o lugar en el que estos datos se hallan. En la primera, la territorial, el derecho a la intimidad actúa como un ‘derecho de reacción’ típico en la mayoría de los casos, pues su objeto es la prohibición de que un tercero acceda a un espacio respecto del que el sujeto proyecta la legítima esperanza de que lo que en él se haga quede oculto a terceros. Respeto a la intimidad informativa, el derecho opera como un ‘derecho de libertad’, porque con él se trata de proteger conductas individuales, fuentes de una información, o datos del propio individuo que éste quiere ocultar de los demás. En último término, la intimidad es información, y el derecho que la protege regula quién y de qué manera puede acceder a ella y usarla.

El derecho a la intimidad asegura a su titular el poder de resguardar su ámbito reservado, no solo personal sino que familiar también, no garantiza una intimidad determinada sino el derecho de poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y/o de su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público.

Aunque conceptuar intimidad sea sin duda una tarea difícil, hoy se puede denotar que su objeto no es proteger los derechos del individuo aislado, sino los derechos del individuo en su contacto con los demás. Su objeto se encuentra dentro de un contexto de la vida social. Busca preservar la autonomía del individuo en las relaciones sociales, asegurando su libertad de poder aislarse o a controlar el uso de sus datos y tener esta voluntad respetada por los demás, sin intromisiones, tornando así posible una convivencia en sociedad, garantizando una calidad en las relaciones con los demás.

²⁸ Lessig se refiere al «uso justo» al hablar de usos de material protegido sin autorización del titular. Se consideran «justos», y son legales sin que importe la opinión del dueño, usos de material para crítica o información periodística, entre otros. LESSIG, L., *Por una Cultura Libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, trad. de Antonio Córdoba/elástico.net, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, ps. 49 y ss, citado en “Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión en América Latina”, Eduardo Bertoni, Compilador, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de, Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, p. 93.

IX. Conclusión y recomendaciones

a) Siendo el argumento principal de la protección especial de la libertad de expresión frente a la privacidad, ya sea desde la tradición del libre mercado de ideas o un debate robusto que maximice la expresión democrática propia de que todos nos encontremos en términos de igualdad en las mismas condiciones a los fines de expresar nuestras ideas, se ha dicho que el Estado debe mantenerse alejado de dichos controles, para dejar que los propios individuos escojan los materiales, los discursos, las expresiones que los satisfagan, y en su caso las limitaciones justificadas debían ser de “tiempo, lugar y modo” y no respecto al contenido de la manifestación.

La sociedad como diría David Estlund se enriquece escuchando más y más de ciertas ideas (en la medida en que ello no implique, es obvio, la censura de otras). Mientras que desde un debate robusto nada es más importante que la confrontación entre ideas diversas.

Entiendo que, si bien el contenido no sería cuestionable, ello sería así en tanto tenga el mínimo de cuidado y consideración que requiere el respeto al otro en la vida en sociedad, aunque estemos muy lejos de ello. No basta “no causar un daño” y en su caso de adoptarse este criterio deberá ser teniendo como en cuenta el planteamiento básico según el cual un intermediario puede llegar a ser responsable bien sea por los daños que cause un usuario o porque gracias al servicio que aquel presta fue que se produjo y potenció el daño. Dentro del mismo régimen de responsabilidad civil se han propuesto alternativas que deberíamos al menos en el mundo jurídico evaluar y que pueden hacer más exigente el deber del intermediario: la responsabilidad por el hecho de otro y la actividad peligrosa.

En 2008 Esteban Bluvol se enteró de que existía un blog en Blogger (plataforma de Google) con su nombre y con material injurioso sobre él. Demandó a Google por daños y perjuicios a su vida personal y laboral, y en primera instancia el juez decretó a su favor una indemnización de diez mil pesos argentinos (unos US\$1,800). Bluvol apeló el fallo para exigir una indemnización mayor y, en diciembre de 2012, la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal aumentó la cuantía al doble.

Para el tema que nos ocupa, lo interesante del caso fueron los regímenes que aplicaron los jueces de ambas instancias. El de primera instancia consideró que la responsabilidad de Google era objetiva, específicamente por la teoría del riesgo creado (similar a la de la actividad peligrosa). El juez de segunda instancia desestimó esa tesis rápidamente. Consideró que un intermediario como Google no debe «responder en forma automática por las conductas ilícitas de terceros, teniendo en cuenta que en internet circulan millones de noticias, lo que torna extremadamente dificultoso el control previo de todo lo que se difunde. Ello implicaría obligar a las empresas a monitorear constantemente los miles de perfiles o comentarios que se suben cada minuto. Lo cual podría al menos generar cierta incertidumbre en cuanto al acierto de dicha afirmación, en la medida que se trata de mega empresas que conforman el uno por ciento (1%) de la riqueza mundial.

Sin embargo, el juez no exoneró a Google ya que consideró que de todas formas había incumplido con su responsabilidad. Previo al proceso judicial, Bluvol se había quejado directamente ante la empresa por la existencia y los contenidos del blog (usando los mecanismos usuales de queja o denuncia de contenido) sin que aquella lo removiera. Google argumentó que no podía hacerlo sin una orden judicial. En contraste, para el juez el incumplimiento se configuró cuando Google se negó a retirar el blog después de la solicitud del afectado. En ese momento había tenido efectivo conocimiento del hecho dañoso y no había obrado con diligencia. Agregó, por último, que más que un caso de libertad de expresión se trataba de uno de suplantación.²⁹

El caso Bluvol no es el único en Argentina con un argumento similar frente a la responsabilidad del intermediario como guardián del usuario. Sin embargo, tal como se señaló *ut supra* éste no parece ser el criterio del Máximo Tribunal argentino a partir del caso Belén Rodríguez.

b) Las desigualdades económicas que separan a los más ricos de los más pobres de la sociedad son muy amplias, y el nivel de dificultades económicas asociadas con los que están pero son significativas fundamentalmente en razón de la falta de formación más que información razón por la cual la sociedad en sus voces más amplias y relevantes exigir al sistema institucional, ya sea público o privado —que los medios de comunicación de masas se encuentran concentrados inapropiadamente en las manos de pocos, el derecho de acceso a toda información relevante.

A partir de esta premisa no bastaría ni sería aplicable la teoría de la neutralidad ni respecto de la posición del Estado ni respecto al Mercado respecto al cual nuestro sistema constitucional exige una intervención principista basada en la igualdad de oportunidades, la dignidad de la persona y la justicia social en la dinámica del mismo.

La pluralidad de concepciones que se deriva de la neutralidad de un Estado liberal que no busque el bien en particular de la persona, implica la objetivización del sujeto.

Porque si la globalización económica que requiere de manera indispensable de una sociedad líquida propia de un hombre artificial, es protegida sobre el derecho a la privacidad y autoinformación, la configuración del daño a los derechos o al bien social, seguirán siendo protegidos a través de medidas e interpretaciones restrictivas.

Ya no se trata de la protección del sistema democrático, protegido a través de la libertad de expresión y de la pluralidad de intervenciones en el diálogo a través de mecanismos procedimentales, sino de la exigencia de una responsabilidad objetiva que tome en cuenta la real dimensión del manejo del contenido de datos por parte de los principales actores de la red.

Y ello ha sido denunciado incluso por la Canciller Alemana Angela Merkel quién sostuvo sobre Facebook que “La persona debe tener la soberanía de sus datos” e instó a poner a la persona “en el centro del debate” en torno al escándalo de la venta

²⁹ Poder Judicial de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal, «Bluvol, Esteban Carlos c/Google Inc. y otros s/daños y perjuicios» (Exp. n.º 59.532/2009), Rec. N.º 607.911, Juzg. N.º 105.

de datos de Facebook y llamó a dar a cada usuario “la soberanía” de todos y cada uno de sus datos. Diario el Mundo del 21.03.18, misma fecha de captura. La economía social de mercado se encuentra en la actualidad ante una “prueba de fuego” por la digitalización de la economía y la política tiene la obligación de actuar, para conformar un marco regulatorio justo.³⁰

Y no se trata de una posición paternalista, en los términos expuestos, menos aún perfeccionista, sino en no convertirnos nuestra sociedad en un gran “panóptico” en donde los presos aquí no serán los que infringen la ley, sino los que son víctimas de una cierta concepción de progreso.³¹

Bibliografía

- BASTERRA, Marcela I., “Datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales”. *La Ley*, 2009-B, p. 1037.
- BASTERRA, Marcela I., *Protección de Datos Personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 Comentados. Derecho Constitucional Provincial, Iberoamérica y México*, Ediar, Buenos Aires y Editorial UNAM, México, 2008
- BAUMAN, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Ed. Tusquets, España, 2008.
- BERTONI, Eduardo, “Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión en América Latina”, compilador, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de, Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, 2014.
- CASTILLO JIMÉNEZ, Cinthia, *Las tecnologías de la información y el derecho*, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla: 2003.
- FARIÑAS MATONI, Luis María. *El derecho a la intimidad*. Ed. Trivium, Madrid: 1983.
- FRENE, Lisandro, “Privacidad en los “servicios informáticos en la nube”, *La Ley* 2016-A, 699.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., “El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del artículo 43 de la Constitución Nacional”, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- HART, Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1963

³⁰ <http://m.dw.com/es/merkel-sobre-facebook-la-persona-debe-tener-la-soberanía-de-sus-datos> captada en fecha 21.03.18.

³¹ ROSATI, Horacio D., *Tratado de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 305.

- HERNANDO NIETO, Eduardo “Constitución sustantiva: autonomía, perfeccionismo y la legalidad neutral”, *Pensamiento Constitucional* Año VII N. 07
- HERNANDO NIETO, Eduardo, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, Lima.
- LARMORE, Charles. *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- LESSIG, L., *Por una Cultura Libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, trad. de Antonio Córdoba/elástico.net, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*.
- PALAZZI, Pablo A., “El derecho al olvido en internet”, <http://www.rlpdp.com/2012/06/palazzi-el-derecho-al-olvido-en-internet/>
- PALAZZI, Pablo A., Responsabilidad de buscadores de Internet: Notice & Take Down con sabor argentino, *Revista Jurídica Argentina La Ley* 2014 - F, p. 215.
- PUCCINELLI, Oscar R., El nuevo régimen europeo de protección de datos personales y su proyección en Argentina (las principales innovaciones del Reglamento General de Protección de Datos y su recepción en el proyecto de reforma a la ley 25.326 elaborado en el marco del Programa Justicia 2020), *Revista de Derecho Público* 2018-I, en prensa.
- RALLO, Artemi. *El derecho al olvido en internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2014
- RAZ, Joseph, *The Morality Freedomom*, Oxford: Oxford University Press, 1989
- ROSATTI, Horacio D, *Tratado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, 2010, T. I, p. 295.
- SILVEIRA, Pablo da, «Neutralidad del Estado y respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto». *La Política*, n. 4, octubre, 1998, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/18591>, tomado el 25 de abril del 2018.
- TRAVIESO, Juan Antonio, “La protección de datos personales: problemas y sistemas”, *La Ley*, 2014-B-1 del 08/04/14.
- VÁSQUEZ, Rodolfo, *Derecho y Moral*. Barcelona: Gedisa, 1998.
- VOLPATO, Samira, *El Derecho a la Intimidad y las Nuevas Tecnologías de la Información*, <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/3112/el-derecho-la-intimidad-y-las-nuevas-tecnologias-de-la-informacion/>

Los tratados de derechos humanos en el mundo de la tecnología¹

Juan Antonio Travieso

I. Introducción

Dicen que el que avisa no traiciona. En esta presentación se analizarán los tratados de derechos Humanos en una nueva cosmovisión.

Por supuesto que me siento como un náufrago en una isla al que le preguntan si desea un libro para combatir la soledad. La respuesta no se hace esperar: No quiero un libro, sólo un bote para salir de la isla.

Esa es la idea de los derechos humanos y tengo la misma sensación cuando se dice, que “en caso de emergencia rompa el vidrio”. En este caso no se rompe el vidrio, porque el efecto es de carácter constructivo. Es como cuando se construye una casa y se comienza por los cimientos, sólo que en este caso, con relación a los derechos humanos, empezamos por la cúpula. De arriba para abajo.

Ese es un concepto constructivo por elevación, que se me presenta a la vista, luego de un largo y esforzado itinerario personal de varios libros escritos sobre estos temas, que prologan la egolatría académica.

Esa es la idea, pero en la actualidad, con drones sobrevolando, delivery con robots, y secretarías no humanas, se presentan nuevos horizontes, que ni se me ocurrieron en las noches de insomnio y elaboración doctrinaria de traspasos doctrinarios.

Por tanto, antes de escribir esta introducción con tratados y normas, me saltó a la vista la experiencia de Estonia, un pequeño estado en la costa del Báltico, que luego de pasar por la órbita soviética, se ha planteado un cambio espectacular en cuanto al futuro y en sintonía con la realidad tecnológica actual y los derechos humanos. Se trata de un experimento social, económico, político de influencias notables en la sociedad actual, en el que el derecho no es la pieza esencial, pues la tecnología irrumpe y hace de la vida, muy adecuada para vivirla. Para acentuar la incertidumbre y el enigma, veremos en concreto estos cambios al final.

¹ Esta ponencia corresponde a mi nueva obra DERECHO Y TECNOLOGÍA Historias y Dilemas: <https://www.morebooks.de/gb/search?utf8=%E2%9C%93&q=978-620-2-43127-9>

II. El sendero que se bifurca

Borges siempre acude en ayuda. La literatura siempre incentiva los sentidos del derecho.

A medida que avanzo en el texto, me suena como si en este diálogo misterioso con el lector, estuviera planteando una excarcelación intelectual, porque los derechos humanos se presentan en un ámbito dual en el medio de paradojas, siempre con Borges.

Primeramente, aclaremos, que todas las paradojas son de alcance universal y no hay medio de información que no las trate a diario.

Volvamos a las paradojas, y adelanto que, curiosamente, la gran paradoja es que cada avance genera mayores riesgos en el futuro. No es novedad en esta sociedad que está cabalgando en el futuro, cada paso es casi como caminar por una cornisa de cambios. Un paso y caemos en la confusión.

En primer lugar, veamos la paradoja política internacional. Siempre la política, por más que la critiquemos está presente en todas las actividades humanas y en todos los escenarios, desde Egipto y la Atenas de la Polis. Así pues, internacionalmente, por una parte, el siglo XXI se visualiza como el siglo XIX, con una verdadera balcanización, con una división de estados a veces difícil de entender en el mundo de Internet y redes.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta, que, como consecuencia de la internacionalización, la nación ya no tiene límites en el territorio del estado y eso implica que el conocimiento, no se restringe al medio, sino que se extiende a todo el planeta, porque el mundo del conocimiento y el de los derechos humanos no tiene fronteras. Las pantallas de televisión nos acercan el mundo a nuestra casa, en directo, con el aviso de que “hay escenas que pueden afectar la sensibilidad”.

Otra de las paradojas, es económica social dentro de un mundo en el que los ricos son más ricos y los pobres más pobres, con hombres en pugna con los robots en el mundo del trabajo. A pesar de lo expuesto, los economistas repiten: la economía va bien, aunque crece la desocupación y la recesión en el marco de una verdadera guerra económica. Nuevos habitantes pueblan las ciudades del mundo, y no provienen de la tecnología o el cambio: son los “homeless”.

Lo importante en este mundo complicado es el aumento y disminución de la regla de derecho. Más derecho y más injusticias, a la luz de las demás paradojas. La regla de derecho, plantea asimismo que el derecho y la ética deben estar relacionados entre sí, relacionados con la técnica, porque el derecho es la fuerza que tienen los débiles, y este aspecto lo venimos remarcando desde el umbral de este ensayo.

Los que integramos el club del derecho, siempre creemos que sin derecho no hay sociedad. Ese es nuestro destino, más allá de la ingenuidad.

En otro enfoque, la educación es un tema por sí mismo. No hay político, ni científico, ni comunicador que no coincida en que la educación, es la solución para que las demás paradojas dejen de serlo y se transformen en realidades activas al servicio

de la humanidad. Por supuesto que la educación potencia a la tecnología porque es el acelerador de todos los cambios e innovaciones.

Pero vivimos en el siglo XXI, ya avanzado y hay que tener en cuenta los aspectos científicos y tecnológica en una velocidad meteórica.

Veamos: Se necesitaron 400 años para desarrollar la imprenta y distribuir la información en todo el mundo; el teléfono fijo se ha desarrollado en 50 años, y al teléfono móvil le tomó sólo siete, mientras que las redes sociales han conquistado el mundo en sólo tres años.

Como se advierte, a toda velocidad, la ciencia y la técnica, ambas, han producido un impacto fundamental en la sociedad, transformándolo para bien y para mal, más allá de nuestro optimismo o del pesimismo de los apocalípticos

Todo este desarrollo tiene un telón de fondo. Porque el gran potenciador de la sociedad es la aparición y desarrollo de los Derechos Humanos, que forma parte del núcleo o mejor del corazón de esta presentación y que opera como un elemento cohesionador del conjunto. Lo cierto es que cada día se habla más de los Derechos Humanos, y cada vez se violan más los derechos humanos.

III. Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Codificación dinámica y tecnología

Umberto Eco supo registrar el valor de la información codificada. Recordemos que en su novela *El nombre de la rosa*, el conocimiento estaba guardado en antiguos códices dentro de monasterios inaccesibles. El nudo era que ese conocimiento codificado quedaba allí encerrado.

Fuera de la ficción, en la realidad, lo importante del conocimiento, y en especial de las normas, es que ellas fluyan por los capilares de la sociedad nacional e internacional y se metabolicen. En ese proceso, se presenta una vinculación estrecha entre el modelo de organización social internacional y el modelo de codificación. Quizás por ese motivo es que con abundantes razones, Habermas, en su obra *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, considera que la sociedad internacional ha superado la visión kantiana, especialmente en lo que se refiere a la globalización del comercio, las inversiones y la producción, los medios, el mercado y los cambios culturales internacionales, los riesgos transfronterizos, el medio ambiente, etc.

Así pues, con la soberanía en disminución se presentan los conflictos entre estados que requieren cooperación internacional. Además, se observan las organizaciones internacionales, los organismos no gubernamentales y los tribunales internacionales que han acentuado sus nuevas competencias (Corte Penal Internacional). En ese marco, se verifica la expansión del DIDH.

En realidad, estamos percibiendo que el derecho constitucional del siglo XXI va a ser el derecho internacional de los derechos humanos, precisamente porque la constitución ahora no es el único pacto de convivencia. Hay nuevos pactos de convivencia que son los pactos de derechos humanos regionales y universales.

Ejemplo de lo expuesto resulta la Carta de la ONU de 1945 con sus disposiciones operativas entre las que se señalan el preámbulo, los propósitos (art 1 inc. 2 y 3), el respeto universal de los derechos humanos (art, 55), en lo referente a la Asamblea General refiriéndose a colaborar para hacer efectivos los derechos humanos (art. 13 inc. b) y en el Cap. XX, la facultad del Consejo Económico Social para hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos.²

Asimismo señalamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966. Por supuesto en el ámbito regional también hay que señalar el desarrollo normativo del Sistema Europeo con la Convención Europea de Derechos Humanos,³ la Convención Interamericana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica y finalmente, el sistema africano con los diferentes desarrollos jurídicos en materia de derechos humanos.⁴

Además, los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos están normados en cientos de tratados internacionales, aunque debemos coincidir en las diferencias de intensidad y la velocidad del mensaje, los grupos hacia los que se refiere, los hechos históricos en los que se sustenta y por supuesto el impacto de la tecnología.

IV. Derecho de los tratados de Derechos Humanos on line

El punto de conflicto se produce ante los institutos tradicionales como el Derechos Humanos con sus tratados y otros desarrollos y factores de expansión. Más allá de estos factores de aceleración persisten los lineamientos generales clásicos de la formación de las normas internacionales, predomina la presencia activa de los Estados y otros sujetos del derecho internacional que filtran, esto es, aceptan o rechazan, y, en general, siguen siendo los guardianes de la formación de derecho, con los pre-requisitos del *pacta sunt servanda* y el deber de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales. Por supuesto, es evidente que esa actuación en materia de tratados internacionales exige el consentimiento expreso y en forma escrita como la clave de bóveda del sistema. Sin embargo, centralizar la formación del derecho internacional exclusivamente en los tratados hubiera significado una esclerosis pronunciada en el sistema, quedando todo el derecho reducido a su aspecto convencional, un derecho cerrado dentro del círculo vicioso de la captación estatal, a partir del cumplimiento

² Juan Antonio Travieso *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1995, *Ibidem*, 235 y siguientes

³ Juan Antonio Travieso *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1995, *Ibidem*, 279 y siguientes
<http://www.youtube.com/watch?v=1890h55r14Q>
<http://www.youtube.com/watch?v=l0VihlbpIc>

⁴ Juan Antonio Travieso “Derechos Humanos y Derecho Internacional” Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1995, *Ibidem*, p. 447 y ss.

de protocolos y formas, ambos necesarios para la aparición de ese tipo de fuentes. Ello sin perjuicio de que serán los sujetos internacionales —y, entre ellos, particularmente los Estados y los que surjan en el futuro— los que le darán el certificado de nacimiento a las nuevas normas de derecho internacional también fuera del ámbito del derecho estrictamente convencional.

Vivimos en un mundo con una sobredosis de problemas y situaciones. Hoy en día, es indiscutible que el tratado es fuente de derecho internacional de los derechos humanos, formador de este ordenamiento y expresión de derechos y obligaciones. Ese componente normativo es la clave de las relaciones internacionales contemporáneas y especialmente en los derechos humanos.

¿Qué hubiera pasado hacia mediados del siglo pasado con tantos problemas y tan pocas soluciones? Es probable que los tratados, cientos o miles, pudieran ser contenidos en edificios o bibliotecas. Hoy en día es imposible imaginar la cantidad y el volumen que ocuparían esas normas. Por suerte, hubo soluciones y contamos con soportes magnéticos que nos permiten evaluar su cantidad ya no en páginas de papel sino en *gigabytes*. Es apasionante navegar en internet y contar no solamente con la información *online* sobre los tratados internacionales, sino también con varias fotos del momento de la suscripción.⁵

Los Tratados de Derechos Humanos son diferentes a los tratados comunes, como por ejemplo, los tratados comerciales, políticos, culturales, humanitarios, tecnológicos o de otra índole.

Así, se ha considerado que los tratados de derechos humanos “...están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano...” (OC 1, p. 24) y, asimismo, que “... el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad...” (OC 2, p. 27). Además, ha establecido que “...los tratados sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes...”. “Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...” (OC 2, p. 29).⁶

⁵ Ver en treaties.un.org.

⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas y Fallos”. Abeledo-Perrot, Edición 1996. Un volumen de 623 páginas.

Siempre existe la tentación de recurrir a las instituciones típicas del derecho internacional contemporáneo. Lo que sucede es que, en un mundo informatizado y sometido a los avances de la tecnología, uno se siente impulsado a encarar la solución mediante un clic mágico.

En el derecho de los tratados no existe la posibilidad de esas soluciones instantáneas. Los acuerdos internacionales son el resultado de laboriosas etapas que, además, requieren la intervención de diferentes poderes del Estado. Las relaciones internacionales, no funcionan por medio de un *play*, también mágico, que nos permitiría instantáneamente poner en marcha lo que más queremos para la comunidad internacional.⁷

El interrogante que se nos presenta es si vamos a recurrir o no a las fuentes tradicionales como, en este caso, los tratados internacionales. Hay una fuerte tentación a moverse con más libertad y a asignar a las fuentes una cierta elasticidad que permitiría que las relaciones internacionales sean más dinámicas, proactivas y no reactivas.

Cuando empezamos a trabajar sobre los tratados internacionales, hace casi medio siglo, percibíamos un mundo complejo pero necesariamente sujeto a la regulación internacional por medio de los tratados. Hoy mantenemos esa misma creencia, aunque debemos reconocer que la realidad ha cambiado y nos impone ser más pragmáticos y menos dogmáticos, y ser flexibles, no rígidos. Lo cierto es que conservamos la convicción de que el derecho de los tratados es una condición necesaria para el DIDH. Lo que queda por develar es si además de condición necesaria, es condición suficiente.

V. Los Tratados de Derechos Humanos y la tecnología

El nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) comenzó a desarrollarse sobre los moldes del derecho internacional clásico, aunque rápidamente se tuvo la sensación de que era un zapato que no entraba en el pie, debido a que el derecho internacional, no pudo explicar suficientemente los conflictos suscitados, como los de los juicios de Nuremberg, que plantearon una nueva cosmovisión del derecho elaborada por medio de los estudios de Robert Alexy⁸ y de Chaim Perelman

El proceso del desarrollo de los derechos humanos, pues, se ha dirigido desde los derechos de la libertad, que en los hechos fueron los límites al poder del Estado, por una parte, y la creación de una esfera de poder con respecto a ese mismo Estado, por la otra parte, a través de los derechos civiles y políticos con la participación de la soberanía popular, elemento legitimador del poder. La etapa siguiente fue la de los

⁷ TRAVIESO, Juan Antonio, “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, LL del 12/12/1994.

⁸ Robert Alexy “Teoría de los derechos Fundamentales”. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001.

derechos económicos, sociales y culturales que han tenido el objetivo de compatibilizar la libertad con la igualdad en una integración posible.

Así pues, se aplica el sistema de derechos humanos que establece el mayor soporte para la protección de éstos. En el mismo orden de ideas, hemos sostenido también que el juez debe declarar la inconstitucionalidad cuando por medio de ésta se amplíe el estándar jurídico que signifique una mayor protección para la persona y sus derechos.⁹

El tema central es que los tratados internacionales deben respetar las disposiciones del derecho interno y de la Constitución articulados con los derechos humanos. Por ello, la cuestión central e institucional que domina el DIDH en los hechos es la ejecución. Desde el punto de vista de la persona, la consideración primaria resultará, entonces, la medida o extensión en que esas disposiciones de los tratados tendrán efecto dentro del sistema jurídico interno”.¹⁰

En ese contexto, la realidad tiene tal velocidad que nos encuentra relatando un film en 3D, en el que estamos en pleno decolaje de un avión que no está terminado y que se está construyendo dentro de una ingeniería popperiana.

En ese nuevo mundo 3D, hay fuerzas que operan de manera tradicional y otras de manera modernizadora y que dan lugar a los caracteres distintivos del DIDH.

Pero hay algo más y con un sentido crítico, atendiendo el proceso tecnológico, se ha dicho que “...Los conceptos y categorías básicos de la Ciencia y de Teoría del Derecho actual surgieron en la modernidad y en la etapa de la codificación, como respuestas jurídicas a las exigencias éticas y los problemas políticos de aquella coyuntura histórica. Hoy ese contexto ha variado profundamente, fruto de la revolución tecnológica. Por eso una Teoría del Derecho encerrada autopoiéticamente en sí misma no sólo sería incapaz de explicar, de forma satisfactoria, la función de los sistemas normativos y de los juristas en la experiencia política, científica y cultural del presente; sería incluso inútil (o, en el peor de los casos, deformadora) de su significado. Urge tomar en serio la tarea de construir una Teoría del Derecho abierta, y responsablemente comprometida con la respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de los hombres que viven en la era de la informática...”¹¹

Este enfoque permite descifrar esta sociedad contemporánea, en la que los bytes y las tics implosionan con más fuerza que las balas.

Vemos que, en lugar de traer soluciones, conformamos nuevos problemas.

¿Qué sucede?

La tecnología nos coloca ante el dilema de que no se puede detener. Una vez que ponemos “on” en la computadora, se inicia un proceso vertiginoso que no puede

⁹ Travieso, Juan Antonio. 1997 “El control de constitucionalidad y sus enfoques en tratados internacionales”. *Doctrina Judicial-La Ley*. Año XIII, N° 9.

¹⁰ - TRAVIESO, Juan Antonio. 1997 “El control de constitucionalidad y sus enfoques en tratados internacionales”. *Doctrina Judicial-La Ley*. Año XIII, N° 9.

¹¹ ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Manual de Informática y derecho*, Editorial Ariel S.A., 1996, Barcelona, 35

detenerse, como una carrera donde todos los autos van a 300 km por hora y uno de ellos decide ir más despacio. Ya imaginamos la consecuencia.

Así sucedió en el Renacimiento. Todo cambió, pero sin Internet. Pero estaban Leonardo, Miguel Angel y Rafael, y también los Medicis, para bien y para mal.

Lo interesante es que, en esa aceleración desmesurada y exponencial, hay nuevos hitos que están señalando el camino de la innovación.

En primer lugar, la capacidad de almacenamiento de las computadoras, que implica un nuevo concepto con los microchips. Luego, las redes sociales Facebook, Twitter y YouTube adaptada a los celulares.

Por supuesto, que en esa historia vertiginosa, las redes sociales van en zig zag, con avances y retrocesos. Las redes, en especial Facebook actualmente están sufriendo un desgaste impresionante. Se dice que Facebook, está perdiendo la adhesión de los jóvenes y ahora se verifica una disminución en su avance. También se afirma que, en los principios de 2018, los resultados de Facebook han sido negativos dentro de una combinación de factores políticos como la interferencia rusa en las elecciones de EE.UU. y pérdida de publicidad.

Incluso se ha llegado más lejos al comparar a Facebook con la peste bubónica. Un grupo de investigadores de la Universidad de Princeton en un estudio recientemente publicado, ha considerado que la expansión de Facebook, se comporta como una enfermedad, y como todas las plagas tiene un fin, que pronostican muy pronto.

En esa línea de estudios, John Cannarella y Joshua Spechler, investigadores del departamento de Mecánica e Ingeniería Espacial de Princeton, han analizado las cifras de la red social de una manera que no se había hecho hasta ahora: utilizando criterios epidemiológicos. Resulta que la adopción de nuevas redes sociales entre la población sigue unos patrones similares a los del contagio de una enfermedad. Ni hablar de las denuncias de robo de información e intervención ilícita en campañas políticas. Lo cierto es que “las redes han matado el silencio y quizás hayan herido de muerte a la reflexión serena” (Luciano Román La Nación)

Nos preguntamos sobre el futuro: ¿qué sucederá cuando dejen de existir algunas redes y aparezcan otras nuevas?

Preguntas sin respuestas. Siempre aparecerán nuevas redes y usuarios a medida.

Pero no todas son malas noticias. Otras redes van creciendo como Amazon, con sus e-books y Kindle, y también Airbnb e IBM con una decidida opción por la inteligencia artificial.

Pero no todo son redes. El desarrollo de la investigación especialmente en lo referente al ADN, con nuevas implicancias para la salud, con buenas y malas noticias. Las buenas son que los seres humanos podrán vivir más de 100 años y la mala es que la población mundial desbordará.

Pero hay otras buenas noticias, con un cambio fundamental con relación a energías limpias como la solar, eólica, biocombustibles, iluminación Led, edificios sustentables y electrificación de autos, que incluso también funcionarán a hidrógeno, o sea agua. Ese panorama, se completa con nuevos actores en el negocio automotriz

como Google, Apple y Amazon, en una intersección de industrias y protagonistas, mientras Samsung también se dedica a industrias de la salud. Se trata de una época de cambios revolucionarios, con nuevos y variados contratos sociales, en los que la adaptabilidad y la innovación son las claves.

En ese nuevo mundo, los robots se ponen en acción, con su influencia sobre los empleos e incluso en el amor. La cuestión no es si van a permanecer o no los empleos y si el mundo del trabajo será sustituido o no por robots. El tema estratégico, es que puede desaparecer el conocimiento para operar en el trabajo, y ese es el verdadero problema. Recordemos que los niños hoy en día están aprendiendo disciplinas y procedimientos que probablemente no llegaran a utilizarlos a cortísimo plazo por obsoletos.

En ese mundo nuevo, operan los tratados de derechos humanos, que reposan y permanecen en las bibliotecas, los tribunales y el sentido común.

VI. Los Derechos Humanos y sus Tratados en el Derecho de la comunidad nacional e internacional

Mientras las redes se extienden, crecen y se adhieren como hiedras a la sociedad, el derecho se iba desarrollando en la lenta carreta de los tiempos.

Los cambios en el derecho eran y son imperceptibles, pero igual como una conjura de necios, todos se empeñaban en continuar su marcha con los mismos argumentos. Mientras la sociedad se hacía exponencial y las tecnologías disruptivas, la vida continuaba.

Por tanto, se desarrollaba exponencialmente la sociedad tecnológica y el derecho, incluso la más dinámica de sus ramas, el derecho internacional, se refería a modernización con vetustas normas de casi un siglo de antigüedad. En ese panorama, las normas lucían como momias inmodificables, menhires mohosos, testigos mudos.

Así pues, en ese formato antiguo, clásicamente, la doctrina insistía en que la de la Carta de la ONU, y en especial la Declaración de Derechos Humanos de 1948 era su logro más valioso: único estandarte de un ejército con triunfos y derrotas.

Como un guiño al progreso, algunos de esos principios jurídicos, se fueron erigiendo en un marco de desarrollo progresivo, constituyendo normas que superarían el esquema programático de la primera época. Un halo de progresismo, en ese ámbito cerrado, para encubrir defectos y atrasos.

Sin dudas, uno de los enfoques más progresivos del derecho Internacional de los derechos humanos contemporáneos se ha expresado por medio de principios, que a veces parecen superar la ortodoxia de lo clásico. Uno puede pensar y representarse a la momia de Tutankamón en jeans, “reloaded” y actualizada.

Entonces, para continuar y poder analizar la realidad actual se hace necesario operar en dos planos, el teórico y el práctico. No me canso de repetir, que Leonardo Da Vinci consideraba que la teoría es el capitán y la práctica son los soldados.

VI.1. Introducción teórica: el Derecho Internacional y la tecnología. Un nuevo escenario

Ahora, en ese mundo envuelto en la tecnología vemos que el mundo tan pequeño se hace cada día más complicado, azotado por la economía, la contaminación, las mil y una enfermedades que se curan o no, encerrado en el dilema de la tecnología.

¿Cuál es la solución? ¿Cómo superar la trampa? ¿Es suficiente con cambiar de rumbo? ¿Cuál será la herramienta para atender a ese proceso de cambios?

Consideramos que hay una herramienta conceptual indispensable: el derecho internacional de los derechos humanos con su bagaje de tratados, pero puesto en acción, de otro modo en relación con la tecnología.

Decimos en relación con la tecnología y actualizado, reconociendo que hay esfuerzos como los de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), pero no son suficientes. Un traje nuevo y moderno, sobre un cuerpo viejo.

Inútil será confrontar a Kant con Habermas porque lo que sucedió fue que se produjeron innovaciones revolucionarias que superaron a las propuestas kantianas, entre los que se destacan los principios de la carta de la ONU en conjunción con la declaración y derechos humanos de 1948; prohibición o amenaza del uso de la fuerza, diálogo intercultural, etc.

De esta manera, se produjeron cambios en el escenario internacional que implicaron la globalización del comercio, inversiones, producción, medios, mercado y cultura, riesgos transfronterizos y cuestiones vinculadas con el medio ambiente. Los cambios y procesos indicados implicaron una verdadera transformación del escenario con la tecnología como nueva protagonista.

Esa transformación dio como resultado nuevas acciones:

El Consejo de Seguridad de la ONU sustituyó el mantenimiento de la paz por el sustento de la misma. (peace keeping vs. peace enforcing)

Se establecieron tribunales para juzgar crímenes de guerra como los de Ruanda y Yugoslavia que culminaron con la Corte Penal Internacional.

Se comenzó a afirmar una nueva posición hacia los estados fuera de la ley (out law states - Rawls y Froweim)

Conforme con los cambios propuestos, los que muchas veces lucen como debilidades, los mismos implican un progreso que supera el ideal kantiano. Un paso pequeño que no nos convence, pero implica un avance, siempre con el telón de fondo de los derechos humanos y sus tratados.

VI.2. Introducción práctica: el derecho internacional de los Derechos Humanos en clave tecnología

Ahora bien, veamos cual es la perspectiva que existe en esta extraña pareja del derecho y la tecnología, hacia el siglo XXI.

Recordemos que nuestro objetivo es ahora, eludir los estudios históricos que están en todos los libros pero que, desde nuestro punto de vista no sirve como una

herramienta para atender al futuro. También hay que tener en cuenta, que, en general los juristas son los menos indicados, para prever el futuro, más allá de intentar hacerlo como un ejercicio intelectual de ociosos. El problema es que los juristas se encierran en sus torres de marfil, hoy torres de chips, y pretenden, pretendemos, que el gran cambio es escribir un artículo en la PC o atender una llamada en el iPhone.

La tarea consistiría, entonces, en transformarse en un intérprete de la comunidad internacional. Eso significa hacer del jurista un comentarista, que excede el comentario y sin darse cuenta se convierte en una especie de arquitecto institucional. Una suerte de diseñador, que propone alternativas en un papel y refiere situaciones que no puede modificar, como un relator de fútbol, que no juega el partido, pero comenta los goles como si fueran propios.

También, en aquella oportunidad consideramos que, si este trabajo se hubiera escrito a fines del siglo XX, es probable que nos hubiéramos referido a los caracteres que se presentaban en la realidad de posguerra: La independencia y la interdependencia que hacían del estado el sujeto y agente generador de las relaciones internacionales, solitario en el curso de la historia.

Pero el caso es, que el estado no es el único sujeto y agente generador de normas jurídicas, e incluso su presencia también se halla en tela de juicio.

Con ese cuadro, la realidad tiene tal velocidad que estamos como relatando un film, igual que en el despegue de un avión, pero de un avión que no está terminado, que se está construyendo. Más que un avión, un drone, que además está sobrevolando ciudades fuera de los radares. De un drone que vira hacia dos objetivos: uno el del horror de las Torres Gemelas, y el otro el de la televisión y Netflix, en vivo y en directo.

A partir del 11 de septiembre de 2001, con el ataque a las torres Gemelas de Nueva York, se inició una nueva etapa con una comunidad internacional diferente de la anterior, de un día para otro. Todo visto por televisión en directo desde nuestros cómodos divanes.

VII. Los tratados de Derechos Humanos ante nuevas situaciones

Los instrumentos constitutivos de los derechos humanos se hallan en la carta de la ONU y la Declaración Universal de 1948, además de toda la familia de tratados de derechos humanos a nivel universal y regional como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). La máxima expansión consiste en concebir al DIDH conteniendo normas imperativas de derecho internacional, “*ius cogens*”, que no admiten suspensiones ni restricciones bajo ninguna circunstancia o condición,¹² toda vez que universalidad e imperatividad forman un conjunto inseparable.

¹² Juan Antonio Travieso Derechos Humanos y Derecho Internacional *Ibidem* p. 204 y ss.; ver también Rosalyn Higgins, Derogations under human rights Treaties. British Yearbook of International law 1977/78, p. 282.

Por tanto, es posible considerar que los tratados de derechos humanos no admiten derogaciones. Aún más, en términos generales se ha hecho la sugerencia de que los tratados sobre derechos humanos tienen el carácter de “ius cogens”. Existe consenso de que ciertos derechos, como el derecho a la vida, a no ser torturado ni esclavizado, son tan básicos que no pueden ser derogados.¹³

Las normas de “ius cogens” se definen por su propio método de producción y por su contenido. La doctrina y la práctica internacional expuestas, verifican un método de producción suficiente para inscribir en el “ius cogens” a los derechos humanos mediando entre ellos una relación de género a especie.¹⁴

A esta altura los cuestionamientos se agolpan en mi mente.

¿En el 2050, mañana, qué sucederá con los tratados de Derechos Humanos? ¿La situación permanecerá como en la actualidad? ¿Qué sucederá con la tecnología porque algunos estados, como Estonia, sueltan amarras y se lanzan a formular cambios en la sociedad? ¿Cómo asimilará la sociedad este tsunami de cambio civilizatorio? ¿Cuál será el rol de los tratados Derechos Humanos en ese contexto?

¿Podrán coexistir todos los habitantes del planeta? ¿Podrán coexistir los estilos de vida diferentes? ¿Cómo se dirimirá el choque de las civilizaciones, entre los que participan de la tecnología y los demás, sentados a la sombra de los árboles?

En realidad, la cuestión de la globalización, regionalización y nuevos esquemas del mundo está atascando las reflexiones, porque es inevitable referirse al nuevo escenario.

Incluso el gran patrimonio de los estados, el patrimonio inmaterial, el del derecho, ya no les pertenece a los estados. Coincidentemente con todos los autores nacionales y extranjeros, sostenemos ese criterio en nuestras obras y publicaciones científicas.

Un vistazo a la Constitución Argentina reformada en 1994, y a las que se hallan en su sintonía, marca que el derecho argentino, el español, el francés, el derecho estatal se halla por debajo del derecho internacional de los tratados jerarquizados. Mientras tanto, solitario Estados Unidos de América se mantiene dentro de un nacionalismo perimido, calificado por los británicos, como el refugio de los bribones, mientras el Presidente Trump afirma: “First America”.

En suma, el estado contemporáneo, en principio, aparece inerte ante amenazas globales y el desarrollo de la globalización de la mano de la tecnología en conexión con el derecho Internacional de los Derechos Humanos en un choque inevitable.

VIII. Desarrollo del campo operacional del mundo del derecho y la tecnología

Es absurdo, que aún hoy se estudie, los tratados en general y si una costumbre para cristalizarse requiere 100 años o treinta años, mientras las computadoras desbordan de emails y whatsapps.

¹³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio (2001), Soberanía de los Estados y derechos humanos, Tecnos, p. 151.

¹⁴ Juan Antonio Travieso Derechos Humanos y Derecho Internacional, *Ibidem*, p. 222 y ss.

Coincidimos con Reisman, al considerar que, si un programa de computadora puede cambiar con sólo apretar una tecla, sería necesario que el derecho internacional, y en general todo el derecho, se actualizara más rápida y eficientemente. Eso es lo que dicta el nuevo mundo de la tecnología.

Entonces, el ensanchamiento del campo operativo del derecho internacional tiene que ver con la globalización y es directamente proporcional con la disminución de la soberanía y aumento de la tecnología; y por otra parte, con otro ensanchamiento operativo del derecho internacional en cuanto a los sujetos de derecho internacional, actores de las relaciones internacionales.

Por eso entonces es que vivimos en una era de reestructuración: la globalización se difunde, pero aumentan la fragmentación y la afirmación de las diferencias, se amplían las zonas de paz y aumentan las zonas donde hay violencia, se crea una riqueza sin precedentes, pero hay bolsones de gran pobreza, la ciencia y la tecnología mejoran la vida humana pero sus efectos secundarios amenazan a los sistemas que sustentan la vida en el planeta.

Siempre hemos afirmado que, ante los cataclismos, el poder del ser humano es enorme. De la mano de la innovación, como sucedió con la tecnología disruptiva, habrá caminos para salir de la encrucijada. El derecho no es la única salida, pero no hay que desdeñar su importancia en el diseño de las salidas de emergencia, como lo afirmamos al principio.

IX. Perspectivas de los Tratados de Derechos Humanos.

Una visión económica

He hallado un concepto muy apropiado para esta presentación. Se dice que, en el arte contemporáneo, se utiliza la perspectiva lineal para flirtear tanto con la noción de la verdad como con la del engaño de la realidad, invirtiendo en muchas ocasiones los términos.

Parecería, pues que la perspectiva, a nivel arquitectónico, se presenta como una forma de falsear o mejor surfear entre la verdad y el engaño. Ignoraba ese concepto, pero quizás hubiera sido más apropiado utilizar otra palabra para el título, como “aspectos” o “configuración”.

Sin embargo, el concepto arquitectónico es útil y referirnos a perspectivas en ese nivel ambivalente, implica operar en un plano complejo, aunque real.

Sin perjuicio de lo expuesto, convencido decido mantener las perspectivas y analizar si, en definitiva, resultó o no un desfile entre la verdad y la realidad.

Los profesores somos una especie rara. Muy frecuentemente, los que somos emocionales, reflejamos un entusiasmo optimista, casi hormonal hacia las instituciones. Aclaro que también el entusiasmo se extiende, por supuesto a las personas. Ese fue mi pasado de los setentas, el entusiasmo de los poderes que ejercía la Asamblea General de la ONU en la Resolución 377-5 Unión Pro paz, me produjo una exaltación intelectual. Igual sucedió con los derechos Humanos desde siempre.

Después de medio siglo parece que sobran cosas y faltan otras en el derecho constitucional de la Comunidad Internacional a la luz de los cambios operados. Por supuesto no he vuelto a tener ese intervalo de exaltación.

El derecho opera en la realidad como un repartidor de facultades, pero al mismo tiempo limita, restringe y de algún modo altera la realidad. En realidad, así sucede con el derecho internacional del viejo régimen, que está actuando como un dique en el mundo, como un corsé.

En los años cincuenta, se hablaba del derecho internacional incluyente que en una llave sinóptica abarcaba a todas las disciplinas internacionales. Luego se fueron independizando o con lenguaje de esta disciplina se fueron autodeterminando científicamente varias disciplinas con criterios autonómicos en lo que respecta al objeto y método propio como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional económico, el derecho internacional del medio ambiente, etc.

Lo que sucede es que hay otras visiones, en especial en la economía. Por ejemplo, Piketty, se apoya en el siguiente argumento: los dos motores que impulsan la desigualdad son mucho más fuertes que los otros dos que favorecen la igualdad y, por eso mismo, estamos reviviendo una polarización social tan extrema como la de los años veinte del siglo pasado. Si el Estado y la comunidad internacional no intervienen redistribuyendo la riqueza, advierte el autor, nos espera probablemente una fuerte inestabilidad política que debilitará nuestras democracias.

Para Piketty, los dos motores que animan esa polarización son, primero, la existencia de unos rendimientos del capital superiores a los del trabajo (los que poseen inmuebles y activos financieros ganan más que aquellos que disponen solo de sus salarios) y, segundo, las enormes diferencias entre los ingresos de los trabajadores más demandados como altos directivos de multinacionales o grandes emprendedores de éxito y los del resto de la gente.

Piketty agrega que el panorama mundial es desolador y pone como ejemplo a Estados Unidos, donde, según él, el 10% más rico ha controlado entre el 45% y el 50% de la renta nacional desde 1980 hasta 2000, algo que no ocurría desde los años veinte del siglo pasado. Frente a esas dos fuerzas de desigualdad emergen otras dos de tendencia contraria. La primera es la enorme difusión del conocimiento e inversión en habilidades productivas y la segunda es el origen generacional de buena parte de la desigualdad (los trabajadores veteranos cobran, lógicamente, más), algo que la convertiría sólo en un mal pasajero. (*Capital in the Twenty-First Century*)

La pregunta es qué y cómo hacer. La primera solución es estática, resignarse con lo existente. Otra, quedarnos sólo con la parte buena de la historia, con el desarrollo del derecho y de la tecnología y sus logros espectaculares, mientras disfrutamos de Netflix y Spotify.

Una tercer alternativa consiste en entender la historia integralmente y esforzarnos para desentrañar los mecanismos del futuro con el auxilio de los derechos Humanos y sus tratados.

Esa actitud, implica determinar hacia dónde va el mundo y como adecuamos el progreso para solucionar las amenazas globales de la paz y seguridad internacionales en una convivencia en paz, donde la tecnología opere como un instrumento del cambio.

X. Tecnología y Derechos Humanos. Convenciones internacionales para el desarrollo. Operatividad

Es sabido que estamos viviendo un momento de progreso tecnológico sin precedentes. En la historia de la humanidad nunca se había visto una aceleración de la tecnología de esta magnitud exponencial.

Este fenómeno, algunos autores lo denominan Singularidad Tecnológica, y prevén que, hacia mediados del siglo XXI, habrá llegado el momento culminante de innovación y creación de inteligencia. (El término, Singularidad Tecnológica, fue acuñado por Raymond Kurzweil).

La singularidad tecnológica es un momento hipotético, ubicada en el tiempo, en el momento en que el progreso tecnológico, llega al punto de no retorno, cuando se dispara el ritmo de la invención tecnológica, en la medida en que los seres humanos ya no tienen ningún control sobre lo que sucede. En esencia, esto significa la aparición de máquinas auto-replicas inteligentes que operan sin intervención humana.

El momento crítico, sería cuando las máquinas asumen una inteligencia artificial que iguala o supera la capacidad intelectual de los seres humanos. Nadie en la comunidad académica duda de que esto va a suceder: Lo que se ignora es la fecha exacta, aunque algunos predicen que será a mediados del siglo XXI.

Como lo hemos señalado, se trata de un fenómeno global, y el progreso tecnológico se disemina a todos e incluso a ciertos Estados, considerados hace pocos años como emergentes. (China, India o México).

Un elemento para tener en cuenta es que la tecnología permea y se metaboliza en toda la comunidad internacional. De esta manera, se han identificado experiencias innovadoras en la utilización de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para la resolución de problemas y necesidades sociales de poblaciones de bajos recursos.

Por tanto, las tecnologías tendrán una importancia capital, toda vez que permitirán superar el pronóstico malthusiano: la población crece en progresión geométrica y los recursos disponibles en progresión aritmética.

Sin embargo y afortunadamente, las matemáticas de Malthus fallaron: predijo la extinción de la raza humana para el año 1880 y como se ve, todavía estamos vivos.

La pregunta es crucial: ¿Qué falló en el argumento de Malthus? La respuesta es que Malthus no se imaginó la explosión de la tecnología con su desarrollo exponencial.

Con la tecnología se ha permitido aumentar los recursos disponibles y las hambrunas tienden a disminuir.

Quizás habría que plantear el mismo cuestionamiento a Pikety y veremos cuál sería el resultado. ¿Lucha de clases o reordenamiento del capital?

El segundo tema es si la tecnología de la comunidad internacional ha liberado al ser humano del trabajo. Jeremy Rifkin, fue un economista que escribió un libro llamado *“El fin del trabajo”*, que puso en foco el conflicto entre la tecnología y su efecto de destrucción de horas de trabajo y ni hablar de los robots.

No tenemos certeza de lo que sucederá, pero es probable que la innovación es y será de un carácter total y global produciendo un cambio radical del perfil del trabajo.

Por otra parte, a nivel internacional, recientemente la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo CNUCED, *UNCTAD* en inglés) se ha reunido para analizar, con miras hacia el 2030 y obtener los Objetivos desarrollo Sostenible (ODS) como la eliminación de la pobreza y el hambre por medio de la acción en la comunidad internacional, con el aporte indispensable de la ciencia y la tecnología con la herramienta de los tratados de Derechos Humanos.

Hay que destacar, la acción concreta de la Comisión de Ciencia y Tecnología en su calidad de máximo órgano consultivo intergubernamental en las Naciones Unidas en materia de ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo que evalúa la forma en que las nuevas tecnologías afectarán en el presente y en el futuro.

Como señaló Shamika Sirimanne, Directora de la División de Tecnología y Logística de la UNCTAD y Jefa de la Secretaría de la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo, “no hay manera más segura de ayudar a las personas a salir de la pobreza y lograr el desarrollo sostenible que el aprendizaje, la adaptación y la adopción de la tecnología. La actual aceleración y convergencia tecnológica representa una oportunidad única para lograr este objetivo, por lo que los expertos de la Comisión ha presentado una gran cantidad de ideas innovadoras para conseguir que la tecnología redunde en beneficio del desarrollo”.

El tema, es el aprovechamiento de la ciencia y la tecnología y la innovación con el fin de garantizar la seguridad alimentaria para 2030 En ese sentido, la innovación inclusiva y en favor de los pobres; la forma en que con nuevos conceptos, bajos costos laborales y materiales, y mayores escalas de producción se puede atender a enormes mercados previamente ignorados por la innovación tradicional.

Asimismo, la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la UNCTAD examinó una serie de tecnologías convencionales e incipientes para mejorar la productividad agrícola, así como nuevas e incipientes aplicaciones como la robótica, la inteligencia artificial, Internet de las Cosas junto con inteligencia de las cosas, los macrodatos, la biología de síntesis y la ingeniería de tejidos.

Esa es la realidad tecnológica. Ahora bien, la cuestión para no quedar como un teorizador serial, es ver en realidad como se puede hacer para que los derechos humanos se hagan efectivos en la sociedad, más allá de los conceptos teóricos de “enforcement”.

Ese es el tema de las normas operativas que operan en este nuevo ámbito. Esas normas operativas se hallan dentro de tratados internacionales, que como ha con-

siderado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Opinión Consultiva, núm. 2 de octubre de 1982).

Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado.

La excusa de la presunta falta de operatividad no es suficiente para no aplicar normas vigentes de derechos humanos, tan supremas o más que las constitucionales. Hay que tener en cuenta que se hallan en juego principios de responsabilidad internacional del estado (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27)

En consecuencia, los Derechos humanos son operativos e incluso si fuera necesario obligan a los estados a adoptar las disposiciones de derecho interno para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades (Art. 2 Convención Interamericana).¹⁵

El tema, ahora es cómo se articula la lucha por los derechos humanos en la actualidad.

Estimo que el mejor ejemplo está en Estonia, que supera el enfoque teórico y pone en marcha los derechos Humanos de manera efectiva en la sociedad. Me refiero a Derechos Humanos articulados en una forma de vida feliz, por medio de la tecnología al servicio de todos.

Veamos:

- 99,8% de la población está alfabetizada
- País con mayor cantidad de StarUps per cápita del Mundo
- Tiene la banda ancha más rápida del mundo
- Es la única con i-voting que permite sufragar desde un teléfono celular
- Primera nación en declarar la conexión a internet como un “derecho humano básico”.
- Todas sus escuelas están online
- Se enseña a programar desde el jardín de infantes
- Cuenta con identificación digital obligatoria y universal.
- A la cabeza de Europa en penetración de Internet y telefonía móvil.

¹⁵ Juan Antonio Travieso Derechos Humanos y Derecho Internacional, *Ibidem*, pp. 129/130.

VI. Pactos Nacionales e Internacionales y las nuevas tecnologías

- Primera residencia virtual del mundo
- 123 líneas de telefonía celular por cada 100 habitantes.
- Es el primer e-gobierno
- País europeo número uno en ciberseguridad,
- País con mayor libertad en Internet
- Permite inscribir una empresa en 18 minutos
- Casi la totalidad de los trámites se pueden hacer por internet

Veamos también, algunos servicios electrónicos con los que cuenta e-Estonia:

- **Firma digital:** permite la firma de documentos de forma segura.
- **Residencia electrónica:** permite a todo el mundo hacer negocios digitales más fácilmente.
- **Registro electrónico de empresas:** permite a los emprendedores registrar su negocio en minutos.
- **Gabinete gubernamental** (*e-Cabinet*): para coordinar el proceso de toma de decisiones.
- **Tribunales y sistema legal** (*e-court* y *e-law*): para presentación de demandas o publicación de proyectos de ley.
- **Sistema policial** (*e-Police*): para mejorar la comunicación, coordinación y efectividad de la policía.
- **Sistema educativo** (*e-School*): permite a estudiantes, profesores y padres colaborar en el proceso de aprendizaje.
- **Sistema sanitario** (Electronic Health Record): historial médico digitalizado para todos.

Esos son los proyectos concretos con tratados de derechos humanos en acción. Este es el modelo de sociedad que los tratados de Derechos Humanos deben asegurar. Esto significa que de nada valen los derechos Humanos si no garantizan un nivel de vida adecuado y feliz. No hay derechos humanos en una casilla sin luz, sin agua, sin cloacas y sin WIFI.

Así pues, es preciso que la teoría se haga realidad, pues las soluciones a largo plazo son complejas y se acerca la mitad del siglo XXI.

No hay tiempo que perder. Recordemos a Keynes, que afirmaba que a largo plazo todos estamos muertos.

Por lo visto, lo imposible es posible.

XI. Conclusión y principio

En la puerta de salida de esta ponencia, se advierte el propósito disruptivo que nos anima.

Lo que hicimos fue un salto hacia adelante, planteando desde el comienzo, el desarrollo de los derechos humanos y la tecnología. Porque el tema es de una importancia trascendental, al punto de que sólo a través de la innovación podremos alimentar a las 9000 millones personas, que nos acompañarán en el mundo del 2030.

Por tanto, para superar esos problemas, hay que establecer políticas globales, con acceso generalizado a la tecnología y hacernos cargo con fuerza del avance tecnológico: sin Tecnología no hay viabilidad de los Derechos Humanos.

Sin dudas, hemos adoptado un panorama optimista fuera de los programas apocalípticos e intentamos incluir al lector, en una propuesta que implica tomar una actitud hacia el futuro.

Ahora el propósito es escalar el concepto y encarar la globalización como un factor de progreso humano.

Es preciso coincidir en que lo esencial será ponerse de acuerdo en la agenda del siglo XXI.

El tema será concordar en unos pocos principios, sin retórica, para enfocar los problemas del mundo contemporáneo que se debate dentro de situaciones y tendencias.

La cuestión consiste en consolidar: 1) una estable y confiable compatibilización de la legitimidad democrática con la racionalidad pública; 2) Una administración racional y equitativa de la ecología, tecnología con medio ambiente; 3) la incorporación a la modernidad y al desarrollo de las sociedades retrasadas; y 4) la eficaz y equitativa administración internacional de los intereses generales de la humanidad, conduciendo hacia una optimización mundial de la calidad de vida 5) Derechos Humanos en clave total.

El marco de ese escenario, está en la articulación e instalación global del derecho y la tecnología en la comunidad internacional. Hay esperanzas, y podemos ser optimistas, porque el escenario posnacional está a medio camino dentro del sueño de la ética.

Éste ha sido el objetivo que nos hemos propuesto y convocamos a los lectores en esta aventura de vida.

La jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales en América Latina

Carlos D. Luque¹

I. El Pacto de Olivos, su importancia un cuarto de siglo después

La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el “Pacto de Olivos” fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1 y el 15 de diciembre de ese año donde se fijaron las pautas fundamentales en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que fueron la base para lograr acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación.

En 1993, con el aliento devenido de las transformaciones económicas operadas en la Argentina desde 1989, se lanzó nuevamente la idea de reformar la constitución para establecer la reelección.

Sin embargo, las exigencias de reunir el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras legislativas para declarar la necesidad de la reforma, a finde convocar a una Convención Constituyente parecía hacer naufragar los intentos.

El justicialismo no podía reunir la mayoría calificada de dos tercios en la Cámara de Diputados, donde el radicalismo de Alfonsín era la primera minoría. En tales condiciones parecía imposible que pudiera haber reforma constitucional alguna.

En diciembre de 1993 se conoció que Carlos Menem y Raúl Alfonsín, jefes de ambos partidos de gobierno y oposición, habían acordado, en lo que después pasó a conocerse como Pacto de Olivos –por la ciudad vecina a la Capital Federal donde se encuentra la residencia presidencial–, promover una reforma de fondo de la Constitución.

Las primeras reuniones entre Menem y Alfonsín se realizaron en casa del ex canciller Dante Caputo, quien por entonces se encontraba en Haití. De aquellas conversaciones dicen las crónicas que surgió un acuerdo –aprobado luego por la Convención Nacional de la UCR y por el Congreso del PJ– por el cual la oposición radical permitiría una nueva y única reelección presidencial, acortándose el mandato de seis a cuatro años y estableciendo la elección directa de Presidente y Vicepresidente, con un sistema de ballottage, y aunque esto se plasmó no fue así al principio.

¹ Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Nordeste. Profesor de Derechos Humanos y Garantías en la Universidad Gastón Dachary. carlosdluque@hotmail.com.

El peronismo por su parte se comprometió a incluir en la Constitución Nacional la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, la creación de un Consejo de la Magistratura, la elección directa de los senadores, un senador por la minoría, de tres senadores por distrito, extensión del período de sesiones ordinarias del Congreso, mecanismos para atenuar el sistema presidencialista –Jefe de Gabinete, regulación de los decretos de necesidad y urgencia–, la inclusión de un nuevo capítulo de declaraciones derechos y garantías, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la supra legalidad de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales. Alfonsín, principalmente quería limitar los poderes presidenciales –con el surgimiento de la figura del Jefe de Gabinete o ministro coordinador–. Sin embargo, la reelección realmente se concretó pero el poder presidencial no se atenuó sino que, por el contrario, salió fortalecido,

Este último toma la decisión de buscar un acuerdo con Menem y años después diría al respecto:

“...Yo me había expedido en contra de la reforma impulsada por Menem para 1994... Lo que me llevó a cambiar de criterio es que ya salía una ley presentada por Francisco de Durañona y Vedia, Álvaro Alsogaray y otros, que establecía que para declarar la modificación de la Constitución bastaban los dos tercios de los miembros presentes de las cámaras del Congreso, como fue en 1949, bajo el gobierno de Perón. Yo tenía dos gobernadores radicales que estaban de acuerdo con ese proyecto de Menem. Y otro gobernador nuestro que dijo que no iba a luchar contra eso. De modo que con una consulta que hice al presidente del bloque, Raúl Baglini (me parece que lo narro bien en el libro), llegué a la conclusión de que, además se iba a ir a un plebiscito, que nos mataba. Eso era lo que más le importaba a Baglini, que decía que no íbamos a poder resistir”²

Después del Pacto de Olivos el Congreso aprobó rápidamente la ley declarativa de la necesidad de la reforma, con el voto favorable de los legisladores justicialistas y radicales, se convocaron elecciones generales para designar constituyentes, y comenzó la labor de la Convención reunida inauguralmente en la ciudad de Paraná y que deliberó durante tres meses en la ciudad de Santa Fe, que ha sido la sede histórica de las principales convenciones constituyentes argentinas desde 1853.

Además, el 13 de diciembre de 1993, ambos líderes suscribieron un acuerdo “de la Rosada” que complementaba al Pacto de Olivos, producto de la labor de juristas de ambos partidos que postulaban las opiniones favorables de los respectivos órganos partidarios y los trabajos realizados por sus comisiones técnicas. El convenio tuvo 3 partes:

- El Núcleo de coincidencias Básicas;
- temas que deberían ser habilitados para el debate en la constituyente y
- modalidades de instrumentación del Pacto de Olivos.

La importancia medular del Pacto de Olivos, un cuarto de siglo después, de manera alguna está en las breves y narradas líneas sobre cómo se fue implementando,

² ALFONSIN, Raúl R; Democracia y Consenso, Corregidor, Bs. As., 1996.-

por el contrario, el pacto fue la posibilidad de llegar a un consenso muy alto, aunque después las reformas tuvieron interpretaciones de todo tipo, sin salirse de la validez, vigencia y legitimidad de la ley y la posibilidad además de no llegar a una reforma plebiscitada.

II. La limitación de la soberanía externa por los derechos asegurados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico, como señala Luigi Ferrajoli,³ en la primera mitad del siglo XX con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del “Estado de naturaleza” al Estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos.

La Carta de Naciones Unidas suprime el “ius ad bellum” que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario y sus protocolos complementarios, como asimismo, por los pactos internacionales de derechos humanos, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los Estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo éstos un derecho inmediatamente vinculante para los Estados.⁴

Comienza a abrirse paso la concepción de que la humanidad es una sola y que se rige por valores y principios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad en su conjunto, por encima de nacionalismos e intereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de los seres humanos.⁵

³ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, Universidad de Talca, Chile, *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 2, 2000.

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; *Ídem*.

La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los Estados partes.⁶

A su vez, la entrada en vigor de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, ratificada por nuestros Estados, reconoce la existencia de normas imperativas de derecho internacional general respecto de principios e intereses vitales para la existencia misma de la sociedad internacional. Tales disposiciones constituyen normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que constituyen límites a la soberanía estatal, las cuales han sido definidas positivamente como aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor”.⁷

Por otra parte, la afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional ya que implica reconocer en el plano de los Estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio esencial y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos, que los Estados van asumiendo progresivamente como limitante de su propia potestad estatal, lo cual se va incorporando explícitamente en las propias constituciones.⁸

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aun débilmente protegidos.

III. El reconocimiento constitucional en América Latina de la limitación de la potestad estatal por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Al respecto es pertinente señalar algunos ejemplos en la materia.

La Constitución chilena, en su artículo 5° inciso 2°, determina que “*La soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas, nos dice Verdross, se ha “roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, susti-

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; Ídem.

⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; Ídem.

⁸ CARRILLO SALCEDO; Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo, Ed. Tecnos. España, 1995.

tuyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”⁹.

Nuestro país es signatario de la Carta de Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios.

No podemos olvidar que Chile junto a todos los demás Estados suscribieron la DECLARACIÓN DE TEHERÁN de 1968, a través de la cual se auto-vincularon para hacer efectivos los derechos humanos, cuyo artículo sexto señala lo siguiente: “*Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales?*”.

A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el artículo 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Ambas declaraciones son fuentes de derechos materialmente constitucionales.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el solo hecho de ser personas, y por tanto, tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos.

La Constitución de Guatemala de 1985, artículo 46, determina: “*Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno?*”.

La Constitución de Nicaragua de 1987, en su artículo 46, integra en la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 4º señala que: “La República Federal de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. *Prevalencia de los Derechos Humanos?*”.

A su vez, la misma Constitución, ordena en el artículo 5º numeral 1º, que las normas que definen “*los Derechos y Garantías Fundamentales tienen aplicación inmediata?*”; los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

⁹ VERDROSS, Derecho Internacional Público, Madrid, España, 1967, p. 492.

Como sostiene Cançado Trindade, “el caso de los Tratados de Protección Internacional de los Derechos Humanos en que Brasil es Parte, los Derechos Fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno”.¹⁰

La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 93, determina que “*Los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*”

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

A su vez, la Constitución de Argentina, modificada en 1994, en su artículo 75 párrafo 22, enumera un conjunto de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que se incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto a otras Declaraciones y Convenciones, los cuales deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución.

La Constitución ecuatoriana de 1998, artículo 17 precisa: “*El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos*”.

Asimismo, el artículo 18 prescribe: “*Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*”

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Finalmente, el artículo 19 agrega: “*Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material*”.

La reciente Constitución de Venezuela de 1999, artículo 19 determina que “*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obli-*

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio; “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos” en *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los Derechos humanos*, Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1993, p. 240.

gatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan”.

La misma Carta Fundamental en su artículo 22, precisa: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.*

Por último, el artículo 23 de la Carta venezolana expresa: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.*

Con esta especie de refuerzo normativo que despliega el sistema interamericano los derechos se aseguran y garantizan en base al sistema constitucional interno de producción de normas y por el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, de acuerdo a las Cartas Fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio “pro homine”, el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con el objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de interpretación constitucional y del derecho de los derechos humanos.

Puede afirmarse que el derecho de los derechos humanos (con su doble fuente nacional e internacional), tiene prelación no sólo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ya ha sido asumido como punto pacífico en las jurisdicciones y en los ordenamientos jurídicos en los Estados componentes de la Unión Europea y en una parte de los Estados Latinoamericanos.

IV. Conclusiones

La soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige “aggiornarse” culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual.

VI. Pactos Nacionales e Internacionales y las nuevas tecnologías

La institucionalización de derechos humanos mediante un tratado es más efectiva y radical que la que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos, ya que puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, el criterio para juzgar tales derechos, no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

A través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, asegurados por normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos sobre aquellos que los desconozcan o les otorguen menor protección, en virtud de la norma que determina que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía o de las normas que aseguran los derechos implícitos en el constitucionalismo latinoamericano, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos.

Ello obliga al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional respectivo.

Así, es en el ámbito del Estado donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos el que determina las directrices básicas o mínimas dentro de las cuales el derecho interno tiene que resolver la materia concreta referida de derechos de la persona humana, en lo que se alude a las personas que se encuentren sometidas a su jurisdicción.

La dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa tanto del derecho internacional como del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, constituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

Los tribunales nacionales dejan de ser la instancia final de resolución jurisdiccional sobre la materia de derechos humanos, función que desarrolla en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito americano.

CAPÍTULO VII

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES EN EL DERECHO AMBIENTAL

Uma reflexão sobre o direito humano dos refugiados ambientais diante dos pactos internacionais e da justiça constitucional ambiental

Célia Teresinha Manzan¹

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 demais.²
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 constitucional e dos Pactos Nacionais e Internacionais aplicáveis. Hodiernamente, anota-se que a situação dos refugiados está a cada dia, um tanto quanto mais delicada, necessitando que seja dada uma atenção mais particularizada ao assunto, especialmente, em relação aos refugiados ambientais cujo reconhecimento legal, em suma, não existe.

No cenário interno e internacional, a questão das migrações forçadas (refugiados) e ora relacionadas à questão ambiental vem sendo discutidas de forma ampla, precisando ser reconhecidas com mais afincamento no ordenamento jurídico internacional. O uso descontrolado dos recursos naturais está causando mudanças consideráveis no mundo atual.

¹ Graduada en Derecho por la UNIUBE - Universidad de Uberaba; Especialista en Derecho Procesal Civil, por la Universidad Federal de Uberlândia - UFU / MG y en Derecho Público y Filosofía del Derecho, por la Facultad Católica de Uberlândia / MG; Especialista en Derecho Constitucional por la Università di Pisa / Italia; Maestría en Derecho Constitucional por la Institución Toledo de Enseñanza de BAURU / SP; Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Miembro Adjunto Extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Alumna regular del Curso de Doctorado Intensivo en Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires - UBA / Argentina; Directora de la Asociación Brasileña de Abogados / ABA en Uberaba / MG; Servidora Pública Municipal con actuación en la Abogacía Consultiva-Administrativa de la Procuraduría General del Municipio de Uberaba - PROGER, Abogada. Residente en Brasil. E-mail: celiamanzan@gmail.com

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".

Deste modo, o presente trabalho tem por fulcro, preliminarmente, traçar algumas considerações sobre direitos humanos e meio ambiente com o fito de demonstrar a profunda interação entre os temas.

Na evolução da pesquisa serão apontadas algumas considerações sobre o Direito Internacional Ambiental, responsável por fazer parte dos estudos científicos relacionados às mudanças ambientais globais. 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 a finalidade de uma proteção universal daqueles que se encontram nesta condição.

Não obstante a Convenção e o Protocolo apresentarem um conceito restringido de refugiado, observa-se que nada impede que essa concepção seja ampliada, uma vez que tais entendimentos sobre o assunto não devem ser excludentes, e sim, complementares, com o fito de uma proteção universal daqueles que estão na condição de refugiado que, sob a óptica do proposto neste trabalho, abarque os “refugiados ambientais”.

II. Considerações sobre o duo direitos humanos e meio ambiente

Antes de adentrar efetivamente no tema proposto, imperioso trazer à colação considerações/definições de conteúdos que se interagem voltados para os Direitos Humanos e o Meio Ambiente.

No que tange aos Direitos Humanos, necessariamente temos que recordar que as conquistas históricas a eles relacionadas estão interligadas às grandes guerras que arruinaram a humanidade. A fundamental conquista é a consideração da pessoa humana como sujeito de Direito Internacional. Consigna-se que existem limitações ao se levar em conta a plenitude do exercício destes direitos conquistados.

A declaração de 1948 consagra a ideia de que os direitos humanos são universais, 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 Piovesan.³

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.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, solenemente aprovada pela Resolução 217A (III), da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948, con-

³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Editora Saraiva. São Paulo. 2015, p. 247.

feriu uma concepção um tanto quanto moderna de direitos humanos, de forma que tais direitos são entendidos como uma unidade interdependente e indivisível.⁴

Piovesan⁵ 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”.

Silva⁶ 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”*.

Neste toar, os Direitos Humanos,⁷ constituem:

“o conjunto de direitos fundamentais⁸ 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).

Esta definição 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 susceptíveis de alienabilidade, prescrição e renúncia. Assim, pode-se aduzir uma garantia plena quanto ao seu reconhecimento, porém, não se pode dizer o mesmo quando se fala em efetividade, anota-se.

Várias definições doutrinárias são tecidas sobre **direitos humanos** e todas contêm a ratificação de fundamentalidade.

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 têm 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 transindividualidade. Usualmente é cognominado 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 na esfera constitucional e nos **Pactos** firmados. São resultados de reivindicações fundamentais do ser humano, gerada, *“dentre*

⁴ http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, consulta virtual realizada em 16 de maio de 2018.

⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7 edição. Editora Saraiva, São Paulo. 2006, p. 136.

⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 15 edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1998, p. 182.

⁷ in SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 179.

⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997, p. 514.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

*outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos humanos?*⁹

O direito ao meio ambiente e qualidade de vida como direito humano 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, a normatização.

E nesse toar, ante o propósito deste trabalho, realiza-se uma reflexão sobre a situação dos direitos humanos dos **refugiados**, com particular vertente para aqueles que são vitimados pelo declínio do **meio ambiente**, cuja existência se encontra em perigo ou suas condições de vida tenham sido afetadas, levando-se em conta o Direito Constitucional e os Pactos Nacionais e Internacionais afetos.

III. Do Direito Internacional Ambiental

Diante do estudo proposto, importante abordar o direito internacional ambiental, pois faz parte do compêndio de normas do direito internacional e se ocupa das questões relacionadas ao meio ambiente. 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 o 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 trataram de importantíssimos acordos ambientais de caráter multilateral.

E a última fase, que iniciou em 2002 e vige até nossos dias, tem como marco a Conferência de Johannesburgo. Nesta Conferência surgiram oportunidades e novas parcerias, novas modalidades de cooperação na governança ambiental e a entrada em vigor de **Tratados** importantes, como a Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes e o Protocolo de Quioto.¹⁰ Com relação a este - protocolo de Quioto, o Brasil ratificou-o 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 conse-

⁹ SARLET, Ingo wolfgand. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Editorial Livraria do Advogado. 11ª Edição. Porto Alegre, 2012, pp. 48/49.

¹⁰ <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto>, consulta realizada em 15 de maio de 2018.

quências 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, ambas capazes de afetar os direitos humanos e a culminar com “refugiados ambientais”.

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 estão aí para ser superada pelo direito internacional ambiental, as quais estão relacionadas ao economicismo e o desacerto entre as políticas econômicas e ambientais, assim como a desarticulação, por vezes, entre as políticas interna e externa.

Assim, diante do assustadouro cenário em que se encontram os refugiados ambientais, é necessário que haja medidas urgentes visando à proteção desse considerável grupo de pessoas sob a titulação/condição de “refugiado ambiental”, anota-se.

IV. Quem, efetivamente, é cognominado de “refugiado” sob a ótica dos Direitos Humanos, contemporaneamente?

Piovesan¹¹ aborda que a Declaração de Direitos humanos de Viena, de 1993, ratifica a concepção introduzida pela Declaração 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”.

Nesse alinhamento, conforme veremos, é necessária uma atenciosidade em relação ao direito humano dos “refugiados ambientais”, seja a nível constitucional ou de possíveis Tratados em relação ao tema. Salienta-se que os refugiados são considerados refugiados quando têm os seus direitos fundamentais violados e o refúgio é medida essencialmente humanitária.

Logo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, surge a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado,¹² de 1951. Trata-se de Norma internacional fundamental que se ocupa com a proteção efetiva dos refugiados e, para tanto, nos termos do artigo 1º, *refugiado* é considerado toda pessoa que:

“em virtude de 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 está 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”.

¹¹ Idem PIOVESAN. Temas de Direitos Humanos, p. 248.

¹² http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf, consulta realizada em 23 de maio de 2018.

Observa-se que a definição legal de refugiado está vinculada à noção de perseguição e violação de direitos civis e políticos.

A lei brasileira de nº 9.474,¹³ 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.

Para Piovesan¹⁴ e nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, refugiado 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 americano.¹⁵ Em 1969 foi adotada a Convenção da Organização da Unidade Africana, que rege os aspectos específicos da questão dos refugiados na África, e ampliou o conceito de forma que:

“o termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade”.

Outra extensão do conceito de Refugiado foi adotada no *“Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Paraná: Problemas Jurídicos e Humanitários”*,¹⁶ realizado na cidade de Cartagena, conhecida como *“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-

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm, consultada em 23 de maio de 2018.

¹⁴ Idem PIOVESAN. Temas de Direitos Humanos, p. 251.

¹⁵ Idem PIOVESAN. Temas de Direitos Humanos, p. 252.

¹⁶ Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>> Acesso em: 12 de maio de 2018.

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 pública.¹⁷

Não obstante a Convenção e o Protocolo apresentarem um conceito restringido de refugiado, observa-se que nada impede que essa concepção seja ampliada, uma vez que tais entendimentos sobre o assunto não devem ser excludentes, e sim, complementares, com o fito de uma proteção universal daqueles que estão na condição de refugiado que, sob a óptica do proposto neste trabalho, abarque os “refugiados ambientais”.

V. E quem é o cognominado de “refugiado ambiental”?

A terminologia “*refugiado ambiental*” foi utilizada por Essam El-Hinnawi no ano de 1985, quando em um relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), despertou-lhe a atenção para o crescente número de migrações originadas pelas catástrofes ambientais. Assim, foi entendido como “refugiados ambientais”:

*“aquelas pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente o lugar onde tradicionalmente viviam, devido a visível declínio do meio ambiente (por razões naturais ou humanas) que colocou em perigo sua existência ou afetou seriamente suas condições de vida”.*¹⁸

Importante enfatizar que a Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo,¹⁹ datada de 1972, destacadamente no documento que criou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, já continha a expressão “refugiados ambientais” (environmental refugees), que indicou tratar-se:

“das pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência desses indivíduos torna-se perigosa”.

Ressalta-se que denominação de “*refugiados ambientais*” é passível de crítica por não se enquadrar na aceção usual registrada na legislação internacional relacionada ao refugiado.

¹⁷ Idem PIOVESAN. Temas de Direitos Humanos, p. 252.

¹⁸ HINNAWI, Essam El. Environmental refugees. Nairobi: Unep, 1985, apud BARBOSA, Luciana Mendes. A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas. I Simpósio em Relações Internacionais do Programa de pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP e PUC-SP), 12 a 14 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf>> Acesso em: 24 maio de 2018, p. 9.

¹⁹ OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. Refugiados Ambientais: Uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica Internacional. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, pp. 123-132, jun./2010, p. 125.

A acepción *refugiado* para indicar aquelas pessoas que deixam o seu habitat por razões de terem 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 nas definições citadas anteriormente, não se contempla nos cognominados refugiados, as pessoas que se encontram deslocadas em virtude de problemas ambientais.

Mesmo que não haja esse reconhecimento “legal”, nos idos de 1995 foi realizado um estudo pelo *climate institute*²⁰ em que registrava que 25 milhões de pessoas já se encontram no mundo na condição de “*refugiados ambientais*” e já previu, estatisticamente, que no ano de 2025, um número extremamente altíssimo de pessoas se tornará “refugiados ambientais” 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.

Nesse alinhamento, em relação ao estado brasileiro, também encontramos um contexto muito forte relacionado às secas nordestinas e muitas pessoas “fogem”, se deslocam desta seca e não estão fora do território brasileiro, todavia, podem ser considerados “*refugiados ambientais*”.

Este deslocamento de pessoas advindas de **causas ambientais** também tem gerado fortes discussões pela insuficiência de reconhecimento legal e amparo jurídico específico em consonância com o Regime Internacional dos Refugiados (RIR).

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 onde 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

²⁰ <http://climate.org/archive/PDF/Environmental%20Exodus.pdf>, consulta realizada em 23 de maio de 2018.

inundações são originárias do aquecimento global em consequência 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 humanos,²¹ que não tem, muitas das vezes e a exemplo dos “refugiados ambientais”, suas condições reconhecidas legalmente e, por outro lado, inexistência de políticas públicas preventivas para sanar a questão. Cada refugiado tem sua própria história, seja de repressão, perseguição, abusos, medos, questões climáticas, etc. E a história/condição de cada qual demonstra um afronto aos direitos humanos, independentemente de qual seja a origem.

VI. A preocupação e compromissos com a proteção do direito humano a um meio ambiente sadio no contexto nacional e internacional

O estado brasileiro, na Carta Constitucional vigente, de 1988, dedicou um capítulo próprio sobre o meio ambiente que é o arcabouço norteador do direito ambiental brasileiro. Trata-se do Título VIII - da Ordem Social - Capítulo VI - Do Meio Ambiente.

Assim, em conformidade com o artigo 225:²²

“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I. *preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;*
- II. *preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;*
- III. *definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;*
- IV. *exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;*
- V. *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;*

²¹ Idem PIOVESAN. Obra citada. 2015. p. 254.

²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, consulta realizada em 23 de maio de 2018.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

VI. promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente

VII. proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

O artigo 225 ressaltou que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, e estabeleceu ser da competência do Poder Público e da coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em matéria de justiça constitucional, a CF brasileira de 1988 representa um marco fundamental sobre a questão ambiental, pois, ademais de ter sido responsável pela elevação do meio ambiente à categoria de bens tutelados pelo ordenamento jurídico, sistematizou a matéria ambiental e estabeleceu o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo e, de forma ímpar, instituiu a proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica, no art. 170.

Há uma preocupação com as futuras gerações de forma que a presente geração não pode usufruir de todo o recurso fornecido pelo meio ambiente e deixar, para as próximas gerações, um percentual ínfimo. Consiste em um dever dúplice fundamental tal medida, ou seja, do Estado, enquanto gestor público e, da coletividade. A Carta Fundamental registrou expressamente esse dever do Poder Público na defesa do meio ambiente e, em qualquer contexto, seja administrativo, legislativo ou judicial, com o fito de efetividade e asseguramento dos direitos ali resguardados no artigo 225 e seus incisos.

Destaca-se o conteúdo do inciso IV do artigo 225, da CF/88, que se ocupa da avaliação dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza, cujo fim primeiro preceitua a necessidade de uma atuação preventiva de maneira a se evitar os danos ambientais oriundos de possíveis agressões ao meio ambiente que, muitas das vezes, é de difícil ou de reparação impossível.

A nível internacional, O ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados,²³ já em 2009, ressaltava que “*a influência das mudanças ambientais sobre a mobilidade humana é ostensiva e crescente*” e, ainda, que o “*aquecimento global e mudanças climáticas são provavelmente as circunstâncias mais importantes dos novos fatores*” que, certamente, condizem com a nova realidade hoje vivenciada, inerente e, a exemplo, dos “refugiados ambientais”.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, no ano de 1968, por meio da resolução 2398,²⁴ inciso XXIII, que trata das repercussões da deterioração do meio ambiente e suas consequências sobre a condição do ser humano e os impactos sobre o gozo de seus direitos humanos, nos aponta ao seguinte:

²³ ACNUR. In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement, May 2009. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>> Acesso em: 20 de março 2018.

²⁴ <http://www.un.org/documents/ga/res/23/ares23.htm>, acesso efetivado em 22 de maio de 2018.

“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”.

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.

Igualmente, o Protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos²⁵ 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 Rio92,²⁶ 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 Johanesburgo (Rio+10)²⁷ 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 o compromisso com o desenvolvimento sustentável, frisou a importância do multilateralismo democrático e responsável e assumiu 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.

Observa-se uma preocupação com a questão ambiental a nível nacional e internacional que se encontra normatizada em instrumentos internos (Constituição) e internacionais (Ajustes) e, nesse contexto, presentemente, um dos principais desafios da humanidade é com o “refugiado ambiental”, cujo deslocamento forçado, oriundo dos desastres ambientais, e as consideráveis mudanças climáticas, já afetam milhões de pessoas no mundo.

²⁵ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, consulta realizada em 22 de maio de 2018.

²⁶ <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>, acesso realizado em 23 de maio de 2018.

²⁷ http://www.ipardes.gov.br/biblioteca/docs/bol_24_6e.pdf, acessada em 23 de maio de 2018.

VII. A proteção dos “refugiados ambientais” e as propostas quanto aos pactos internacionais sobre o tema

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 e cujo direito, também, deve ser estendido àquelas pessoas que se encontram na situação de refugiado “ambiental”, destaca-se. E conforme ponderou Espiel,²⁸ 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)*.

A Convenção de Viena, que é o Direito dos Tratados, em seu artigo 38, anota regras que devem ser aplicadas aos tratados escritos relativamente às reservas, interpretação, entrada em vigor dentre outras.²⁹ 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 então através dos Tratados, que é a forma mais comum de se criar normas internacionais de caráter vinculante e de os estados aderentes assumirem o compromisso de efetivamente cumpri-los.

Assim, diante do propósito deste trabalho, todo e qualquer refugiado tem o direito fundamental de proteção internacional e os Estados têm o dever jurídico de respeitar os instrumentos que versam sobre o assunto.

Internacionalmente, a Convenção de Genebra³⁰ de 1951 é considerada a norma fundamental de proteção efetiva dos refugiados e se constitui como referencial na investigação e abordagem da temática dos “refugiados ambientais” e, igualmente, a Declaração Universal. Estes são os Instrumentos Internacionais que oferecem proteção primeira para os cognominados refugiados e tem unissonante, o objetivo basilar de defender e garantir a dignidade e a integridade do ser humano. Ao assegurar valores da liberdade, da igualdade e rechaçar discriminações de qualquer natureza, decorre, daí, o direito fundamental de proteção assegurado no direito internacional

²⁸ 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.

²⁹ <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>, consulta realizada em 20 de maio de 2018.

³⁰ Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada 28 de julho de 1951 por uma Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas; convocada pelas Nações Unidas nos termos da Resolução 429 (V) da Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1950. Entrada em vigor em 22 de Abril de 1954, em conformidade com as disposições do artigo 43.

e, doutro lado, ao Estado, cabe o dever de seu cumprimento e a observância à Convenção sobre o Estatuto do Refugiado e/ou outros pactos afetos.

Esta proteção a ser consagrada ao ser humano também deve alcançar todos os direitos civis e políticos como os sociais, econômicos e culturais, em face da trilogia da independência, indivisibilidade, pelo fato de estarem inter-relacionados e se reforçarem entre si.

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, a exemplo dos “refugiados ambientais”.

Nesse toar, Carolina de Abreu Batista Claro,³¹ em artigo intitulado “O APORTE JURÍDICO DO DIREITO DOS REFUGIADOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS”,³² aponta, em seu brilhante estudo, algumas propostas de Tratados Internacionais visando a proteção jurídica dos refugiados ambientais, sendo elas: (i) do governo das Ilhas Maldivas, (ii) do CRIDEAU - Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de L’environnement, de L’aménagement et de L’urbanisme - e do CRDP - Centre de Recherche sur les Droits de la Personne, ambos da Universidade de Limoges, na França, e (iii) de um grupo de pesquisadores australianos liderado por David Hodgkinson, que propõe uma Convenção para as Pessoas Deslocadas pelas Mudanças Climáticas (CCDP, na sigla em inglês).

Assim, Batista Claro, anota que:

“a proposta das Ilhas Maldivas assenta-se sobre a criação de um protocolo específico sobre “refugiados ambientais” a ser incorporado à normativa consagrada do direito dos refugiados com vistas a uma reformulação do Estatuto, de 1951, e seu Protocolo, de 1967, de modo a permitir uma maior abrangência do critério de “perseguição”, em que seriam incluídas as mudanças climáticas como fator a ser considerado na concessão do status de refugiado. A proposta abrange os deslocados internos e os migrantes internacionais e aplica-se amplamente aos casos de degradação ambiental causada pela interferência antrópica no meio ambiente como também às causas naturais de modificações ambientais propulsoras de movimentos migratórios”.

Acerca desta proposta, pondera Batista Claro que:

“Apesar de interessante, a proposta das Ilhas Maldivas não parece adequada a obter resultados práticos num curto ou médio espaço de tempo, haja vista a resistência dos defensores do direito clássico dos refugiados, sobretudo no âmbito da ONU, em modificar sua normativa para incluir a figura dos “refugiados ambientais”. A esse respeito, deve-se ter em mente que os trabalhos preparatórios para a Convenção de 1951 já haviam energeticamente rechaçado uma proposta de incluir entre os motivos de “fundado temor de perseguição” as causas ambientais diante da sua imprecisão e dificuldade de mensuração”.

A segunda proposta, para Batista Claro,

³¹ <http://docplayer.com.br/16033676-O-aporte-juridico-do-direito-dos-refugiados-e-a-protecao-internacional-dos-refugiados-ambientais-1.html>, consulta realizada em 20 de maio de 2018.

³² Artigo publicado em: CARVALHO RAMOS, André; RODRIGES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: ACNUR/ ANDHEP/ Editora CL-A, 2011, pp. 241-269, citado por Carolina de Abreu Batista Claro.

“a do “CRIDEAU/CRDP, liderada por Michel Prieur, é mais realista no tocante à política internacional, embora, por mais desejável que seja, uma convenção específica sobre “refugiados ambientais” tampouco deve ser aprovada com a rapidez necessária com que esses migrantes precisam de proteção jurídica interna e internacional. A Convenção sobre o Status Internacional dos Deslocados Ambientais pretende garantir os direitos dos “refugiados ambientais” nos planos interno e internacional. Seu artigo 1º exorta que “o objetivo desta Convenção é contribuir para a garantia dos direitos dos deslocados ambientais e organizar sua recepção, assim como seu eventual retorno, em aplicação ao princípio da solidariedade”. A proposta de convenção utiliza o termo “deslocados ambientais” para referir-se a todos os migrantes forçados influenciados pelo meio ambiente, sejam temporários ou permanentes, internos ou internacionais. Embora mais bem aceita do que “refugiados ambientais”, a expressão, no direito dos refugiados, é usualmente utilizada para os migrantes internos e não para os migrantes internacionais, de modo que a imprecisão terminológica persistiria face à normativa consagrada de refúgio. O mais interessante, em termos de respaldo jurídico trazido pela proposta de convenção, é que os direitos dos “refugiados ambientais” seriam baseados em princípios consagrados de direito internacional como: (i) princípio da solidariedade, (ii) princípio da responsabilidade comum porém diferenciada, (iii) princípio da proteção efetiva, (iv) princípio da não-discriminação e (v) princípio do non-refoulement. O artigo 11 da proposta, também inovador no que diz respeito à sistematização dos direitos existentes, porém não necessariamente novos, indica como direitos de todos os “refugiados ambientais”: (i) direito à informação e à participação, (ii) direito de assistência, (iii) direito à água e à ajuda alimentar, (iv) direito à Moradia, (v) direito aos cuidados de saúde, (vi) direito à personalidade jurídica, (vii) direitos civis e políticos no Estado de sua nacionalidade, (viii) direito de respeito à família, (ix) direito à educação e ao treinamento, (x) direito ao trabalho e (xi) direito à manutenção de suas particularidades culturais”.

Tocantemente à terceira proposta - CCDP, Batista Claro ressalta que:

“prevê uma aproximação do tema de “refugiados ambientais” com os instrumentos internacionais relacionados às mudanças climáticas e reconhece que os efeitos da mudança e variabilidade climáticas têm influenciado sobremaneira as migrações internacionais. O núcleo da CCDP é o estabelecimento de uma organização, “inicialmente para esboçar e conceber um programa de pesquisa uniforme e padronizado, para depois administrá-lo, que trate e seja responsável pelos efeitos migratórios das mudanças climáticas que se relacionem à convenção” (tradução livre).

A CCDP também trabalha aberta e sistematicamente com a idéia de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, assunto que tem alta natureza prática e que já é tratado na esfera das políticas públicas e da sociedade civil dos locais mais afetados pelos efeitos adversos da mudança e variabilidade climáticas.

Embora aparentemente menos completa que o projeto do CRIDEAU/CRDP e menos polêmica que a proposta das Ilhas Maldivas, a CCDP parece ter viés mais prático do que as demais sobre a proteção dos “refugiados ambientais”, uma vez que sugere mecanismos de governança socioambiental ao mesmo tempo em que pre-

tende promover a avaliação dos efeitos das mudanças climáticas e ações concretas em prol dos “refugiados ambientais” e do próprio meio ambiente. Num primeiro momento, a CCDP poderia até mesmo ser apresentada num contexto menos juridicamente vinculante do que os tratados internacionais - como declaração ou resolução da ONU, por exemplo; depois de ajustados seus mecanismos e averiguada sua aceitação político-internacional, seria menos dificultoso apresentá-la como proposta de tratado internacional de caráter universal.

O ideal, no atual contexto da política internacional e da propulsão migratória já iniciada com as mudanças climáticas e com os desastres ambientais mais recentes, é, sim, a formulação de um tratado internacional específico a respeito dos direitos e obrigações dos “refugiados ambientais”. No entanto, esta hipótese parece estar longe de se concretizar no futuro próximo, sendo necessárias medidas de proteção emergenciais a esse grupo de pessoas, seja na forma de políticas para redução das suas vulnerabilidades, seja na forma protetiva através dos instrumentos de direito internacional existentes”.

Conforme se observa, presentemente, não existe normatização específica que tenha por fim a proteção dos “refugiados ambientais”. A situação de fragilidade em que vivem não pode ser negada pelo direito, sob pena de que lhes seja desrespeitado os princípios que fundamentam uma sociedade fulcrada no Direito e na Justiça.

VIII. Conclusões e recomendações

O tema dos refugiados “ambientais” demonstra ser uma preocupação no âmbito nacional e internacional em face da intrincada mudança do meio ambiente. Pondera-se que a literatura jurídica sobre o tema dos refugiados não recepciona com positividade a questão dos “refugiados ambientais” justamente pela imprecisão da terminologia frente à normativa internacional que consagra o refúgio.

Inobstante isso, a melhor doutrina define o “refugiado ambiental” como sendo aquele que está obrigado a deixar seu lar de forma permanente ou temporária em virtude das questões ambientais cujas causas podem ser naturais ou, provocadas pela humanidade que, por fim, o afasta do local onde vive.

Tem-se uma previsão de que o número de migrantes ambientais ultrapassará uma cifra altíssima de mais de 1 bilhão de pessoas até o ano de 2050. Diante desse contexto, faz-se necessário que medidas urgentes sejam adotadas para a proteção desse grupo de pessoas que se encontram em perigo ou tenham suas condições de vida afetadas.

A Carta Constitucional brasileira, internamente, normatizou com vasta abrangência a questão ambiental, de forma a preocupar-se com a proteção das presentes e futuras gerações e, nesse contexto, a obrigação fundamental é dúplice, ou seja, tanto do Poder Público quanto da coletividade.

De uma análise das normas aplicadas aos refugiados, observa-se a inexistência de instrumentos específicos de proteção universal daqueles que são vítimas pelos danos

VII. Pactos Nacionais e Internacionais en el derecho ambiental

relacionados ao meio ambiente. A situação de fragilidade em que estes vivem não pode ser negada pelo direito sob pena de que lhes seja desrespeitado os princípios que fundamentam/orlam uma sociedade fulcrada no Direito e na Justiça.

Assim, anotam-se propostas apresentadas em estudos volvidos especificamente para os refugiados ambientais, consubstanciadas em instrumentos internacionais/Ajustes visando as suas proteções jurídicas, cujas medidas, sob o ponto de vista da articulista, recomendam-se presentemente.

Bibliografia

ACNUR. In Search of Shelter: *Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement, May 2009*. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>>

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997.

Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada 28 de julho de 1951 por uma Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas; convocada pelas Nações Unidas nos termos da Resolução 429 (V) da Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1950.

Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984. Disponível em:<<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>>.

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.

HINNAWI, Essam El. Environmental refugees. Nairobi: Unep, 1985, apud BARBOSA, Luciana Mendes. *A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas*. I Simpósio em Relações Internacionais do Programa de pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP e PUC-SP), 12 a 14 de novembro de 2007. Disponível em:<<http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf>>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf

<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>

<http://docplayer.com.br/16033676-O-aporte-juridico-do-direito-dos-refugiados-e-a-protecao-internacional-dos-refugiados-ambientais-1.html>

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *Refugiados Ambientais: Uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica Internacional*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, jun./2010.

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.

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.

SARLET, 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.

El Constitucionalismo Moderno y su evolución en materia ambiental en la República Argentina, como consecuencia del Pacto de Olivos, la Reforma Constitucional de 1994 y los Pactos Nacionales e Internacionales

Maria Delia Pereiro de Grigaravicius¹

I. Introducción al tema

Antes de abordar el tema específico me gustaría dejar en claro cuál es la postura que tomo cuando hablo de Justicia Constitucional.

Mucho se ha dicho sobre el Derecho Procesal Constitucional, que fue una creación Latinoamericana y la Justicia Constitucional creada en Europa.

Pero como a lo largo del tiempo la línea divisoria entre ambas terminología es difusa, compartiendo la opinión de importantes doctrinarios, entiendo que debemos hacer un estudio de la Justicia Constitucional más abarcativo el que nos permitirá un desarrollo exhaustivo de la temática, conteniendo no sólo los órganos de control de constitucionalidad, sino también las acciones y procesos, como el estudio del rol del juez en sus aspectos funcionales (ética, responsabilidad error judicial) y estructurales dentro del estado (independencia judicial).

Debemos por ello incorporar el nuevo rol del juez, con el activismo judicial, los nuevos conflictos constitucionales a través de la lid constitucional y finalmente la acción por parte de los ciudadanos en resguardo de la norma jurídica en el “*habeas normas*”.

Tengamos presente que el juez activista es un magistrado que, desprovisto de toda formalidad, brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respecto de los derechos constitucionales.

Este tema va de la mano con la lid constitucional, que es un choque normativo donde existen argumentos de ambos lados, momento en el que el juez debe resolver por algunos de ellos dentro de un todo.

En el ámbito Constitucional, se está refiriendo a todos los conflictos intraconstitucionales, vale decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución.

¹ Doctora de la Universidad de Buenos Aires. Tesis propuesta para el Premio Facultad - Especialidad Derecho Civil - Profesora de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Obligaciones - Derechos Reales - Recursos Naturales). Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho U.B.A. Profesora de Doctorado con orientación en Derecho Privado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. E mail: pereigrigar@gmail.com

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

Pueden ocurrir entre diversos artículos de la Constitución Nacional, o entre algunos de sus artículos y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, en este último caso, con las consecuencias Internacionales que podrían acarrear para nuestro país.

Por último, recordemos que cuando hablamos de “*habeas normas*”, nos estamos refiriendo a toda garantía física o jurídica de la inacción del Estado u órgano emisor encargado de regular un derecho.

Debo aclarar que no altera la separación de poderes ni invade facultades ajenas, atento que son jueces que hacen cumplir la voluntad o el espíritu de la norma jurídica incumplida.²

Aclarados estos conceptos abordaré el Constitucionalismo Moderno y su evolución en Materia Ambiental en la República Argentina.

El Constitucionalismo Moderno en materia Ambiental, sin duda alguna, se fue reflejando en numerosos documentos elaborados en base a la Doctrina Extranjera y Nacional, que se plasmaron luego en la Declaración de Río para el Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992.

Este documento fue generando una verdadera revolución tanto a nivel internacional como nacional.

La Doctrina y la Jurisprudencia que se fue desarrollando en nuestro país hizo, sin duda alguna, que se produjeran numerosos debates tanto doctrinarios como políticos, atento a que el tema Ambiental tiene influencia en varios, tanto en la calidad de vida de la población como en la preocupación de las empresas que deben acondicionar sus estructuras a nuevas exigencias normativas, vale decir, en la Economía en general.

Asimismo, avanza sobre el Derecho de Propiedad al fijar límites al Dominio y pretender que se respete la Función Social de la Propiedad.

Estos debates y acuerdos políticos y jurídicos se plasmaron, por fin, en la Reforma Constitucional de 1994, verdadero puntapié inicial para el Constitucionalismo Moderno en la República Argentina.

Cabe resaltar que la Justicia Constitucional y el Constitucionalismo Moderno van de la mano porque necesitamos de jueces dinámicos, éticos y criteriosos que interpreten adecuadamente las continuas contradicciones normativas entre los clásicos principios del derecho y los actuales, así como la continua dinámica que se produce con los Tratados Internacionales y la Constitución vigente.

II. Desarrollo del tema

El Constitucionalismo Moderno y su evolución en materia Ambiental, no se produjo espontáneamente, sino que, como toda evolución de ideas, se fue plasmando empujada por la realidad que nos rodea.

² Maraniello, Patricio. “La Justicia Constitucional aggiornada y el Derecho Constitucional Judicial en América”. Libro: Justicia Constitucional. Derecho Constitucional Judicial. Editorial: ConTexto. Resistencia. Chaco. República Argentina. Año 2015, pp. 11/27.

La necesidad de nuevas normas para enfrentar, tanto la evolución de la ciencia, como la necesidad del hombre para vivir en un mundo mejor, fue poniendo en la agenda de los diferentes países, temas como el de los postergados Pueblos Originarios, así como los Derechos Humanos en sus diferentes aspectos.

Eso nos fue enfrentando con la necesidad de la protección de una serie de Derechos que nombraré en forma meramente enunciativa, por el carácter progresivo y dinámico del tema, como son los Derechos del Niño, los Derechos de la Mujer, Derechos a la Igualdad de todos los Seres Humanos, el respeto por la Diversidad, el Derecho a la Identidad, el Derecho a la Calidad de vida y a la Vida misma, entre otros.

Estos dos últimos Derechos nos llevan necesariamente al Derecho Ambiental.

El Derecho al Medio Ambiente reposa sobre principios fundamentales, inspirados paso a paso en un consenso universal. Así es como ha ido comprendiendo el estudio del sistema de protección del Medio Ambiente Natural, rural, cultural, y urbano, complementado con el estudio del derecho referido a la contaminación y las molestias.³

A mi entender fueron tres documentos Internacionales los que marcaron el camino definitivo en materia Ambiental.

El primero fue la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo de junio de 1972 que aprobó un plan de acción con ciento nueve recomendaciones para los gobiernos y las organizaciones internacionales, así como una declaración de veintiséis principios instando a que se creara un Fondo Mundial para la Defensa del Medio Ambiente.⁴

Luego todas las partes, se pusieron de acuerdo en el texto de la Conferencia General de la Unesco que se aprobó en París el 16 de noviembre de 1972 –Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural–.

Considerando el patrimonio en su doble aspecto cultural y natural, la Convención nos recuerda las formas en que *el hombre interactúa con la naturaleza* y al mismo tiempo la *necesidad fundamental de preservar el equilibrio de ambos*.

En el plano del Derecho Internacional, no hay duda de que la relación entre los derechos del hombre y la protección del ambiente ha sido establecida en la Conferencia de Estocolmo.

Ésta selecciona los principios generales que tengan por objetivo *la utilización racional de los recursos naturales de la tierra en el interés de las generaciones presentes y futuras*.

La *calidad de la vida* y del *medio ambiente* es uno de los derechos del hombre (principio 1).

La relación entre el proceso económico y ecológico está señalada con insistencia.

La Declaración enumera las diferentes vías para alcanzar los objetivos: cambios de información, cooperación científica, transferencia de tecnología, y recordar cier-

³ Morand-Deviller, Jacqueline. Droit de l'environnement. Éditions ESTEM. París, Francia. 1996, p. 7.

⁴ Franza, Jorge Atilio. Manual de Derecho Ambiental - Argentino y Latinoamericano –Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. Argentina. 1997, p. 45.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

tas reglas de Derecho Internacional Público, en particular las de *buena vecindad*, es deber de cada estado vigilar que las actividades ejercidas en el interior de sus fronteras no puedan perjudicar al medio ambiente de los estados vecinos.

Por su parte, en *La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, a la que hicimos referencia, aprobada por la UNESCO, en París en 1972 se instituye un sistema de selección de los principales *monumentos y sitios mundiales* que tengan un valor universal excepcional.

Se creó un *Fondo del Patrimonio Mundial*, alimentado por la contribución de los Estados y de las personas físicas o jurídicas y ha previsto un mecanismo internacional de asistencia técnica y financiera destinado a ayudar a la salvación de sus monumentos.

En los considerandos de esta convención se manifiesta, asimismo que *se ha constatado que el patrimonio cultural y el patrimonio natural están cada vez más amenazados de destrucción*, no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más terribles.

Esta advertencia se ve plasmada en el artículo 4to. al señalar que cada uno de los Estados Partes en la Convención reconoce que le incumbe primordialmente la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural.

Podemos afirmar que el año 1972 con la firma de los *documentos de Estocolmo y París* que hemos señalado, fue el punto de partida de la *conciencia mundial* para la protección y el mejoramiento del *medio ambiente* bajo un concepto amplio, como comprensivo del patrimonio natural y cultural (histórico artístico).⁵

El tercer documento Internacional al que me hice referencia al comienzo es *La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (C.N.U.M.A.D.)*, realizada en *Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992* fue la cumbre mundial de medio ambiente, más grande que jamás se haya organizado.

Denominada *Cumbre de la Tierra*, fue convocada por las *Asamblea General de las Naciones Unidas*, con motivo del *vigésimo aniversario de la Conferencia de Estocolmo*

La *Declaración de Río* comprende 27 principios y consagra el *principio de precaución (15)*; el *principio de información y de participación de los ciudadanos (10)*; el *derecho a un desarrollo durable y a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza (1 y 3)*; la *responsabilidad por los daños al medio ambiente (13)*; el *estudio de impacto ambiental (17)*.

La *Agenda 21* es un programa de acción destinado a *promover el desarrollo durable*.⁶

Este Plan de acción adoptado por los gobiernos participantes, incluye cuatro áreas de programas: a) refuerzo de la base científica para el ordenamiento sostenible;

⁵ Pereiro de Grigaravicius, María Delia. Daño Ambiental en el Medio Ambiente Urbano. Un Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2001, pp. 27/28.

⁶ Prieur, Michel. Droit de l'urbanisme bilan et perspectives. DJDA. L'actualité juridique. Droit Administratif. Número spécial. Paris. Francia. 20 mai 1993, p. 4.

b) aumento de los conocimientos científicos para el desarrollo sostenible; c) mejora de la evaluación científica a largo plazo; d) aumento de la capacidad científica.⁷

Después de la cumbre de Río, la manera de pensar ha evolucionado tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo, lo cual ha reducido la tensión geopolítica que se manifestaba en los debates sobre el tema de consumo o demografía en las dos últimas décadas.

Cada vez son más los países industrializados que reconocen que replantear la manera de utilizar los recursos ambientales para responder a las necesidades del hombre es una *obligación* moral que va también en beneficio propio.⁸

Esta revolución de ideas necesariamente debía ser incorporadas al Derecho Interno de los países que acompañaban esta tendencia.

Es por eso que de inmediato se fueron elaborando debates político-jurídicos para abordar el tema mediante reformas constitucionales.

Muchos países ya venían introduciendo en su derecho interno los principios que se iban gestando en el mundo.

Un claro ejemplo fue la Constitución española de 1978 que dedica un artículo especial al ambiente.

El precepto inspirado genéricamente en los pronunciamientos de la Conferencia de Estocolmo, tiene su precedente inmediato en la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976.

Es importante para situarnos en el contexto histórico en el que se desarrolló el debate Constituyente, que culminaría con el vigente artículo 45 de dicha Constitución que conjuntamente con el artículo 43, estatuye que todos tienen derecho a la salud, así como a disfrutar de un medio ambiente adecuado, es que con esta reforma están reconociendo a cada español verdaderos Derechos Subjetivos Constitucional.

El artículo 45 de la Constitución Española, que regula el tema específico que estamos tratando dice:

I. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

II. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

III. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

⁷ Cano, Guillermo A. La producción y la transferencia de tecnología: La protección de la propiedad intelectual y el desarrollo sostenible en el contexto de la conferencia CNUMAD 92. Revista del Derecho industrial. Derecho Ambiental. Mayo - agosto de 1992. N° 41, p. 375.

⁸ Geyer - Allely, Elaine y EPPEL, Jeremy. Patrones de consumo y producción: proceso de cambio. Desarrollo Sustentable. Estrategias de la OCDE para el Siglo XXI. París. Francia Año 1997. Capítulo 4, p. 61.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

Su precedente, la Constitución portuguesa de 1976 nos dice con relación al tema en su Artículo 66. “Del ambiente y la calidad de vida

1. Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.
2. Corresponde al Estado, mediante órganos propios y la apelación a iniciativas populares: a) prevenir y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión; b) ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados; c) crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico; d) promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.
3. Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el número 1 podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización
4. El Estado deberá promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses.

La Constitución portuguesa y posteriormente la española marcaron claramente los paradigmas que luego quedaron sellados en la Conferencia de las Naciones Unidas de Río de 1992.

Esto fue acompañado por numerosas leyes internas y acuerdos internacionales que se fueron gestando y de los que en muchos de ellos la República Argentina fue parte.

Estos temas, como se puede observar, van mucho más allá del tema ambiental, es una nueva y revolucionaria forma de proteger los derechos del hombre, acompañando así a la evolución no sólo tecnológica sino también, moral, social, política, lo que en definitiva llamamos el Constitucionalismo Moderno.

La República Argentina no podía quedar ajena a estos cambios, si bien la Constitución de 1853 y sus posteriores reformas generó un marco adecuado para la organización nacional, y tanto su Preámbulo como la Declaración de Derechos y Garantías fue muy importante para el desarrollo y calidad de vida de los habitantes de la república, así como el impulso que le dio a la inmigración, así como los derechos y libertades que le fueron garantizados, su articulado se refería esencialmente a los Derechos Individuales, fue por eso que cuando los planteos de la vida moderna no se veían satisfechos, los jueces muchas veces recurrían al manto genérico de su artículo 33, al proteger las declaraciones, derechos y garantías “no enumeradas en la Constitución pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Tanto el la Doctrina como la Jurisprudencia veían la necesidad de una Reforma Constitucional que, por supuesto se vio reflejada en el arco político del momento,

que después de innumerables debates, arribó al llamado “Pacto de Olivos” “el que se selló en el año 1993 por los líderes políticos del momento y llevó a la Reforma Constitucional de 1994.

Esta reforma de carácter integral, modernizó el sistema constitucional, no sólo en lo formal y lo que hace a la renovación de autoridades, sino que también introdujo los llamados derechos de tercera y cuarta generación, para ello se creó un capítulo nuevo llamado “Nuevos Derechos y Garantías” introduciendo los Derechos de Incidencia Colectiva.

En el presente trabajo me referiré a la importante reforma que se realizó con relación al tema que estoy desarrollando.

Conforme lo adelanté anteriormente, los movimientos a nivel internacional que dieron lugar a la Cumbre de Río de 1992, fueron la fuente inspiradora de los Constituyentes que llevaron a cabo la reforma constitucional en el año 1994.

Así fue como se introdujeron normas específicas relacionadas con el *medio ambiente*.

Se trata de los arts. 41, 43 y 75 Inc. 19 de la Constitución Nacional.

Asimismo, existen como normas supra legales, los tratados y convenciones internacionales a que se refiere el art. 75 Inc. 22.

En este sentido cabe mencionar:

- La Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá 1948 art. 28).
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas 1948, art. 3).
- La Convención Americana de los Derechos del Hombre (San José de Costa Rica, 1969, art. 32).

Esto se relaciona especialmente con el derecho al ambiente como derecho humano.

Asimismo, el derecho ambiental en un efecto cascada, está ahora protegido por las constituciones de la mayoría de las provincias; destacaré la de la Provincia de Buenos Aires, que contempla este derecho en el art. 28.

La Ciudad de Buenos Aires, en su Constitución de 1996, en un enfoque muy moderno, garantiza el derecho a gozar de un ambiente sano para las generaciones presentes y futuras (arts. 8, 26, 27, 28, 29, 30, 137 y 138).

El *art. 41* de la Constitución Nacional, que desarrolla el tema en forma específica, dice:

“Todo habitante goza del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

*Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”.*⁹

Tomando la opinión de Bidart Campos, podemos afirmar que parece haberse optado por ubicar como *derecho subjetivo de todos los habitantes, el derecho a un ambiente sano* con todas las especificidades que a partir de allí añade.

El *art. 43*, al regular la acción de amparo, señala expresamente qué situaciones subjetivas pueden protegerse mediante esa acción y cuáles son los sujetos legitimados activamente para deducirlas, oportunidad a la que alude a los “*derechos que protegen el ambiente*” así como a los “*derechos de incidencia colectiva en general*”.

Queda patente y fuera de toda duda y discusión, que lo relativo al ambiente ha recibido cobertura generosa, tanto cuando se lo encara desde la perspectiva del derecho personal de cada habitante, como si se lo hace desde lo que el texto denomina *derechos de incidencia colectiva* como equivalencia con los intereses difusos.¹⁰

Si bien la República Argentina participó de numerosos encuentros internacionales, la reforma constitucional y la entrada definitiva al Constitucionalismo Moderno le dio un real impulso no sólo nacional sino también internacional.

A partir de la Reforma Constitucional de 1994 ha sido sede de importantes reuniones entre las que podemos destacarla “Conference on Development. The environment & Dispute Resolution in the Americas: New Directions for the private sector.”, organizada por “American Bar Association” y “Inter –American Bar Association”.

Realizada en Buenos Aires del 5 al 7 de marzo de 1997.

Asimismo, se realizó en Buenos Aires del 30 de agosto al 1 de septiembre de 1999 un Seminario sobre la Convención del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, suscripta por la UNESCO, en Francia en 1972.

Participaron del mismo, representantes del Centro de Patrimonio Mundial de la UNESCO, y autoridades de entidades oficiales y privada.

Este movimiento americano e internacional también se ha reflejado en regulaciones legales específicas, pero, todavía sin eficacia para la solución de los problemas ambientales.

Se realizaron también importantes encuentros a nivel del Mercosur y de la Unión Europea.

En base al *Tratado de Asunción* del 26 de marzo de 1991, aprobado por la Ley 23.981 que fue suscripto para la creación del *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) entre Argentina, Brasil Paraguay y Uruguay.

⁹ PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia. Daño Ambiental en el Medio Ambiente Urbano. Un Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI, La reforma constitucional de 1994, Editorial Ediar. Buenos Aires Año 1995, p. 296.

Con relación al tema del medio ambiente en el Subgrupo de Trabajo N° 3 se señala la *armonización según patrones internacionales de los sistemas de normalización, calidad industrial, normas ambientales, alimenticias y de defensa del consumidor*.¹¹

Conforme dicho Acuerdo y con base en los nuevos principios incorporados en la Constitución de 1994 fue de vital importancia el Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil sobre Cooperación en Materia Ambiental hecho en Buenos Aires el 9 de abril de 1996 aprobado por Ley 24.930, promulgada en enero de 1998.

En su parte introductoria nos habla de la protección del medio ambiente y la búsqueda de una mejor calidad de vida, recordando asimismo los compromisos asumidos por ambos países en la Conferencia de Río de 1992.

El acuerdo se firmó como marco dentro del cual se iría desarrollando la coordinación, consulta y cooperación bilateral en materia ambiental entre Argentina y Brasil (Art. 1).

Otro hecho a destacar, de trascendencia en el marco de la globalización y el derecho comunitario es el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes que fuera firmado en Madrid el 15 de diciembre de 1995, el primer acuerdo de región a región con homologación del MERCOSUR.

En el artículo diecisiete se regula expresamente la Cooperación en materia de protección del medio ambiente, determinando como objetivo el desarrollo sustentable.

Se promueve la protección del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales, haciendo especial referencia a la dimensión mundial de los problemas medioambientales.¹²

Estos acuerdos no han quedado sólo en el marco teórico, sino que en este nuevo enfoque los Constitucionalismo Moderado y la Globalización se fueron dando numerosos acuerdos.

Para terminar, destacaré un tema que está en marcha y cuyas metas son, a cumplir, me estoy refiriendo a la Economía Circular y su relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) aprobados en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Si el mundo quiere erradicar la pobreza, hacer frente al cambio climático y construir sociedades pacíficas e inclusivas para 2030, los principales interesados, entre ellos los gobiernos, deben impulsar la implementación de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), integrados en la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible a un ritmo más acelerado.

¹¹ VERNETTI, Ana María. La armonización legislativa ambiental en el MERCOSUR. Doctrina Jurídica. LA LEY 22 de septiembre de 1999, p. 226.

¹² Dromi, Roberto, Molina del Pozo, Carlos. Acuerdo MERCOSUR - Unión Europea. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996, p. 27-283.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

Esta es la principal recomendación del informe presentado el 17 de julio de 2017, sobre el progreso en la implementación de ese plan de desarrollo global acordado en 2015 por los países intervinientes.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece una visión transformadora hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental de los 193 Estados Miembros que la suscribieron y será la guía de referencia para el trabajo de la institución en pos de esta visión durante los próximos 15 años.

Esta nueva hoja de ruta presenta una oportunidad histórica para América Latina y el Caribe, ya que incluye temas altamente prioritarios para la región, como la reducción de la desigualdad en todas sus dimensiones, un crecimiento económico inclusivo con trabajo decente para todos, ciudades sostenibles y cambio climático, entre otros. El conocimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) asociados a esta Agenda ayuda a evaluar el punto de partida de los países de la región y a analizar y formular los medios para alcanzar esta nueva visión del desarrollo sostenible, que se expresó de manera colectiva y quedó plasmada en la Agenda 2030.

Los ODS también son una herramienta de planificación para los países, tanto a nivel nacional como local. Gracias a su visión a largo plazo, constituirán un apoyo para cada país en su senda hacia un desarrollo sostenido, inclusivo y en armonía con el medio ambiente, a través de políticas públicas e instrumentos de presupuesto, monitoreo y evaluación.¹³

La Agenda 2030, suscripta por la Argentina, es uno de los principales procesos políticos a nivel global, que compromete a los Estados Nacionales, a las organizaciones no gubernamentales, al sector privado empresarial y al mundo académico para los próximos años y, en tal sentido, la implementación de los ODS a nivel países deberán impactar en la situación política, económica y social, como así también en los sistemas nacionales de bienestar.

Esto impone a los gobernantes y al sector privado la obligación de promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, entre tantos desafíos, hay quienes proponen la Economía Circular, como complemento esencial para la sustentabilidad. Este pensamiento económico tiene por objetivo, reducir tanto la entrada de los materiales como la producción de desechos vírgenes, cerrando los flujos económicos y ecológicos de los recursos

La economía circular es un concepto económico que se interrelaciona con la sostenibilidad, y cuyo objetivo es que el valor de los productos, los materiales y los recursos (agua, energía...) se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y que se reduzca al mínimo la generación de residuos. Se trata de implementar una nueva economía, circular –no lineal–, basada en el principio de «cerrar

¹³.BÁRCERA, Alicia - Secretaria Ejecutiva Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) - Prólogo - Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina. Naciones Unidas. CEPAL. Publicación de las Naciones Unidas, mayo 2016, p. 5.

el ciclo de vida» de los productos, los servicios, los residuos, los materiales, el agua y la energía.

El término abarca desde la producción y consumo de bienes y servicios, incluyendo un cambio de combustibles, de fósiles al uso de energía renovable, hasta la función de diversidad como característico de resiliencia y sistemas productivos.¹⁴

Este tema se está abordando en los ambientes académicos, una muestra de ello fue el “Almuerzo Académico” realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el día 13 de junio de 2017 en el que se abordó el tema “Experiencias en la negociación de la agenda 2030. Perspectivas para el desarrollo sostenible”, al tratarse el tema se introdujo la nueva cuestión de la “Economía Circular”.

Se comentó sobre la necesidad de contar con indicadores relacionados con los principios de la Agenda 2030, y por supuesto también específicamente ambientales.

En tal sentido la República Argentina lo que ha establecido el Gobierno es que dependan del Ministerio de Desarrollo Social, y se ha creado una coordinación de políticas sociales dentro del ministerio en la cual trabajan los veinte ministerios integrados en subcomisiones para poder lograr los indicadores que se necesitan para presentar ante las Naciones Unidas.¹⁵

Con relación al sistema de Economía Circular dónde todo se transforma y se aprovecha exige cambios profundos en todos los ámbitos, la industria, los gobiernos, los jueces, los consumidores, etc.

Es por ello que algunas empresas ya tienen un Departamento dedicado al tema, para adaptar la tecnología y adelantarse a los competidores.

Cabe preguntarse si al durar más los productos y los demás cambios que pueden sobrevenir con la Economía Circular, se mejora el Medio Ambiente, pero al mismo tiempo puede generar disminución del empleo que conjuntamente con la tecnología y la robótica es uno de los nuevos problemas que enfrenta el mundo moderno.

III. Conclusiones y recomendaciones

A lo largo del presente trabajo podemos ver con claridad que la República Argentina se integró al Constitucionalismo Moderno, a partir del acuerdo político suscripto en el año 1993 que tuvo como consecuencia la Reforma Constitucional de 1994.

En un mundo globalizado como el actual no podemos quedar aislado, sino que el campo normativo se debe adaptar a las nuevas realidades que se van imponiendo en los tiempos modernos.

Es también evidente que la Justicia Constitucional con jueces más dinámicos debe acompañar este proceso.

¹⁴ FUNDACIÓN AQUAE. Sede Social. Paseo de la Castellana 259. Madrid. <http://www.fundaciónaqua.org>. Fecha 7 de mayo de 2018.

¹⁵ Devia, Leila. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la U.B.A. “Almuerzo Académico” realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el día 13 de junio de 2017. Conferencia sobre el tema “Experiencias en la negociación de la agenda 2030. Perspectivas para el desarrollo sostenible”.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

En el tema abordado, el Medio Ambiente, pudo demostrarse que fue de vital importancia esta evolución y que la República Argentina se encuentra cada vez más comprometida a cumplir con metas de las normas constitucionales incorporadas en 1994, los tratados internacionales, así como de los nuevos acuerdos suscriptos y que se encuentran en marcha.

El logro de estas metas relacionado especialmente con el Desarrollo Sustentable, se puede lograr únicamente con un activo trabajo en el orden Público y Privado, tanto a nivel gubernamental como académico, vale decir, con el esfuerzo de toda la sociedad.

Bibliografía

- Bárcera, Alicia - Secretaria Ejecutiva Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) - Prólogo - Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina. Naciones Unidas. CEPAL. Publicación de las Naciones Unidas, mayo 2016.
- Bidart Campos, Germán J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI, La reforma constitucional de 1994, Editorial Ediar. Buenos Aires Año 1995, p. 296.
- Cano, Guillermo A. La producción y la transferencia de tecnología: La protección de la propiedad intelectual y el desarrollo sostenible en el contexto de la conferencia CNUMAD 92. Revista del Derecho industrial. Derecho Ambiental. Mayo - agosto de 1992. N° 41.
- Devia, Leila. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la U.B. A. “Almuerzo Académico” realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el día 13 de junio de 2017. Conferencia sobre el tema “Experiencias en la negociación de la agenda 2030. Perspectivas para el desarrollo sostenible”.
- Dromi, Roberto, MOLINA del POZO, Carlos. Acuerdo MERCOSUR - Unión Europea. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996, p. 27-283.
- Franza, Jorge Atilio. Manual de Derecho Ambiental - argentino y Latinoamericano - Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. Argentina. 1997.
- Fundación Aquae. Sede Social. Paseo de la Castellana 259. Madrid. [http:// www.fundacionaquae.org](http://www.fundacionaquae.org). Fecha 7 de mayo de 2018.
- Geyer - Allély, Elaine y Eppel, Jeremy. Patrones de consumo y producción: proceso de cambio. Desarrollo Sustentable. Estrategias de la OCDE para el Siglo XXI. París. Francia. 1997.
- Maraniello, Patricio. “La Justicia Constitucional *aggiornada* y el Derecho Constitucional Judicial en América”. Libro: Justicia Constitucional. Derecho Constitucional Judicial. Editorial: ConTexto. Resistencia. Chaco. República Argentina. Año 2015.

Morand - Devile, Jacqueline. Droit de l' environnement. Éditions ESTEM. Paris, Francia. 1996.

Pereiro de Grigaravicius, María Delia. Daño Ambiental en el Medio Ambiente Urbano. Un Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2001.

Prieur, Michel. Droit de l' urbanisme bilan et perspectives. DJDA. L' actualité juridique. Droit Administratif. Numéro spécial. Paris. Francia. 20 mai 1993.

Verneti, Ana María. La armonización legislativa ambiental en el MERCOSUR. Doctrina Jurídica. LA LEY 22 de septiembre de 1999.

Los Pactos Internacionales y el Derecho Ambiental

Honorio Guaschino¹

El derecho ambiental reconoce su fuente en el derecho ambiental internacional, incluso en la normativa de nuestro art. 41 de la Constitución reformada de 1994.

La partida de nacimiento del derecho ambiental es la Declaración de Estocolmo de 1972, consolidada con la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y más modernamente la conferencia de París de 2015 sobre cambio climático.

En la Declaración de Estocolmo de 1972 se reconoce en el principio 21 la soberanía irrestricta de los Estados sobre sus recursos naturales y su ambiente, esta fue la postura brasileña y el principio 22 conseguido por la República Argentina la teoría del perjuicio sensible y la consulta previa, ante cualquier agresión al ambiente debe notificarse formalmente a la otra parte para lograr reglas de consenso.

En la Declaración de Río de Janeiro de 1992 la aparente antinomia quedó concluida y hubo plena armonía entre ambos Estados, fue incorporada en el principio 2 de Río de Janeiro, incluso en una oportunidad que quedaron buques varados frente al puerto argentino de Rosario por bajante del Paraná, Itamaraty invocando a los principios de Río de Janeiro ofreció pagar indemnización.

Esta la Declaración de Johannesburgo de 2002, que fue más un plan de acción, que de principios, que se ocupó del derecho al acceso al agua, la privatización de los servicios esenciales y sus consecuencias, como el no pago del agua o la electricidad.

El hambre, conjuntamente con las declaraciones de la FAO de las Naciones Unidas, esencialmente la de Roma de 1996.

El Papa Francisco en su Encíclica Papal Laudato Si, le da importancia a la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

En Río de Janeiro de 1992, se ocupa de la protección de a la foresta, la biodiversidad y el cambio climático.

Con respecto al cambio climático procura la estabilización de gases de efecto invernadero, en cambio en el protocolo de Kyoto de 1997 la reducción de estos

¹ Abogado especializado en derecho de los recursos naturales. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Profesor adjunto regular. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Jefe de Trabajos prácticos, en la asignatura Derecho Constitucional, cátedra Dr. Jorge Franza, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor titular en recursos Naturales y medio ambiente. Universidad Abierta Interamericana. Profesor titular Derecho Ambiental en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Profesor asociado Universidad Kennedy. Profesor adjunto Universidad Atlántida Argentina.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

gases en 5% con relación a la década de 1990 y en París de 2015 que no ascienda la temperatura del planeta más allá de los 1,5 o 2 grados centígrados, con los efectos nefastos que eso puede ocasionar.

La constitución nacional reformada en 1994 en el art. 41 alude a la diversidad biológica o sea la variabilidad de especies animales, vegetales y genes de dicha convención, es decir del derecho internación ha sido tomado por el derecho interno.

La Carta Mundial de la Naturaleza de 1949 sancionada por la asamblea de las Naciones Unidas declara que los ecosistemas, los organismos y los recursos natrales deben manejarse de modo que se asegure y mantenga su producción optima y continua y que los recursos naturales deben usarse y no derrocharse.

Otras fuentes del derecho internacional son las prácticas y laudos arbitrales, las declaraciones de los estados y las de las asociaciones no gubernamentales especializadas en temas jurídicos ambientales y conexos.

El derecho internacional condiciona al derecho interno argentino por intermedio de los tratados, que tienen prioridad en el caso de los derechos humanos sobre la legislación interna, arts. 27, 31, 75 inciso 22 de la constitución reformada de 1994.

El Dr. Mario F. Valls en Derecho Ambiental, Edit. Abeledo Perrot, norma los elementos del ambiente que se encuentran en más de un país, como puede ser un río, un lago, una cuenca, un mar, la atmósfera y las especies vivas.

En 1855 se firmó la convención para proteger los salmones del Rin.

El 19-3-1902 se celebró la Convención de París para protección de pájaros útiles a la agricultura.

La convención sobre Cites, de especies amenazadas en vías de extinción.

La convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación por cloruros de Bonn del 3/12/1976 ratificada por Francia en 1983 que generó jurisprudencia nacional e internacional.

La Convención de Basilea del 22/3/ 1989 norma la circulación internacional de residuos peligrosos la complementaria del 10/12/1999 relativo a la responsabilidad por esa circulación internacional y su eliminación.

La Convención de la Asamblea general de las Naciones Unidas relativa al derecho sobre usos distintos de la navegación de recursos de agua internacionales (Nueva York, 21/5/1997) norma esos usos del agua e impone obligaciones para proteger, preservar y manejar la calidad del agua y sus recursos vivos mediante el control de las inundaciones, la erosión, la sedimentación y la intrusión salina.

El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (Montreal, 29/1/2000) de la Convención sobre diversidad biológica norma las situaciones derivadas del tráfico internacional de especies vivas modificadas genéticamente.

El tratado celebrado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/9/1996 prohibió los ensayos nucleares.

Otro tratado prohíbe o restringe la producción y el uso de una lista de productos tóxicos (Johannesburgo, Sudáfrica, 10/12/2000).

En derecho ambiental internacional se crean varios organismos internacionales que a veces dificultan la aplicación de las normas.

Como antecedente de la Conferencia de Estocolmo de 1972, hubo conferencias regionales como la correspondiente al área latinoamericana consistió en un seminario celebrado en México el 6 al 11/9/1971. Las otras se hicieron en Founex, Bangkok y Addis Adeba.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro de 1992) que la consideró el papa Francisco como la más importante, en Río de Janeiro se celebró una convención sobre diversidad biológica, otra sobre cambio climático se emitió una Declaración de Principios Relativos a los Bosques aprobó la Agenda 21 que es un Programa de Acción a cumplir por toda la humanidad.

En Río de Janeiro de 1992 se dictó una Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, que constituye una fuente que no pretende ser obligatoria del derecho ambiental.

Recomienda a los Estados:

- a) Reducir y eliminar modalidades de producción y consumo no sostenibles y fomentar políticas demográficas adecuadas (principio 8).
- b) Evitar que las medidas de política comercial con fines ecológicos constituyan una restricción velada al comercio internacional (principio 12).
- c) evitar movimientos transfronterizos de actividades y sustancias que pongan en peligro el medio ambiente (principio 14).
- d) Aplicación del principio contaminador pagador en el principio 16 al promover los costos ambientales y las prácticas contables que reflejen adecuadamente los costos ambientales.
- e) En el principio 19 proporcionar la información pertinente y notificar en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades negativas en el ambiente.

En Johannesburgo 2002 de Río más 10, se destaca la pobreza, critica los modos de producción y consumo y el deterioro continuo del ambiente, propone alianzas y agrupaciones regionales más fuerte, el multilateralismo y el liderazgo de las **Naciones Unidas**.

La Asamblea General de las Naciones Unidas acordó celebrar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo sostenible del 4 al 6 de junio de 2012 sobre la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el marco institucional para el desarrollo sostenible con miras a integrar de manera equilibrada el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente como pilares independientes del desarrollo sostenible que se refuerzan mutuamente.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

El resultado no cubrió las expectativas buscadas y se avanzó en el principio de no regresión elaborado por el jurista francés Michel Prueur en las conquistas obtenidas en jurisprudencia y legislación ambiental, no pudiendo retrotraerse para el pasado.

Está el Acuerdo de París de diciembre del 2015 que procura que no aumente la temperatura promedio del planeta más de 2 grados o 1,5 grados centígrados para el 2020, 2030 y sustituir las fuentes de energía no renovables como el carbón, pero que el presidente Trump de los Estados Unidos mencionó su voluntad de apartarse de ello, insistiendo con la energía del carbón mineral y no respetando en zonas de reservas indígenas el paso de oleoductos en el Estado de Dakota.

Su Santidad el papa Francisco en la encíclica *Laudato Si*, afirma que la conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible denominada Río más 20 (Río de Janeiro 2012) emitió un extenso e ineficaz declaración final las negociaciones internacionales Aparte o pueden avanzar significativamente por las posiciones de los países que privilegian sus intereses sobre el bien común global.

Aparte de la conferencia de Río 1992 la más relevante para el Papa, es el convenio de Basilea de 1992 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.

La CITES, convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres de 1973 incluye misiones de verificación del cumplimiento efectivo.

La convención de Viena para la protección de la capa de ozono de 1981 y su implementación mediante el protocolo de Montreal de 1987 para el adelgazamiento de la capa de ozono.

Conclusión

Los Tratados internacionales sobre el ambiente, como la declaración de Río de Janeiro de 1992 son la fuente del derecho ambiental interno como el art. 41 de la Constitución nacional.

Bibliografía

Derecho Ambiental, tercera edición. Mario F. Valls. Edit. Abeledo Perrot.

Derecho de los recursos naturales y protección del medio ambiente. Jorge Franza.

Encíclica papal “*Laudato Si*”, Papa Francisco.

Miscelanea ambiental. Honorio Héctor Guaschino. Ediciones del País.

Hacia un pacto internacional vinculante aplicable a los contenidos y alcances de la responsabilidad social corporativa: la gestión del impacto ambiental, social y de los derechos humanos

Eduardo Raúl Olivero¹

Sumario

I. Introducción. II. Desarrollo: 1. El marco ambiental y la relación con los derechos humanos: su recepción legislativa y en los instrumentos internacionales relevantes para nuestro país. Obligaciones y estándares aplicables. 2. El Pacto Global, los ODS y otros instrumentos de interés. La debida diligencia. 3. La RSC y el desarrollo sustentable: relaciones, fundamentos y críticas. La posible regulación y valoración de obligaciones e indicadores positivos vinculantes. III. Conclusiones

I. Introducción

La vinculación (demandas y reivindicaciones mediante) del desarrollo sostenible con parámetros de prosperidad económica, calidad ambiental y justicia social, que también resulten aplicados al paulatino reconocimiento de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), ha sido un movimiento –global– conteste con el surgimiento de pactos, normas y acciones que involucran a las empresas y que intentan promover e internalizar estos aspectos en su gestión y debatir sobre los alcances de su contribución al bienestar social y ambiental. El desarrollo de la RSC ha implicado de algún modo el reconocimiento que el objetivo a cumplimentar en estas áreas no ha de ser lograr la maximización de las utilidades a costa de la degradación del ambiente

¹ Abogado (UBA, orientado en derecho penal y derecho público. diploma de honor). Funcionario del Poder Judicial de Tierra del Fuego A. e I.A.S. (Defensoría ante el S.T.J.). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Belgrano). Posgrado en Derecho Constitucional Práctico (UBA). Diplomado en Derecho Público (Universidad Austral). Cursa la Maestría en Magistratura (U.B.A.). Docente-Investigador (UNTDF, en diversas materias del Instituto Desarrollo Económico e Innovación y del Instituto Cultura, Sociedad y Estado; Director del Proyecto de Investigación en Energías Renovables). Autor de libros y diversos ensayos publicados y partícipe en Tratados. Disertante en temas de Derecho Público en congresos locales, nacionales e internacionales. Corresponsable del suplemento de personas no humanas (sitio [dpicuantico](#)). Ex Secretario Legal y Técnico y ex Director de Servicios Jurídicos Estatales (Gobierno de la Prov. TDF, IPAUSS TDF). Ex docente UBA XXI. Ex profesor invitado en la Especialización en Derecho Constitucional (UNLP). Ha ejercido la docencia en el Posgrado de Argumentación Jurídica de la UNTDF. Ha ejercido la profesión liberal con especialización en el Litigio Estratégico (Prov. TDF). Miembro de la AAJC (Instituto de Derecho Constitucional). E-MAIL: oliveroeduardo@hotmail.com.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

o mediante la provocación de otros efectos lesivos para los derechos humanos y la calidad de vida de las personas (para adentro o afuera de las organizaciones) y de la sociedad. No obstante el foco de las tensiones aparejadas se centra en la asignación –o no– a tales fenómenos de un alcance que al fin de cuentas deviene voluntarista o discrecional,² conforme se interpreta (y recorta) el marco normativo vigente o en su caso se postule su necesaria reforma. Según como se delimite el universo jurídico o las opciones aplicables al análisis de los contenidos y alcances de la RSC se podrá discutir: 1) la existencia de verdaderas obligaciones derivadas de los principios fijados y asumidos por las empresas (por ej. aduciendo que en última instancia son las mismas obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, con todas las consecuencias aparejadas por el sistema internacional y local de los derechos humanos: art. 75 inc. 22 CN). 2) postular que, partiendo de ello, en tanto hay matices a considerar, es coherente disponer, reconocer y concretizar aquellas obligaciones por el derecho interno de los países –mediante pactos o legislaciones locales–. Ello, sea mediante la formulación de derecho nuevo (pactos locales, leyes, decretos, programas) o cuando se trate del desarrollo de la tarea de aplicación e interpretación del derecho vigente, por ejemplo al derivar de tal forma criterios –más– precisos de valoración y ponderación sobre los contenidos y alcances de la RSC en los casos concretos y que sean fruto del entendimiento de grados de vinculación, de complementariedad y de evolución conjunta extraíbles de los distintos instrumentos –soft law o vinculantes– hoy existentes. 3) De otro lado, por lo contrario se postula que aún no hay normas vinculantes (sobre todo partiendo del nivel internacional) lo que lleva a afirmar que los principios rectores establecidos para la relación empresas y derechos humanos (que luego veremos) se traducen en meras directrices o recomendaciones que se entienden aplicables por las empresas, basado ello en buena medida en el sostenimiento de buenas prácticas empresariales, respaldadas pues a todo evento en el seguimiento de principios –abstractos– y de guías y recomendaciones más o menos

² Para mayor sencillez aclaro que en adelante las citas serán hechas mencionando el nombre del autor y el año y página de la publicación, cuyos datos podrán consultarse en la bibliografía. Entre otros autores, se menciona a la responsabilidad social empresaria como “...la contribución activa y voluntaria de las empresas en el mejoramiento social, económico y ambiental. Bajo este concepto de administración se engloba un conjunto de prácticas, estrategias y sistemas de gestión empresariales que persiguen un nuevo equilibrio entre las dimensiones económica, social y ambiental. Puede conceptualizarse como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y con sus interlocutores...” (Lizett Zolano Sánchez y otros, 2016, p. 4/5). Antacli (2016: p. 7), expresa que: “Para la Organización Internacional de Empleadores (OIE) son...las iniciativas desarrolladas de manera voluntaria por las empresas, en las que se integran inquietudes tanto sociales como medioambientales para la gestión de sus operaciones y la interacción con sus allegados y que se rige tanto por la competitividad como por la filantropía...El Libro Verde (Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas) de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2001, establece... La responsabilidad social de las empresas es, esencialmente, un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio...El Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible propone una definición...La RSE constituye el compromiso de la empresa de contribuir al desarrollo sostenible, con la participación de sus grupos de interés, a fin de mejorar la calidad de vida de la sociedad en su conjunto”.

concretas, pero sin alcances jurídicos (obligaciones y responsabilidades exigibles / justiciables). En dicho marco de análisis, tras reseñar el contexto teórico y normativo aplicable (centrándonos en lo fundamental en la relación ambiente y derechos humanos y en los lineamientos que rigen la RSC), la idea que subyace a esta ponencia o ensayo implica considerar coherente y necesaria la postulación de aquellos grados de vinculación y complementariedad:

i) entre los objetivos y principios establecidos en los marcos normativos que guían la RSC, fundamentalmente el Pacto Global y normas derivadas, considerando para ello la noción de “debida diligencia”;

ii) con los indicadores positivos (cualitativos, cuantitativos) y las técnicas de operacionalización de los principios, derechos y/o de los estándares de cumplimiento y efectivización propios del cuadro de los instrumentos de derechos humanos (y como tales aquellos que rigen en materia ambiental o que se apliquen —en este caso— a la relación entre los derechos y el ambiente). Ello implica adoptar y desarrollar al efecto un mismo *lenguaje y enfoque de derechos de aplicabilidad* por supuesto con matices pero que resulte articulado de modo coherente en los respectivos ámbitos de actuación (Estado, Empresas, Sociedad). Más allá del necesario —pero complejo— desarrollo involucrado en la materia por parte de la comunidad internacional (por ej. mediante pactos internacionales vinculantes), la idea así perseguida apunta al vínculo entre ciertos parámetros hoy ya receptados (por ej. la debida diligencia) y el coherente desarrollo de criterios negativos y positivos de actuación que en definitiva consagren estándares jurídicos de conducta empresarial (en nuestro caso al menos con alcances en materia ambiental, social y los derechos humanos vinculados). Ello, conlleva discutir, reconocer y aplicar con coherencia (pero también respetando cierta dinámica y equilibrio) un mismo e idéntico marco normativo de exigibilidad y aplicabilidad (a los derechos humanos en general, a la relación de ellos con el ambiente y a los ámbitos de la RSC en particular), lo cual puede postularse con mayor facilidad hoy día a nivel del desarrollo interno del derecho de los Estados (en la praxis administrativa, judicial, institucional en general). Ponderando las relaciones consecuentes y las mayores responsabilidades —compartidas— así generadas entre el Estado y las empresas, según los ámbitos de vinculación, control y actuación, esta visión obra en interés y plena conformidad hacia el respeto y garantía de los derechos humanos en juego, bajo el entendimiento que éstos también conforman y gobiernan el basamento jurídico subyacente de los principios que estructuran la RSC (por ej. los principios del Pacto Global y los Principios Rectores que luego veremos). El recurso a indicadores, a las obligaciones positivas y a las restantes técnicas de operacionalización de los derechos humanos y, a los fines de este ensayo, los de los derechos en su relación con el ambiente, consisten en elementos que pueden (y deben) ser desarrollados por los ordenamientos y pactos internacionales y locales y que —en grados de vinculación ya vigentes!— dentro de la visión postulada, pueden resultar meritados por la justicia al valorar los contenidos, alcances y las responsabilidades de la RSC. Ello implica

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

tomarse los principios y los derechos humanos en serio, cuando se asumen los objetivos y fines –declamados– del ejercicio de la RSC, sin negar a su vez que todo ello es discutible y que presenta matices y grados de ponderación y valoración, distinguiendo efectos en cuanto al Estado y a las corporaciones y empresas. El marco de análisis viene dado por el contexto del Estado Ambiental de Derecho (donde como se ha dicho el Estado social se hace ambiental por la necesidad de satisfacer el derecho fundamental al ambiente), en cuyo mérito y en cuanto al derecho al ambiente cabe recordar que “*se pensó que estábamos ante un DESC de los clásicos, que exigían del Estado actos positivos, obligaciones, prestaciones. A poco de andar nos dimos cuenta que eso no alcanzaba. Este derecho implica para el Estado resguardar un bien jurídico nuevo, de características nóveles, mediante legislación concurrente entre los diversos órdenes jurídicos internos, administración y sobre todo una novedosa materia limitante de los derechos de los particulares que en su ejercicio comprometen el ambiente. De todos modos, será en la etapa final en la que se exigirá de estos derechos no sólo un Estado prestacional, de policía, sino también un Estado que pueda encarar una agenda que se proponga una transformación profunda y radical en el sistema económico global...*”³ En suma, aplicando esta interrelación entre los derechos, el ambiente y la RSC (articulada desde una base jurídica común: no otra que la receptada en el art. 75 inc. 22 CN y las normas típicas del *corpus iuris ambiental internacional*, que la Corte IDH ya tiene presente, como lo veremos), vamos a estudiar lo relativo a los deberes, estándares u obligaciones⁴ negativas y positivas concretas que giran sobre las empresas según los alcances del marco normativo actual y su crítica, teniendo por norte las modalidades antes postuladas (derecho nuevo o interpretación y vinculación de los instrumentos hoy vigentes) en interés de su efectivo desarrollo hacia una mayor “calidad institucional” que resulte implementada en materia de RSC y aplicada, en este caso, a la relación ambiente y derechos humanos. Claro que el foco de conflicto está no tanto en la provocación de riesgos o daños significativos al ambiente –lo cual se encuentra ciertamente mayor-

³ Esain, 2017: p. 9. Más adelante se cita un reciente precedente de la CSJN donde se dispuso: “La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados...” (en “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia v. Santa Cruz, Provincia de y otro s/amparo ambiental” resolución del 26/4/2016).

⁴ En esa línea, cabe citar al artículo 333 de la Constitución Colombiana: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (1991).

mente reglado: ver punto II.1. sino en *las obligaciones e indicadores positivos y de efectivización y gestión del acceso a y del goce de los diversos derechos* implicados en esta interrelación (ambiente, derechos humanos en general y RSC). De allí que no sea un dato menor la posibilidad de que nuevos pactos internacionales y/o nacionales –o en su caso la legislación local– contemplan y precisen (limitando no solo en sentido negativo sino positivo la actividad económica) la inserción de mayores estándares, criterios, objetivos e indicadores concretos y vinculantes, lo cual ciertamente permitirá guiar, mejorar, efectivizar y controlar la contribución y los beneficios aportados –o esperados– por la RSC al logro del desarrollo sostenible. Aun así, creemos (aunque ello es discutido) que bien pueden derivarse de los marcos actuales elementos y estándares no solo negativos sino positivos de valoración (con matices) a considerar por parte de los actores interesados y aplicables en última instancia como modalidades de control por parte de la justicia. Con dicho cuadro en mente, el ensayo se centra en la problemática así conceptualizada entre las obligaciones, indicadores y estándares aplicables a la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos y su (consecuente, compatible, coherente, necesaria) correlación con los principios, contenidos y alcances que ya se prevén respecto de la RSC; postulando en consecuencia que la órbita de la justicia (al menos a nivel interno y en este caso en materia ambiental) tiene allí un novedoso campo de actuación y control.

II. Desarrollo

II.1. El marco ambiental y la relación con los derechos humanos: su recepción legislativa y en los instrumentos internacionales relevantes para nuestro país. Obligaciones y estándares aplicables

En materia ambiental, la Argentina ha aprobado diversas convenciones internacionales de interés (una síntesis puede consultarse en los sitios Wikipedia –marco normativo ambiental argentino– y en normasambientales.com), tales como: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Ley 24.295), el Protocolo de Kyoto (Ley 25.438), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Ley 21.836), el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Ley 23778, Ley 25.389), el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR (Ley 25.841), la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (Ley 24.701), la Convención de Basilea (sobre movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, Ley 23.922 y Ley 24.051), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Ley 24.375), el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Ley 24.216), la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional (Ley 23.919), el Convenio de Viena para protección de la Capa de Ozono (Ley 23.724), el Convenio de Estocolmo sobre POPs (Ley 26.011), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas (Ley 22.344). Asimismo, en sintonía con la Declaración de Río (1992) y con las pautas previstas por el art. 41° de la

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

Constitución Nacional, se han dictado diversas leyes nacionales de interés, con previsión en su caso de los presupuestos mínimos aplicables: Ley 25.675 (Ley General del Ambiente), Ley 25.612 (Presupuestos mínimos de gestión integral de residuos industriales y actividades de servicio), Ley 25.670 (Presupuestos mínimos sobre la gestión y eliminación de los PCBs), Ley 25.688 (Régimen de Gestión Ambiental de Aguas), Ley 25.831 (Régimen de libre acceso a la Información Pública Ambiental), Ley 25.916 (gestión de residuos domiciliarios), Ley 26.331 (Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos), Ley 26.562 (Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema), Ley 26.639 (Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial), Ley 26.815 (Presupuestos Mínimos para el Manejo del Fuego), Ley 27.279 (Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios), Ley 26.093 (Producción y uso sustentable de Biocombustibles). A todo ello cabe agregar, en similar espíritu, la reciente legislación nacional dictada en materia de energías renovables (Ley 27.191, decreto reglamentario y legislación vinculada). En cuanto a los objetivos del presente ensayo, es indudable que la legislación reseñada –que aquí solo nos limitamos a enunciar– guarda relación con la problemática de las obligaciones y estándares exigibles y/o aplicables a la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos, sobre lo cual nos interesa puntualmente y mínimamente abordar sus sentidos genéricos (contenidos, sujetos obligados, etc.) y correlacionarlas luego –en los siguientes capítulos– con los contenidos y alcances de la RSC, fundamentalmente en orden a corroborar a tal efecto las responsabilidades (a título preventivo, protectorio, fiscalizador, controlador... complementario?) del Estado en la materia, junto a las obligaciones y responsabilidades de las empresas, buscando a la vez tornar visible el debate sobre las proyecciones que pueden sugerirse para optimizar los fines buscados (postulados antes en la Introducción). En este punto, por su síntesis de alto valor y pertinencia científica, corresponde estar a la reciente opinión consultiva emitida por la Corte IDH (solicitada por Colombia, OC-23/17). En dicho pronunciamiento se tiene presente en lo principal que los sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo y que otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales que recaen sobre los sujetos obligados –Estados– a efectos del cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de estos derechos (agregando que en la determinación de estas obligaciones estatales cabe hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia –párr. 55–). Con cita de diversas fuentes de aplicación y bajo un concepto de indivisibilidad e interdependencia (que además del ambiente y los derechos humanos⁵ se

⁵ Yendo aún más lejos, se aclara que ello no excluye que “...se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que

extiende a la relación entre el medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos), reconociendo al mismo tiempo la evolución producida en cuanto al reconocimiento de los tres pilares o dimensiones del desarrollo sostenible y su relación con el alcance de los derechos (pilares que son el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental –Johannesburgo, 2002 y la Agenda 2030 del desarrollo sostenible–), entre muchos otros principios y criterios interrelacionados, se especificaron criterios rectores, estándares interpretativos y consecuencias de interés, que fundamentalmente impactan en torno a las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente; de lo cual cabe destacar los párrafos que siguen: “44... que la presente Opinión Consultiva tiene como objeto interpretar el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Existe un extenso corpus iuris de derecho ambiental internacional...”. “47... la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos” (agregando luego en el párrafo 54 que “todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio... el Consejo de Derechos Humanos ha identificado amenazas ambientales que pueden afectar, de manera directa o indirecta, el goce efectivo de derechos humanos concretos, afirmando que i) el tráfico ilícito y la gestión y eliminación inadecuadas de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituyen una amenaza grave para los derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y a la salud; ii) el cambio climático tiene repercusiones muy diversas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y la libre determinación, y iii) la degradación ambiental, la desertificación y el cambio climático mundial están exacerbando la miseria y la desesperación, con consecuencias negativas para la realización del derecho a la alimentación, en particular en los países en desarrollo”).

“49... varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales...”.

“59. El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras... también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como

su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales” (párr. 62).

el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”.

“115... en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos...de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos...derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...”.

“117... en la protección de los derechos humanos, esta obligación de respeto necesariamente comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. Por tanto, los Estados deben abstenerse de (i) cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, el agua y la alimentación adecuada, entre otros, y de (ii) contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación”.

“118. La segunda obligación, la obligación de garantía, implica que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad. En este sentido, la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales...”.

“119... En el marco de la protección del medio ambiente, la responsabilidad internacional del Estado derivada de la conducta de terceros puede resultar de la falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen un daño al medio ambiente...”.

Sintetizando los criterios de interés que surgen de estos y otros párrafos relevantes del pronunciamiento, podríamos puntualizar aquí que:

- a) en el contexto de protección del ambiente y su relación con otros derechos, la obligación de respeto y la de garantía y sus derivaciones (párr. 125 y ss. –considerando la integridad personal y la vida–) son determinantes, donde cabe entender que la obligación de garantizar también implica que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares a ejercer sus derechos (por ej. brindando información o garantizando un con-

tenido mínimo esencial del derecho afectado –párr. 121–). b) Los Estados están obligados a cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana con debida diligencia (asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de conducta o comportamiento, en contraste con las obligaciones de resultado que requieren el logro de un objetivo específico –párr. 123–).

- c) Si bien el principio de prevención en materia ambiental se consagró en el marco de las relaciones interestatales, las obligaciones que impone son similares al deber general de prevenir violaciones de derechos humanos (párr. 133), debiendo los Estados adoptar medidas para prevenir daños significativos al ambiente, donde la obligación de prevención requiere un determinado nivel en los efectos del daño (párr. 137 y ss.). Asimismo, sobre ciertas actividades que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas los Estados están en la obligación de regularlas de manera específica y que dicha regulación incluya mecanismos de supervisión y fiscalización (párr. 141). Existen ciertas obligaciones mínimas (párr. 144/145 y ss.) que los Estados deben adoptar dentro de su obligación general de tomar las medidas apropiadas para prevenir violaciones de los derechos humanos como consecuencia de daños ambientales, entre las que se encuentran los deberes de regular, supervisar y fiscalizar, requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, establecer un plan de contingencia y mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.
- d) La obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, importa protegerlos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas (párr. 152). Como parte de la obligación de prevención, los Estados deben vigilar el cumplimiento y la implementación de su legislación u otras normas relativas a la protección del medio ambiente, así como ejercer alguna forma de control administrativo sobre operadores públicos y privados como, por ejemplo, a través del monitoreo continuo de las actividades de estos operadores (párr. 153).
- e) Los Estados tienen un deber de supervisar y fiscalizar actividades, bajo su jurisdicción, que puedan producir un daño significativo al medio ambiente, desarrollando y poniendo en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, los que no solo deben incluir medidas preventivas, sino también aquellas apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El nivel de intensidad necesario en la supervisión y fiscalización dependerá del nivel de riesgo que entrañe la actividad o conducta (párr. 154).

- f) Sin perjuicio de la obligación de los Estados de supervisar y fiscalizar las actividades que pudieran causar daños significativos al medio ambiente, “la Corte también toma nota que, conforme a los ‘Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos’, las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos” (párr. 155, subrayado propio). En este marco de análisis, resulta que más allá de la obligación estatal de prevención y la obligación derivada de supervisar y fiscalizar las actividades que pudieran causar riesgos o daños significativos al medio ambiente, a partir del mentado y reconocido *deber de las empresas de tener que actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos*, cabe discutir pues la consecuente y coherente necesidad (junto a las modalidades y técnicas de implementación pertinentes) de postular o desarrollar mayores regulaciones y criterios –vinculantes– en este punto y desde el ángulo de las obligaciones positivas a desarrollar, efectivizar y verificar, cuando se correlacionan los derechos humanos y la protección del ambiente. Ello, además, como ya lo adelantamos en el capítulo anterior, ciertamente puede integrar y ampliar el campo de extensión de la actuación de la justicia ambiental (por ej. en base al control de cumplimiento de los indicadores precisos de derechos humanos y en lo particular relacionados con el ambiente que se establezcan o consideren pertinentes –por ej. en el marco de la “debida diligencia”–). Para ello, vamos a ver primeramente cuál es en términos generales el cuerpo normativo desarrollado respecto de la RSC y si este es o no permeable a la incorporación y desarrollo de tales estándares e indicadores positivos de derechos humanos.

II.2. El Pacto Global, los ODS y otros instrumentos de interés.

La debida diligencia

Bien sabemos, en prieta síntesis, que “*las empresas tienen un potencial fundamental para generar desarrollo, empleo, crecimiento económico y con ello reducir la pobreza y la exclusión asegurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación... acontecen problemas o lagunas en los mercados por los que las empresas no siempre están dispuestas a respetar los Derechos Humanos... al producirse despidos masivos, falta de registración, salarios inferiores a los legales, atentados contra la libertad sindical, discriminación de grupos vulnerables... No hay duda de que ello se produce por el libre funcionamiento de los mercados. Ante esta situación, se ejecutaron una serie de iniciativas multilaterales por diferentes organismos internacionales, procurando que las empresas sean una fuente de protección y no de transgresión de los Derechos Humanos*” (Antacli, 2016: p. 1). La idea implicó poner en el centro de la discusión mecanismos de internalización y de rendición de cuentas por parte de las empresas en materia de derechos humanos, actuando con responsabilidad y sentido social. Como nos rememora Giniger (2017), diversos antecedentes fueron configurando la legitimación del rol de las empresas

en los propósitos de la ONU y su participación activa y directa se llega a desplegar al concretarse el Pacto Global (PG), a partir de 1999, el que según lo reconocieron las voces oficiales pasó a ser sinónimo de la RSC. En ese entonces el Secretario General de Naciones Unidas de aquel momento –Kofi Annan–, dio un discurso en el Foro Mundial Económico de Davos, postulando la iniciativa desde un marco ético de valores y principios compartidos entre la ONU y los líderes empresariales (iniciativa que fue reforzada tras la crisis de 2008/2009 por el entonces secretario general de la ONU en el discurso plenario titulado “El Pacto Mundial y la creación de mercados sostenibles”, dado el 29 de enero de 2009 también en Davos). El Pacto Global⁶ básicamente exige compromisos de gestión ética y despliega sentidos éticos desde el bien común (en los documentos se destaca el bien colectivo mundial, que compromete a gobiernos, la sociedad civil y el sector privado y que incluye también la temática del cambio climático, las energías renovables, la inversión responsable, la economía verde, entre otras), como desde la sustentabilidad y la responsabilidad, impactando en lo principal en las áreas de derechos humanos, relaciones laborales, la corrupción y prácticas ambientales.⁷ El PG se liga además al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los de Desarrollo Sostenible (ODS),⁸ re-

⁶ En términos oficiales: “La iniciativa del Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas reúne a empresas con las agencias de la ONU, organismos del trabajo, el sector privado, la sociedad civil y los gobiernos para establecer diez principios universales en las áreas de derechos humanos, condiciones laborales, medioambiente y anticorrupción. Mediante el poder de la acción colectiva, el Pacto Global aspira a difundir estos diez principios en las actividades empresariales y comerciales de todo el mundo y catalizar acciones que brinden respaldo a objetivos más amplios de la ONU. Cuenta con 5.000 grupos de interés en más de 120 países y es la iniciativa de ciudadanía empresarial voluntaria más grande del mundo...” (http://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/ourwork/hiv_aids/overview.html).

⁷ Los principios previstos son: “Derechos humanos 1. Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional. 2. Asegurarse de no ser cómplice en abusos a los derechos humanos. Derechos laborales 3. Respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva. 4. Eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. 5. Abolir de forma efectiva el trabajo infantil. 6. Eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación. Medio ambiente 7. Apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales. 8. Adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental. 9. Fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medioambiente. Anticorrupción 10. Trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno”.

⁸ Ver una buena síntesis en la opinión de A. Pes titulada “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible son el horizonte de la Responsabilidad Social Empresarial”, obrante en www.pactomundial.org. En idéntico orden de ideas y sobre la Red Argentina del PG ver <http://pactoglobal.org.ar/acerca-de-pacto-global>, donde se expresa que se trata de una oportunidad para “Contribuir a generar negocios sostenibles en 5 frentes concretos: a) generación de sensibilización; b) alineación de los modelos de negocios a los ODS; c) promoción de espacios de diálogos de políticas; d) fortalecimiento de los marcos de transparencia y e) capacidades empresariales en temas claves del desarrollo... Las empresas que aspiran a acompañar el crecimiento global de una manera responsable, considerando los intereses de un amplio espectro de grupos interesados: empleados, inversionistas, clientes, grupos sociales, industriales y comunidades... La producción de una estrategia local por parte de las organizaciones, poniendo en movimiento una planificación “de abajo hacia arriba” para que los contextos nacionales sean la clave en la implementación de los ODS: desarrollo de asociaciones y participación en el diálogo sobre políticas públicas”.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

saltándose la necesidad de tratarlos como asuntos locales. El PG prevé un sistema de información (las denominadas comunicaciones sobre el progreso), para reportar los avances producidos por parte de las empresas. El cuadro fue completado con la labor del profesor Ruggie (mediante la elaboración de un marco y de criterios y recomendaciones de implementación en torno a la relación derechos humanos y empresas), tras un proceso que se remonta al año 2005, donde cabe resaltar el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (John Ruggie),⁹ titulado los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’ “. ¹⁰ Como surge de la literatura especializada seguida, los Principios Rectores apuntan a tres objetivos: **a.** Poner de relieve las medidas que los Estados deben adoptar para promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. **b.** Servir de modelo a esas empresas para la implementación de políticas y procedimientos que materialicen ese respeto y reduzcan los riesgos de violaciones. **c.** Brindar a los afectados indicadores a escala global para verificar el respeto de los derechos humanos por parte de aquéllas.

De tal forma, ciertamente ha comenzado a instaurarse la necesidad de identificar y precisar lo relativo a los estándares de la RSC aplicables a su relación a los derechos humanos (con sus impactos en materia de diligencia, información y rendición de cuentas), como asimismo cobra importancia el consecuente rol regulatorio de los Estados, bajo el entendimiento –además– de que no es el único responsable de la

⁹ ONU, Asamblea General, A/HRC/17/31. Aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hacia mediados del año 2011 mediante Resolución 17/4.Doc. ONU A/HRC/RES/17/4. La Asamblea General de la OEA también promueve la aplicación de estos principios (Resolución AG/RES. 2840 XLIV-O/14, titulada “Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial”, aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014).

¹⁰ Ver Rulli y otros, 2012, p. 35: “El Marco de las Naciones Unidas “Proteger, respetar y remediar” está basado en la interrelación de tres principios fundamentales: • El Estado tiene la obligación de proteger a las personas frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Esa protección constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos. • Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. Ese respeto encarna la expectativa social más elemental en relación con las empresas. • Es necesario mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales, pues ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos. Sobre estos pilares se estructura un modelo dinámico que procura proponer a Estados y empresas las mejores prácticas para asegurar la efectividad de los derechos humanos”.

Los avances en la materia fueron teniendo lugar a partir de las discusiones generadas en torno al carácter de las obligaciones que se pretendían imponer sobre las empresas. Un antecedente fue el caso de las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” (UN, 2003, a cargo de un órgano asesor de la entonces Comisión de Derechos Humanos), que buscaba imponer sobre aquellas ciertas obligaciones de protección y promoción de los derechos humanos similares a las que recaen sobre los Estados.

protección de los derechos. Sin embargo, la cuestión dista aún de ser suficientemente clara.¹¹ En tal sentido, hay autores¹² que sostienen (en posición que compartimos) que el marco Ruggie yerra acerca de la naturaleza de las obligaciones de las empresas: se debe exigir a las empresas no sólo que eviten el daño a los derechos fundamentales sino que contribuyan de manera activa a la realización de tales derechos. Todo lo cual importa resaltar ya la importancia del pleno respeto y garantía de los derechos humanos y su obligada protección, los que, como lo adelantamos en la Introducción, conforman (con matices) la base jurídica común interpretativa y el marco de aplicabilidad al que se someten y al cual sirven los principios receptados (ver nota 6) y que se relacionan tanto con el desarrollo sostenible como con el ambiente, quedando involucrado aquél marco –plenamente– con la gestión empresarial. Ello conlleva, entre otras, obligaciones de diligencia y la necesidad de contar con mecanismos de monitoreo y evaluación dinámica, logrando prever adecuadas respuestas de remediación frente a las violaciones de aquellos derechos. A dicho cuadro se suman otras iniciativas, como el caso de las normas ISO 26000, el GRI (Global Reporting Initiative), la SA 8000, entre otras, junto a determinadas directrices.¹³ El marco normativo en examen, como lo reflejan los estudios especializados,¹⁴ es efectivamente proclive al desarrollo de estándares e indicadores de derechos humanos compatibles, coherentes y consecuentes con los principios rectores antes mencionados, lo que en principio se ha venido vinculando al concepto de “debida diligencia” empresarial,¹⁵

¹¹ “El discurso actual sobre los derechos humanos y la democracia permite amplias alianzas y no necesariamente requiere de claridad respecto de lo que constituiría justicia económica y cómo se podría lograr. Por lo tanto, tal discurso a menudo no logra proporcionar una base para la acción de los y las activistas ni constituirse como un llamamiento que aliente a la gente con la esperanza de poner fin a las disparidades... el impacto de la intervención de las empresas en la política pública casi nunca es transparente y por lo tanto, se genera un ambiente en el que no se responsabiliza a las empresas por los impactos sobre los derechos humanos que sus decisiones en materia de política económica producen. La falta de medidas de transparencia y rendición de cuentas contribuye al aumento de la corrupción y la impunidad, lo que, a su vez, debilita la estructura misma de la democracia y los derechos humanos”, J. Love, 2014: p. 111.

¹² Bilchitz, 2010.

¹³ Ver por todos Fabris, artículo citado en la bibliografía. Cabe asimismo destacar aquí las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las empresas multinacionales y La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otras normativas de interés (ver los sitios: www.oecd.org y www.ilo.org, respectivamente).

¹⁴ Obra citada en nota 9, p. 36.

¹⁵ Que involucra identificar y evaluar riesgos relativos a los derechos humanos, prevenir y mitigar efectos negativos y reconocer y abordar los impactos sobre aquellos, lo cual constituye la base de los estándares que se fijan a partir de los mencionados Principios Rectores, ver así entre otros la opinión de G. Zarama, 2017, quien agrega: “...la responsabilidad empresarial abarca todos los derechos humanos...que protegen a las personas y comunidades, incluyendo aquellos relacionados con temas de corrupción, de trabajo, seguridad y medio ambiente... Exigen... que las empresas tengan en cuenta no solo los actuales y posibles impactos sobre derechos humanos de su propia empresa, sino que también los impactos de sus cadenas de suministro y socios comerciales”. En la obra citada en la nota 9, se rememora que: “La necesidad de perfeccionar los procesos de adopción de decisiones empresariales in-

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

a la par del deber de regulación y fiscalización y la tarea preventiva congruente a cargo de los Estados (donde aquí la debida diligencia debe ser puesta, como ya lo reseñamos de la propia labor de la Corte IDH, en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos, lo cual acarrea la responsabilidad estatal). Pero como ya fuera expuesto, actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, prevenir y reparar las consecuencias negativas de sus actividades no constituye más que la expectativa social elemental postulada en relación con las empresas, sostenida a la vez (aunque su ausencia no justifica las violaciones a los derechos) en la instrumentación coherente y congruente de medidas normativas, fiscalizadoras, regulatorias y de promoción pertinentes por parte del Estado. En dicho contexto, la internalización de los derechos humanos se ha enfocado mayormente en la adopción de recomendaciones y la promoción y asunción de “buenas prácticas” según las áreas específicas contempladas, dirigidas a que las empresas actúen eficazmente y con compromiso. La debida diligencia, las evaluaciones de riesgo e impacto, la promoción de la participación pública, la integración de resultados, el monitoreo y la difusión, son todos aspectos que se insertan y promueven en este marco a los fines indicados y dentro de la obligación de respetar los derechos humanos (cuyos contenidos implican en lo principal la abstención, prevención y la reparación, en referencia a la generación de consecuencias negativas sobre aquellos). Se presupone que la elaboración y puesta en práctica de una política en materia de derechos humanos (y las buenas prácticas y recomendaciones adosadas) permite a la empresa obtener beneficios comparativos con sus competidores y forjar una sociedad y mercados sustentables (ventajas directas), así como neutralizar o mitigar riesgos diversos (ventajas indirectas).¹⁶ En ese ámbito, la debida diligencia, pues, comporta deberes de identificación, diagnóstico, conocimiento, operación, prevención, evaluación (de riesgos, impactos), seguimiento, monitoreo, mitigación, difusión y el de rendir cuentas y de responder y reparar, todo en torno a los impactos reales o potenciales involucrados con los derechos humanos –y con énfasis en los efectos negativos–, haciéndolo de modo amplio en todo el espectro de operaciones, productos, servicios y relaciones comerciales de la empresa. En este sentido es que la apertura hacia la aplicabilidad de un enfoque de derechos humanos en la empresa (en la gestión y políticas empresariales) propicia la consideración de herramientas de participación, consulta, reclamación, la capacitación y el diálogo, también herramientas de medición, de evaluaciones y seguimientos (impactos y resultados), de

corporando la variable del impacto sobre los derechos humanos se advierte claramente en la actualidad frente a proyectos de explotación de recursos naturales. Por ejemplo, la Corte Interamericana condiciona la compatibilidad de las concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en tierras de comunidades indígenas con el derecho de propiedad comunal al cumplimiento de requisitos precisos, que incluyen la realización de evaluaciones previas de impacto ambiental y social, formulación de consultas con las comunidades afectadas y en ciertos casos la obtención de su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones. Además se debe prever el reparto de los beneficios entre el inversor y las comunidades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Saramaka v. Surinam*, 2007; *Comunidades Indígenas Ngöbe v. Panamá*, 2010)” (p. 45).

¹⁶ *Op. cit.*, como en nota 9, p. 49.

implementación, el uso de indicadores y técnicas de control, todo junto a la integración de medidas, resultados y políticas consecuentes en la estructura, organización, funciones y actividades empresarias, entre otras. Estas acciones de debida diligencia, pues, ya de por sí involucran ciertas acciones positivas, fundamentalmente en materia de respeto y de reparación en torno a los derechos humanos (evaluación de impactos, integración y actuación sobre los resultados, etc.). Los mayores interrogantes¹⁷ y propuestas a formular, corresponden a las definiciones y acciones que en consecuencia se entienda deben seguirse en nuevas fases de desarrollo de la RSC y en interés de la plena asunción y desarrollo de los compromisos asumidos en materia de DD.HH., haciéndolo en un renovado contexto crítico (por ej. con un mayor grado de vinculación positiva) de aplicabilidad a la relación Empresas y Derechos Humanos: conforme lo cual, por ejemplo, recientemente se han producido avances en nuestro país relativos a los riesgos de corrupción¹⁸ y nada impide que puedan producirse en las restantes áreas implicadas en el PG, con miras a que el Estado pueda –por ejemplo– discutir, diseñar, aplicar y controlar aquellos estándares y herramientas de “debida diligencia”, cuyos contenidos y alcances sean elaborados según las diversas áreas, problemáticas, grupos sociales y responsabilidades en juego y que sean previstos como parámetros de exigibilidad y justiciabilidad en la materia.

La cuestión problemática en la que queremos detenernos aquí, consiste pues –como lo venimos anunciando– en perfeccionar estas iniciativas, de modo tal que excedan la postulación de una serie de propuestas innovadoras y valiosas que se resuman en guías, recomendaciones y herramientas de diseño, gestión e implementación dirigidas a las buenas prácticas empresariales. Más allá de las innegables obligaciones que recaen sobre los Estados (y los criterios, indicadores y técnicas de respeto y garantía, de prevención y fiscalización –entre otras– resguardadas)¹⁹: ¿Es necesario

¹⁷ H. Cantú Rivera se interroga “sobre la factibilidad y posibilidad de que un requerimiento de debida diligencia más cohesivo se desarrolle y, en caso afirmativo, de revisar si este podría ser una herramienta efectiva para la justiciabilidad”, a lo que responde positivamente, en IIDH, 2017, p. 423. Agrega: “Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos han sido criticados en diversos frentes y por distintas razones. Algunas de las críticas han sido dirigidas a la terminología utilizada por Ruggie; otras se han referido a la aparente confusión de conceptos entre los diferentes ámbitos jurídicos, a la falta de un mecanismo internacional de implementación, a la necesidad de medidas más robustas o a la decisión del Representante Especial de no recomendar el desarrollo de un instrumento internacional vinculante sobre derechos humanos y empresas en el futuro próximo” (p. 432). El autor rememora antecedentes de interés de la Corte IDH, tal el caso “Sarayaku”, donde respecto de la debida diligencia (del Estado) se señaló que “incluye la obligación de llevar a cabo consultas y evaluaciones de impacto ambiental y social cuando la salud física, social o cultural y el medio ambiente alrededor de la zona donde un pueblo indígena desarrolla sus actividades pueda estar en peligro. Asimismo, determinó que las evaluaciones deben llevarse a cabo antes del inicio del proyecto, fomentando la consulta y participación del pueblo indígena, y que se deben medir objetivamente los riesgos del proyecto para mitigar su posible impacto”, para luego continuar el análisis de la debida diligencia empresarial a la luz del concepto de la responsabilidad de respetar.

¹⁸ Me refiero a la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria, que “establece que el programa de integridad que definan e implementen las organizaciones, deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad, su dimensión y su capacidad económica”, ver Domenech, 2018.

¹⁹ En los términos de la vista y sintetizada opinión consultiva OC 23/15 de la Corte IDH, párr. 60 y cctes.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

y coherente con dicho cuadro y en este escenario y estadio de evolución alcanzado, prever ya instrumentos y criterios vinculantes que puedan coadyuvar a tornar efectivamente aplicables –en última instancia en términos de mayor exigibilidad y judicialidad– los derechos y relaciones en juego? En tal sentido, podría ser dable postular, yendo aún más lejos, que desde un *lenguaje y enfoque de derechos ya existe la posibilidad de derivar coherentemente criterios de valoración* de similar índole, insertos en las relaciones aplicables al mismo ordenamiento vigente y que pueden dar lugar a mayores desarrollos y exigencias normativas, según los casos y estándares aplicables. Según lo postulamos, el desarrollo de mayores criterios e indicadores positivos de calidad, evaluación y responsabilidad empresarial –en este caso al menos en lo ambiental– puede tener lugar sea desde un enfoque de derechos humanos en general, o de uno más especial aplicado a la relación de derechos y ambiente, pero a todo evento ello resultará materia aplicable a los contornos en formación de la RSC²⁰ en función de los principios del PG (y los vinculados desde los ODM, los ODS, etc.) ya receptados. La percepción y el énfasis puesto en la premisa basal que indica que la actividad empresaria queda (cada vez más) involucrada no solo con la obligación de no dañar y de reparar sino que en su ámbito de actuación tiene la capacidad de promover y potenciar –remoción de obstáculos, creación de condiciones positivas– el desarrollo de las capacidades y libertades de los individuos, es efectivamente el motor del cambio de perspectiva sobre la gestión y la responsabilidad empresarial. En este punto, es innegable que la evaluación (y aplicación de procedimientos de debida diligencia) de impactos ambientales, sociales y en materia de derechos humanos en general son aspectos que van de la mano y despliegan exigencias negativas y positivas para las empresas.²¹

El sistema es perfectible (en mayor medida quizás desde la actuación estatal interna o mediante la elaboración de marcos regulatorios o pactos internos, dadas las dificultades para arribar a pactos internacionales vinculantes en la materia)²² y los pa-

²⁰ Por ej. precisando y “mutando” hacia contenidos de mayor exigencia normativa lo que hoy se indica como un arco de recomendaciones: por ej. en materia de iniciativas de promoción de una mayor responsabilidad ambiental o en cuanto a los elementos de la debida diligencia y la evaluación de riesgos, etc. Rulli y otros, como en nota 9, p. 25, 56 y ss. De algún modo la idea está presente en el siguiente párrafo, al ponderar los ODM: “Las empresas tienen un rol crucial...En la base misma de su deber de respeto a los derechos humanos –y en la interrelación de todas las iniciativas en la materia– está implícito que su contribución más importante pasa por una conducta diaria de cumplimiento de las leyes, detección de riesgos y desarrollo de procedimientos de debida diligencia en materia de derechos humanos. Ello sólo es posible si se toma conciencia sobre el impacto de la cadena de valor con la que se opera y la necesidad de mitigar sus facetas negativas mediante un aumento gradual de acciones positivas destinadas a la comunidad” (p. 27, subrayado propio).

²¹ Nada impide visualizar a las evaluaciones de impacto, a la necesidad de integrar y actuar sobre los resultados, a la adopción de medidas apropiadas (prevenir, mitigar), etc. no solo en referencia a consecuencias lesivas o negativas reales o potenciales detectadas sobre los derechos humanos, sino también en dirección a la realización plena y progresiva de tales derechos en su ámbito de actuación.

²² “...el amplio reconocimiento que han tenido los Principios Rectores, y en particular la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, en adición a la extensa práctica de distintos actores (internacionales y a nivel interno, públicos y privados), sería una indicación de que se estaría ante la pre-

Los subsiguientes deben ser coherentes con la profundización de los fines de respeto y protección de derechos perseguidos. Consideramos, pues, que resulta coherente con estos objetivos y por diversas vías proceder a disponer, reconocer y concretizar las obligaciones y responsabilidades empresariales así involucradas, haciéndolo por el derecho interno de los países –mediante pactos o legislaciones locales–. Ello, sea mediante la formulación de derecho nuevo (pactos locales, leyes, decretos, programas) o yendo aún más lejos, directamente cuando se trate del desarrollo de la tarea de aplicación e interpretación del derecho vigente: por ejemplo al derivar de tal forma justos criterios –más– precisos de valoración y ponderación sobre los contenidos y alcances de la RSC en los casos concretos y que sean fruto del entendimiento de la existencia de grados de vinculación, de complementariedad y de evolución conjunta extraíbles de los distintos instrumentos –soft law o vinculantes– hoy existentes. Hay múltiples niveles y contextos de análisis, actuación y operacionalización de los derechos humanos (siempre dinámicos y en construcción equilibrada) que permiten el consecuente desarrollo de criterios, estándares e indicadores positivos –de debida diligencia empresarial–, pudiendo ello aparejar mayores obligaciones y responsabilidades (exigibles) sobre la gestión de las empresas en sus ámbitos de actuación.

II.3. La RSC y el desarrollo sustentable: relaciones, fundamentos y críticas. La posible regulación y valoración de obligaciones e indicadores positivos vinculantes

Como ya ha sido adelantado, la RSC implica un modo de gestionar éticamente los negocios, que ha sido postulada en un determinado contexto –crítico– con el cual directa o indirectamente se conecta la RSC. Como nos recuerda Giniger (2017), siguiendo a Borón (2009), el cuadro de fondo es el propio de una “crisis civilizatoria”, aduciendo que *“se trata de una crisis integral de un modelo civilizatorio que es insostenible económicamente; políticamente, sin apelar cada vez más a la violencia en contra de los pueblos; insostenible también ecológicamente, dada la destrucción, en algunos casos irreversible, del medio ambiente; e insostenible socialmente, porque degrada la condición humana hasta límites inimaginables y destruye la trama misma de la vida social”*. En tal contexto, la autora analiza el Pacto Global (PG) como una herramienta impulsada por Naciones Unidas, que (siendo parte de una estrategia hegemónica) tiene la intención de hacer confluir actores centrales del concierto mundial (empresas transnacionales, organizaciones internacionales, gubernamentales y no-gubernamentales, sindicatos, movimientos sociales, etc.) en una misma política compleja, con pretensiones totalizadoras, incorporando rei-

sencia de un principio general de derecho internacional... la práctica consecuente de diversos Estados –a través del diseño de políticas públicas en la materia, culminadas o no, y del enfoque en desarrollar normatividad interna para lograr su implementación– podría convertirse en el punto de consolidación sobre lo que constituiría una norma consuetudinaria naciente, además de dotar a los Principios Rectores de una validez jurídica que, a través del procedimiento tradicional de formación del derecho internacional, les sería negada”, Cantú Rivera, “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos”, en IIDH, 2017, p. 65/66.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

vindicaciones arraigadas en las clases subalternas para configurar una pro-puesta que (re)legitime al capitalismo actual (con un rostro humano y ambiental). Determinadas organizaciones y estudios especializados expresan de algún modo esta perspectiva, enunciándola como el compromiso permanente de las empresas para aumentar su competitividad mientras contribuyen activamente al desarrollo sostenible de la sociedad mediante acciones concretas y medibles dirigidas a solucionar los problemas prioritarios del país.²³ Ahora bien, considerando que “*El fracaso de que los Principios Rectores no logren una mayor responsabilización de las empresas en la práctica, a pesar de haber sido incluidos en diversos planes y acuerdos (RUGGIE, 2014); se debe a distintos motivos: tanto la falta de recursos, restitución y reparación para las víctimas, y en particular, la falta de sanción por parte del Estado; como la falta de reconocimiento de las empresas como actores sociales con poder que deben estar sujetos a obligaciones primarias de derechos humanos y no a una buena conducta voluntaria...*”²⁴, entiendo que en este marco, a partir del ya mentado y reconocido deber de las empresas de tener que actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos (derivado de la legislación y pactos vistos en el punto 2 anterior y asumido por la Corte IDH en el precedente visto en el punto 1) y sumadas las conclusiones expuestas en el punto II.2. anterior, cabe discutir pues la consecuente y coherente necesidad (junto a las modalidades y técnicas de implementación pertinentes) de postular o reconocer mayores precisiones y regulaciones –vinculantes: internacionales o internas– en este punto. Según lo entendemos, yendo aún más lejos, cabe considerar que *ya existe la posibilidad de derivar justos y coherentes criterios de valoración y herramientas de “debida diligencia” fruto del entendimiento de un necesario grado de vinculación y complementariedad y evolución conjunta*, derivados del propio ordenamiento vigente enunciado en el punto anterior y/o de sus relaciones con otros ordenamientos vinculantes y sus principios tutelados.²⁵ Conforme lo cual la debida diligencia que debe seguirse en

²³ Lizett Zolano Sánchez, 2016, p. 15.

²⁴ Love, 2014: p. 113. Quien hace mención de los esfuerzos por la adopción de un tratado internacional vinculante que permita responsabilizar a las empresas por las violaciones de derechos humanos a nivel internacional, citando la “Human Rights Council. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (UN Doc. A/HRC/26/L.22/Rev.1, 26th Session)”. Ver al respecto los diversos estudios obrantes en IIDH, 2017.

²⁵ “...los órganos convencionales contribuyen a reafirmar el impacto que dicho instrumento ha tenido en el sistema universal de los derechos humanos, a pesar de su carácter formalmente inferior al de los instrumentos que guían su actividad. De la misma manera la interpretación de las obligaciones convencionales de los Estados a la luz de los Principios Rectores les han permitido avanzar en la configuración de nuevas nociones o tendencias jurídicas, como la ya descrita obligación extraterritorial de protección frente a los impactos en el extranjero de las empresas registradas en el territorio o jurisdicción de un país, o bien en la relevancia de acompañar las políticas públicas en la materia de un marco jurídico apropiado y robusto que permita determinar la responsabilidad jurídica de las empresas por sus impactos en los derechos humanos... Algunos aspectos, como la evaluación de impacto en derechos humanos, o incluso la debida diligencia empresarial, complementan los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que su implementación como requisitos obligatorios en los marcos jurídicos internos permitiría a priori consolidar las responsabilidades y obligaciones tanto de los Estados como de los actores económicos que participan en los proyectos de desarrollo, definiendo

materia de respeto a los derechos humanos adquiere un valor instrumental y estratégico que habilita su constante desarrollo en los ordenamientos y marcos jurídicos internos (respondiendo –al decir de Surya Deva– en cada órbita nacional a las condiciones políticas, jurídicas, sociales, económicas y culturales propias del contexto local y a cada sector social involucrado) y en última instancia en la praxis jurisprudencial e institucional generalizada (administrativa, licitaciones, procedimientos, contratos, etc.), todo de modo dinámico y progresivo y como motor que impulsa el desarrollo jurídico en la materia hacia los próximos pasos a consagrar (por ej. hacia un tratado internacional vinculante). Ello, independientemente de los futuros desarrollos que podrán tener lugar en el contexto del derecho internacional. No podemos negar, eso sí, que el desarrollo del derecho internacional ha puesto siempre de resalto que la legislación nacional y los tribunales locales no son adecuados y deben ser complementados con instrumentos internacionales. No obstante, como lo hemos visto, se encuentra en juego en primer lugar el desarrollo responsable (debida diligencia estatal) de suficientes iniciativas nacionales (políticas públicas, legislación, regulaciones, programas, etc.) de implementación (por ej. vía los Principios Rectores y sus relaciones con los estándares convencionales de fuentes vinculantes) de la consecuente responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y por ende fuerza el consecuente desarrollo normativo de los elementos que conforman, según los casos, la debida diligencia empresarial. Conforme lo hemos podido reseñar en el punto II.1, a la luz del sistema vigente (derecho internacional de los derechos humanos), el principio básico aplicable en la materia indica que los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos frente a violaciones cometidas por terceros. En tal sentido, la observancia de tal obligación despliega un abanico de medidas de cumplimiento posibles, como el caso de exigir que ciertas empresas adopten también medidas y procedimientos de debida diligencia según cada ámbito específico de actuación o de relación y operación comercial, financiera o de otra índole (para evaluar, detectar, prevenir, mitigar, resarcir, etc. violaciones de derechos humanos), teniendo en cuenta también sujetos, grupos vulnerables y temáticas específicas. La debida diligencia del Estado, pues, se traduce en el control de la debida diligencia de la empresa, como una manera de concretizar y hacer efectiva la (genérica) responsabilidad postulada de respetar todos los derechos humanos. De este modo, más allá de adoptar normativas (como recientemente ha ocurrido en nuestro país: Ley 27.401) que comprometan a las empresas (personas jurídicas privadas) con planes de integridad, supervisión y control (incluso como condición para ser contratista del Estado) y que las responsa-

de manera específica las expectativas en torno a su comportamiento y procedimientos y las posibles responsabilidades jurídicas y sanciones en que podrían incurrir en caso de incumplimiento... es necesario que los Estados establezcan los marcos jurídicos y políticos adecuados para que las empresas cumplan con su responsabilidad. A través de dicha acción, los Estados no dejarían al arbitrio de aquellas empresas bien intencionadas el respeto a los derechos humanos, sino que lo convertirían en una obligación jurídica que podría conllevar consecuencias legales en caso de incumplimiento”, Cantú Rivera, “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos”, en IIDH, 2017, pp. 54/55, pp. 70/71, p. 77 (subrayado propio).

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

bilicen por conductas ilícitas —que directa o indirectamente conforman graves violaciones a los derechos humanos y a bienes jurídicos relevantes—, pueden asimismo desplegarse y exigirse criterios negativos y positivos —y de control— de la actuación empresarial (debida diligencia), mediante técnicas y herramientas de participación, consulta, reclamación, a través de la capacitación y el diálogo, también aplicando (incluso con apertura a la participación de terceros) herramientas de medición, de evaluación, monitoreo y seguimiento (impactos y resultados) y de implementación, sumado el uso de indicadores y técnicas de gestión y control, todo junto a la integración de medidas, resultados y políticas consecuentes en la estructura, organización, funciones y actividades empresarias y bajo el estándar de rendir cuentas con suficiencia de todo ello y de responder en consecuencia (debiendo contarse además con recursos efectivos al respecto). Asimismo, en tanto —a los fines de este ensayo— pueden estar en juego criterios y principios comunes de aplicabilidad²⁶ de los derechos humanos en su relación con el derecho al ambiente (siguiendo la lógica trazada por la OC ya vista de la Corte IDH), debemos reconocer que ellos *ya están sujetos a técnicas de operacionalización similar a las aplicables a los restantes derechos humanos en juego* (arts. 41°, 42°, 75 inc. 22 CN). Por ende, cabe reiterar, es dable postular que de este cuadro *ya pueden desarrollarse y derivarse dinámicamente* —en su caso y con los matices respectivos— mayores obligaciones positivas, criterios y responsabilidades para las empresas que se encuentran bajo el marco normativo sintetizado en el punto anterior, en función de que resulta plenamente coherente su aplicación y en ese contexto de la CN y del *corpus iuris ambiental internacional* relevante, que deviene a la vez plenamente conteste con el desarrollo sostenible, con los amplios alcances valorados en el precedente citado de la Corte IDH. Al mismo tiempo, que el tribunal interamericano haya receptado jurisprudencialmente estos principios²⁷ no es pues un dato menor, ya que lo hace dentro de un mismo marco de protección, respeto y garantía de los derechos humanos. Es

²⁶ Los Estados y las empresas tienen a su cargo desarrollar la debida diligencia para identificar los riesgos reales o potenciales y actuar para prevenirlos: “El Estado, por ejemplo, debe ejercer la debida diligencia para prevenir violaciones a derechos humanos en su jurisdicción, independientemente de su fuente, lo que le impone un doble requisito enfocado específicamente en la prevención, pero que también da origen a un deber de reparación si esta no es exitosa. Bajo los Principios Rectores encontramos el mismo enfoque: su ejercicio incluye un proceso continuo de gestión (y por tanto, un deber de cuidado que puede dar pie a obligaciones jurídicas) para que las empresas respeten los derechos humanos... el contenido de la debida diligencia es similar para el Estado y para las empresas en vista de que se basa en una expectativa de que ambos entes desarrollarán sus deberes con suficiente cuidado para evitar una violación de una obligación o responsabilidad... existen algunas diferencias importantes en la forma en que ambos actores efectúan este ejercicio en relación con los derechos humanos, que derivan principalmente de la base de la obligación o responsabilidad de llevar a cabo la debida diligencia y de su temporalidad...”, Cantú Rivera, “Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones”, en IIDH, 2017, p. 435.

²⁷ Además del caso que hemos tratado en el punto 1, cabe tener presente que la doctrina refiere el caso de la Corte IDH “Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, §§222-226” y agrega: “El hecho de que los Principios Rectores ya hayan sido citados por la Corte influye directamente en la cristalización de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos”, Cantú Rivera, *op. cit.*, nota anterior, p. 440.

que el marco de fondo aplicable, como lo venimos sosteniendo en el ensayo, no es otro que el de los instrumentos de derechos humanos (arts. 41° y 75 inc. 22 CN) y por ende aquellos criterios y técnicas aplicables a las relaciones entre derechos humanos y el ambiente sin duda alguna por su carácter de normas (ver punto 1) con jerarquía constitucional (o en su caso supra-legal) por supuesto que han de ser desarrollados y aplicados en toda su extensión²⁸ cuando se entrecruzan o actúan en consonancia con los principios rectores de la RSC. Nada justifica un recorte a la plena exigibilidad y justiciabilidad de los criterios y estándares derivados que sean fruto de los necesarios grados de vinculación y complementariedad normativa antes resaltados, máxime una vez que el respeto y la protección de los derechos humanos ha sido asumido y sobre todo al ser declarada la integración por parte de las empresas a sus actividades. Esta visión de coherencia en la aplicación (en toda su extensión y en este caso a las esferas de actuación de la RSC) y operacionalización de los marcos y principios propios de los derechos humanos, ciertamente coadyuva a tornar efectivamente aplicables –y en última instancia en términos de mayor exigibilidad y judiciabilidad– los derechos, relaciones y garantías en juego. Los criterios e indicadores positivos de calidad y evaluación ambiental que así resultaran postulados, devienen legítimos al respecto y pueden actuar como parámetros –jerárquicos, aunque flexibles– de control y aplicabilidad. Me refiero a ello siempre desde el ángulo de las obligaciones a desarrollar, realizar, verificar y controlar, cuando estas resultan derivadas de un modo coherente y razonable de los principios rectores integrantes de los compromisos asumidos por las empresas adheridas al PG (siempre dentro de una dinámica equilibrada pero protectoria y conforme a un lenguaje y a una lógica de derechos apropiada a las relaciones entre derechos). Este cuadro conforma un espacio normativo que integra y amplía el campo de actuación de la justicia y en este caso en materia ambiental (por ej. en base al control de cumplimiento de indicadores y estándares precisos de derechos humanos y en lo particular relativos a la relación con el ambiente, lo que se agrava particularmente en el contexto latinoamericano)²⁹. Ello ciertamente puede ir mucho más allá

²⁸ “Es vital reafirmar la importancia de los derechos humanos y su primacía normativa sobre otras ramas del derecho...Las empresas deben respetar las normas de derechos humanos como una precondition imperativa para hacer negocios, en vez de emplearlos como un elemento del discurso del ‘interés empresarial’ en ellos. De manera similar, al entrar en conflicto las normas de derechos humanos y las de comercio o inversión a nivel nacional, regional o internacional, las primeras deberían prevalecer...”, Surya Deva en “Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir”, en *op. cit.*, en la nota anterior, p. 28 y ss., quien en criterio que compartimos exige además en esta materia demostrar una adecuada sensibilidad, adoptando un ‘enfoque específico’ que asuma tanto los sufrimientos particulares como las necesidades de reparación de cada sector vulnerable de la sociedad.

²⁹ “Más allá de los impactos sobre los pueblos indígenas, las industrias extractivas también tienen impactos importantes en las comunidades que habitan cerca de los sitios de operación, notablemente en los derechos económicos y sociales de dichos grupos. Así, el acceso al agua o a fuentes de alimentación pueden verse limitados o impedidos, los daños ambientales pueden acrecentarse, y la salud de los habitantes puede verse comprometida como resultado de la actividad minera, petrolífera o de extracción de gas. Otros derechos relativos al trabajo, la vivienda, la educación o la seguridad social, también pueden ser directamente afectados como resultado de las actividades empresariales en el marco de proyectos de

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

de la obligación de aportar información cuantificable y comparable, sin desconocer por supuesto el valor de las medidas alcanzadas en este punto (por ej. informes anuales, corporativos, informes sociales y medio ambientales, el GRI, los balances sociales, las comunicaciones sobre el progreso, etc.). La incorporación de un enfoque de derechos a las actividades empresariales no parece guardar una justa recepción desde un camino de mera asunción voluntaria y discrecional de las empresas. Bien sabido es que (según los casos) ello resulta finalmente dirigido a favorecer ventajas y oportunidades para las empresas (inversión, financiamiento, acceso a beneficios promocionales, etc.), concretando objetivos de reconocimiento social y prestigio, entre otros de similar índole que impactan en los consumidores, en el acceso a mercados, en la confianza en los grupos de interés, entre otros. Pero, cuando visualizamos a estas iniciativas e instrumentos más allá de los supuestos de autorregulación o autolimitación corporativa, es consecuente con ello exigir concretos estándares, indicadores y obligaciones positivas que recaigan sobre la conducta empresarial (lo que ciertamente resulta coherente con el enfoque de derechos —y sus técnicas de operacionalización, en principio dirigidas al Estado, aunque ello no impide que en este marco de análisis también lo sean a las empresas, como ya ha sido visto—, todo de modo conforme a los instrumentos y compromisos elaborados por la comunidad internacional y asumidos por los respectivos Estados, en nuestro caso con jerarquía constitucional). En este sentido, *la intensificación de la exigibilidad y el requerimiento de cumplimiento —en un sentido más vinculante— de ciertos indicadores y estándares positivos de actuación que impactan sobre los contenidos y los alcances de la RSC, traduce la idea que al fin de cuentas ésta no ha de quedar sujeta a la apreciación discrecional o voluntarista* (más allá de las buenas y loables intenciones que puedan hallarse) de las empresas, sea tanto respecto del justo equilibrio entre sus objetivos económicos, financieros y de desarrollo y el impacto o la contribución social y ambiental (y al bienestar general) de sus actividades, como lo mismo en lo relativo a la aplicación de las directrices, estándares, guías y principios rectores propuestos a ser alcanzados por la RSC. Por lo mismo, esta visión entiende que lo que está en juego va más allá del compromiso de llevar a cabo buenas prácticas corporativas. En suma, se trata al menos de alcanzar la exigibilidad de indicadores y estándares de calidad y evaluación ambiental, social y en materia de derechos humanos vinculados, sobre los cuales se espera de las empresas no solo que los conozcan y operen, sino que deban responder por ellos (y que en última instancia se articulen a modo de técnicas de control aplicadas por parte de la justicia), dado que integran el “arsenal” institucional,

desarrollo o de extracción de recursos naturales. Ante esta situación, el respeto por los Estados de los distintos estándares interamericanos desarrollados por vía jurisprudencial se vuelve una imperiosa necesidad, a fin de salvaguardar los derechos y prerrogativas de las personas que están bajo su jurisdicción. Aspectos como la consulta previa, libre e informada y el consentimiento en el marco de proyectos de desarrollo que afecten a pueblos indígenas, el respeto de los derechos de propiedad colectiva, o incluso el desarrollo de las actividades previas al inicio de un proyecto con la adecuada implementación de los estándares de debida diligencia y de evaluación de impacto en materia ambiental y social, se ven acompañados por los desarrollos generados por los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos...”, Cantú Rivera, *op. cit.*, en nota 24, p. 70.

normativo y conceptual de los derechos humanos (con todas sus consecuencias en términos de exigibilidad y justiciabilidad, que se extienden a la RSC del modo y con los matices ya vistos). La promoción de una agenda (internacional, nacional, subnacional), fruto de una deliberación y un accionar social comprometido con estos objetivos y con la asunción y el establecimiento de nuevos retos y desafíos (empresariales y sociales), conlleva mayores obligaciones en la materia y en suma pone de resalto un proceso dirigido a articular los sectores públicos y privados, entendido como un paso fundamental para alcanzar el desarrollo humano y social de las personas y los pueblos. Dentro de la tríada Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, en sus renovados alcances, “...*Los derechos humanos son una constante manifestación diaria de relaciones entre personas y entre personas e instituciones del Estado que interactúan a partir de ciertas reglas de respeto mutuo, pero también de interrelaciones con otras entidades NO ESTATALES, que es donde incursiona cada vez más la RSE, en el ámbito de lo que se ha dado a conocer como ‘empresas socialmente responsables’...*”,³⁰ poniendo el acento en la importancia de “...*construir un concepto de derechos humanos más integral... debe ampliarse el enfoque allende al Estado, para involucrar la interrelación y corresponsabilidad de otros actores en la construcción de encadenamientos públicos y privados para sumar esfuerzos en la formulación de políticas públicas y privadas que materialicen verdaderos proyectos de vida individuales y colectivos*”. El marco normativo de aplicabilidad que guía la RSC en función de los criterios y principios rectores ya vistos, de algún modo permite ya profundizar este desenvolvimiento. Las obligaciones positivas adosadas se dirigen a la obtención de la “calidad de vida”, lo cual bajo un enfoque de derechos conlleva el aseguramiento de un mínimo de condiciones de satisfacción de necesidades básicas y en nuestro caso en materia ambiental (relación ambiente y derechos humanos). Como lo resalta la doctrina seguida, ello no solamente hoy día es una materia propia de la responsabilidad del Estado. Las obligaciones aplicables en materia de ambiente y su relación con los derechos respectivos (como lo vimos en el punto II.1) son indudablemente obligaciones de derechos humanos y el Estado como tal no puede tolerar, ni permitir acciones lesivas, por lo mismo dejar de prevenir todo daño o fiscalizar su pleno cumplimiento.³¹ Como lo reconoce allí el

³⁰ Rodríguez Rescia, 2014: quien expresa que “...el papel de la empresa también ha ido evolucionando hacia la democratización de los factores de producción para dar mayor cabida y participación a los trabajadores de múltiples maneras. Una de ellas es el encadenamiento de procesos productivos, de servicios y del impacto en el desarrollo nacional y comunitario. Mientras que empresas tradicionales cumplían antes con unos mínimos para su funcionamiento, su aporte corriente al desarrollo –además de la cuota de empleo–, implicaba cumplir con sus responsabilidades y deberes en el pago de impuestos, patentes y demás requerimientos para su funcionamiento. Más allá de eso, no se preveía un valor agregado como el que muestra ahora el sector empresarial, el cual ha ido evolucionando para asumir otros retos y desafíos empresariales y sociales...de acuerdo con el Consejo Mundial Empresarial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD), la responsabilidad empresarial para el desarrollo...es el compromiso del negocio de contribuir al desarrollo económico sostenible, trabajando con empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida...”.

³¹ En esta línea: “...ya sea por acción, o en este tipo de casos, por omisión, los Estados tienen el deber de regular las actividades de todos aquéllos que se encuentren bajo su jurisdicción, incluyendo a las sociedades comerciales. Por tanto, al no cumplir con su deber de proteger a los individuos de los actos

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

autor citado, lo dicho presupone (como es aún de práctica) que “*únicamente los Estados tienen responsabilidad jurídica por violaciones de derechos humanos, y que la actuación de los actores privados, en todo caso, generará una responsabilidad del Estado por no regular y fiscalizar adecuadamente a las personas privadas que actúan bajo su jurisdicción. El debate jurídico en torno a la personalidad –y con ello, la probable responsabilidad– de actores no estatales continúa...*”. El autor indicado entiende además que frente a las dificultades que presentan las jurisdicciones nacionales para regular adecuadamente o para enjuiciar a las empresas por sus acciones en perjuicio de los derechos humanos (y siendo que los mecanismos regionales de derechos humanos no señalan como responsable directos a las empresas), los tribunales de arbitraje podrían llegar a convertirse en una posible vía para dirimir tales situaciones –involucrando así la responsabilidad corporativa–; aunque suelen limitarse a cuestiones de inversiones; lo cual no obstante podría importar un avance en tanto primen las razones dadas por los Estados en sustento de su derecho de regulación interna en tutela de los derechos humanos.³² De tal forma, las opciones posibles para efectivizar en mayor grado las responsabilidades por violaciones a los derechos humanos y para afianzar el control o las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones derivadas, pueden y deben alcanzar mayor desarrollo por la vía de pactos internacionales o locales acordes y vinculantes, como también mediante la legislación nacional y sub-nacional que en este marco se determine como aplicable (por ej. una Ley Nacional de Responsabilidad Social Empresaria, ajustada a un enfoque de derechos, plasmando deberes de diligencia conectados con estándares negativos y positivos de actuación, según cada temática específica en juego).

Conclusiones

1. La progresiva adopción de un enfoque de derechos aplicado a la gestión empresarial ciertamente recepta las demandas de consideración e incorporación de factores éticos, sociales, culturales, laborales y ambientales a los procesos productivos, comerciales y financieros de las empresas, relacionados desde el inicio con la eficacia del propio accionar empresarial en la consecución de sus objetivos y de modo acorde a las exigencias contemporáneas. A resultas de nuestro análisis, consideramos pues que resulta coherente con los nuevos objetivos trazados –sobre todo en materia de desarrollo sostenible y en la tutela del ambiente y su relación con los derechos humanos–, que por diversas vías se proceda a reconocer, desarrollar y concretizar un

nocivos de dichas personas morales, cometen asimismo una falta a su responsabilidad internacional de protección de los derechos humanos, por su ineficaz garantía para prevenir dichas transgresiones...” (Cantú Rivera, 2013: p. 343).

³² Aduciendo que: “... podríamos encontrarnos ante la posibilidad de desarrollo de una nueva herramienta jurídica que podría resultar más eficaz para controlar –o al menos garantizar una reparación económica a favor de las víctimas y/o del Estado– a las corporaciones transnacionales que hayan sido consideradas culpables de infringir los derechos humanos en un Estado determinado, y con ello, el Estado de derecho, al cual necesariamente deben contribuir en tanto que sujetos bajo la jurisdicción de tal país” (idem, p. 346).

renovado plexo de obligaciones y responsabilidades empresariales involucradas con la protección de los derechos humanos (y en nuestro caso en la relación ambiente y derechos humanos), haciéndolo por el derecho interno de los países —mediante pactos o legislaciones locales—. Ello, sea mediante la formulación de derecho nuevo (pactos locales, leyes, decretos, programas) o yendo aún más lejos, directamente cuando se trate del desarrollo de la tarea de aplicación e interpretación del derecho vigente: por ejemplo al derivar de tal forma justos criterios —más— precisos de valoración y ponderación sobre los contenidos y alcances de la debida diligencia aplicable a la RSC en los casos concretos y que sean *fruto del entendimiento de la existencia de grados de vinculación, de complementariedad y de evolución conjunta extraíbles de los distintos instrumentos —soft law o vinculantes—* hoy existentes.

2. El concepto de “debida diligencia” que ha sido aplicado en la materia, involucra en lo principal identificar y evaluar riesgos relativos a los derechos humanos, prevenir y mitigar efectos negativos y reconocer y abordar los impactos sobre aquellos, de conformidad a los estándares, recomendaciones y criterios que de modo especializado se fijan a partir de los anteriormente mencionados “Principios Rectores”. En este punto, es innegable que la evaluación (y aplicación de procedimientos de debida diligencia) de impactos ambientales, sociales y en materia de derechos humanos en general son aspectos que van de la mano y despliegan exigencias negativas y positivas para las empresas, que conectan con los objetivos indicados en el párrafo anterior. Hay en juego al respecto múltiples niveles y relaciones de análisis, actuación y operacionalización de los derechos humanos (siempre dinámicos y en construcción equilibrada, aunque desde un *lenguaje y enfoque de derechos* las opciones no se condicen con un marco de actuación voluntarista y discrecional o limitado a la promoción de buenas prácticas sin consecuencias jurídicas a postular, ponderar y tutelar). En consecuencia, nada impide el desarrollo de criterios, estándares e indicadores positivos —de debida diligencia— que con los matices del caso acrecienten mayores obligaciones y responsabilidades sobre la gestión de las empresas en sus ámbitos de actuación y en referencia a aquellos derechos y sobre todo en la relación ambiente y derechos, de modo acorde a las obligaciones y responsabilidades referidas por la Corte IDH en la opinión consultiva que hemos reseñado en el ensayo.

3. Los procedimientos de debida diligencia pueden abarcar aspectos negativos y positivos: las evaluaciones de impacto, la necesidad de integrar y actuar sobre los resultados, la adopción de medidas apropiadas (prevenir, mitigar) no solo sobre consecuencias lesivas o negativas reales o potenciales detectadas sobre los derechos humanos, sino también en cuanto a la realización plena y progresiva de tales derechos en su ámbito de actuación.

4. Ir más allá de la hipótesis de autorregulación corporativa y de desarrollo de “buenas prácticas”, conlleva el progresivo reconocimiento de concretos estándares de conducta empresarial dirigidos a que éstas conozcan, operen y respondan —en forma cada vez más vinculante— por aquellos estándares, que de tal modo han de ser

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

idealmente aplicados (con matices) de modo coherente con los que fueran sostenidos y desarrollados en materia de derechos humanos por la comunidad internacional y asumidos por los respectivos Estados, existiendo al respecto un plexo de obligaciones diversificadas en materia de cumplimiento de los derechos humanos que en materia ambiental han sido precisadas por la Corte IDH en el precedente antes reseñado, reconociendo el deber de las empresas de tener que actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos. Para ello entran en juego criterios y principios de aplicabilidad de los derechos humanos en su relación con el derecho al ambiente y a la RSC, que desde un enfoque y una lógica de derechos (de base común) *ya están sujetos dinámicamente a técnicas de operacionalización similar a las aplicables a los restantes derechos humanos en consideración* (arts. 41°, 42°, 75 inc. 22 CN), por lo que cabe postular que de este cuadro pueden regularse o en su caso derivarse mayores obligaciones positivas y responsabilidades de debida diligencia para las empresas, sin que ello quite el análisis de la debida diligencia estatal. Se pretende así un justo y equilibrado desarrollo y una coherente aplicación, en el contexto de la CN y del *corpus iuris* ambiental internacional vigente y plenamente conteste con el desarrollo sostenible, de aquellas obligaciones, con matices según cada ámbito específico de actuación y discriminando correctamente las responsabilidades estatales y las empresariales. Esta visión de coherencia en la aplicación (en toda su extensión y en este caso a las esferas de actuación de la RSC) y en la operacionalización (dinámica, equilibrada) de los marcos y principios propios de los derechos humanos, ciertamente coadyuva a tornar efectivamente aplicables –y en última instancia lo hace en términos de mayor exigibilidad y judiciabilidad– los derechos, relaciones y garantías en juego.

5. Los criterios e indicadores positivos de calidad, evaluación y responsabilidad ambiental que así resulten razonable y legítimamente regulados (derecho nuevo) o derivados de las fuentes existentes, pueden resultar aplicables al respecto, en orden a la justa determinación de los contenidos y alcances de la RSC. Las obligaciones de debida diligencia a desarrollar, realizar, verificar y controlar, derivadas de un modo coherente de los principios rectores y de sus relaciones con los estándares convencionales vinculantes (dentro de un mismo concepto común de protección, respeto y garantía de los derechos), acrecientan los compromisos asumidos por las empresas adheridas al PG y motorizan el desarrollo del derecho local e internacional en la materia (siempre dentro de una dinámica equilibrada y con matices, pero articulada de modo protectorio y conforme a la aplicabilidad, discusión y desarrollo de un marco, un enfoque, un lenguaje y una lógica apropiada a las relaciones entre derechos humanos).

6. En función de los debates, marcos normativos y propuestas críticas que hemos sintetizado en el ensayo, podemos observar que las responsabilidades que recaen en torno a la protección y al efectivo respeto –y garantía– de los derechos humanos vinculadas a los contenidos y alcances de la RSC, no pueden ser circunscriptas úni-

camente al plano de actuación y de responsabilidad Estatal. Está en juego, a su vez, el desarrollo de una renovada legalidad e institucionalidad (internacional y local) que recepte en mayor grado estos fenómenos sociales, económicos y políticos y efective las renovadas exigencias en examen, previendo sus mecanismos institucionales protectorios acordes y promoviendo las relaciones adecuadas de participación y control dirigidas a un mayor reconocimiento y efectivización de los derechos en el plano de los abusos del capitalismo global y/o reconociendo las incidencias negativas y positivas que las empresas mantienen con los mismos objetivos protectorios y con la calidad de vida. En este sentido, la integración en dicho cuadro del ámbito privado (bajo claros entrecruzamientos con lo público) concretada bajo la asunción de mayores obligaciones y compromisos (positivas y de garantía) en torno a los contenidos y alcances de la RSC, se constituye en un factor característico de las nuevas visiones (más abarcativas) contemporáneas, que localizan la cuestión del “desarrollo sostenible” como una tarea necesariamente multidimensional y donde, como lo hemos visto, se complementan la debida diligencia estatal y la de las empresas. Este cuadro ciertamente conforma un espacio normativo que integra y amplía el campo de actuación institucional estatal en general y como tal el de la justicia (por ej. en base al control de cumplimiento de indicadores y criterios más precisos de efectivización de derechos humanos y en lo particular relativos a su relación con el ambiente, dentro del marco de las citadas obligaciones de respeto y garantía).

Bibliografía

- ACNUDH, *Construcción de indicadores de derechos humanos: experiencias regionales*; México, 2013, obrante en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf. y del mismo sitio “Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación”, New York - Ginebra, 2012.
- Antacli, Graciela C., *Los derechos humanos y la responsabilidad social empresarial: dos conceptos complementarios*, AP/DOC/975/2016.
- Bilchitz, David, “El marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?”, Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 7, n° 12, junio de 2010.
- Borón, Atilio, *De la guerra infinita a la crisis infinita*, XI Encuentro Internacional de Economistas sobre Globalización y Problemas del Desarrollo, La Habana, Cuba 2-6 de marzo de 2009 (obrante en <http://www.formacion.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2013/06/De-la-guerra-infinita-a-la-crisis-infinita.pdf>).
- Cantú Rivera, Humberto Fernando, *Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, 2013, pp. 313-354.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

- Domenech, María Mercedes, *Análisis periódico de riesgos de compliance y su impacto en un programa de integridad dinámico*, Publicado en: Sup. Esp. Compliance 2018 (mayo), 18/05/2018, 267. Cita Online: AR/DOC/1042/2018
- Esain, José Alberto, *El estado ambiental de derecho*, AP/DOC/280/2017.
- Fabris, Lorena L., *La Responsabilidad Social Empresaria y la Ley 2594 de la Ciudad de Buenos Aires*, Artículo publicado en Erreius.com.
- Flax, Javier, *Las limitaciones del Pacto Global: hacia una auténtica responsabilidad cívica corporativa*, UCES, Revista Científica Vol. XII N° 1 - Otoño 2008—.
- Giniger, Nuria Inés, “El Pacto Global como respuesta a la crisis”, en Revista Relaciones Internacionales, n° 53/17, Instituto de Relaciones Internacionales, UNLP, Bs. As., 2017, Secc. Estudios, p. 87/107.
- IIDH (AAVV), *Derechos Humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, IIDH, San José C.R., 2017, en los artículos citados de H. Cantú Rivera y artículo de Surya Deva.
- INDH, “Seminario internacional indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (desc) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad”, Chile, 2013.
- Lizett Zolano Sánchez María y otros, “Responsabilidad social empresarial (rse) en las pyme’s”, *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, año 9 núm. 23, julio-diciembre 2016, obrante en <http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>.
- Love, Janet, “¿Estamos despolitizando el poder económico?: la irresponsabilidad empresarial deliberada y la respuesta burocrática de los defensores de derechos humanos”, *REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS*, SUR, 20, 2014, pp. 109-117, obrante en www.conectas.org/es/acciones/es-revista-sur.
- Restrepo, Carlos Alberto Muñoz “Teorías, usuarios e informes de responsabilidad social corporativa. Una revisión desde la construcción histórica del Estado”, *Revista Argentina de Investigación en Negocios (R.A.I.N.)*, Vol. 3, N° 1, Bs. As., mayo 2017.
- Rodríguez Rescía, Víctor “Responsabilidad social empresarial y derechos humanos: un nuevo paradigma de corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Empresarial*, Costa Rica, San José, N° 1, febrero 2014, pp. 9-18, en www.redemcr.org
- Rulli Mariana y Juan Bautista Justo-coordinado por Flavio Fuertes—, *Guía de derechos humanos para empresas: proteger, respetar y remediar: todos ganamos /*, - 1a ed. —, PNUD; Red Argentina Pacto Global, Buenos Aires, 2012.
- Vázquez D. - S. Serrano, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, coedición SCJN, OACNUDH y CDHDF, D.F. México, 2013 (asimismo, ver: Serrano S. - D. Vázquez, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, FLACSO - México, <http://www.cjslp.gob.mx/>).
- Zarama, Germán, *Ley de RSE en Argentina. Intersección entre Debida Diligencia y DD.HH.*, publicado en www.equilibriumglobal.com, el 12/11/2017.

Protección del Medio Ambiente y Pactos Internacionales de Inversión

*Juan Bautista Justo*¹

Sumario

I. Presentación. II. El régimen internacional de protección de inversiones extranjeras. III. Protección ambiental e inversión extranjera. Tensiones y puntos de encuentro: 1. Dos institutos en expansión. Regulación ambiental y Trato Justo y Equitativo. 2. Regulación ambiental y expropiación indirecta. 3. Ambiente y compromisos específicos. 4. El medio ambiente sano como derecho humano y el régimen de inversiones. V. Conclusión. La necesidad de diálogo en un ordenamiento fragmentado.

I. Presentación

En 2016, un tribunal arbitral constituido en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), condenó a Venezuela a pagar a la minera canadiense Crystallex 1.2 billones de dólares (más intereses) por la denegación de un permiso ambiental para la explotación de una mina de oro ubicada en la reserva natural de Imataca.² Ese país había recibido dos años antes otra condena arbitral de más de 700 millones de dólares, en un litigio originado en la revocación de diferentes permisos mineros por razones ambientales.³

Perú también ha sido recientemente condenado a pagar a la minera Bear Creek 20 millones de dólares, luego que el gobierno de ese país dejara sin efecto una de-

¹ Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. justo.juanbautista@gmail.com

² *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2, 4° de abril de 2016. Reclamos similares se observan en *Copper Mesa Mining Corporation v. República de Ecuador*, Caso PCA N° 2012-2, 15 de marzo de 2016; *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, Caso CIADI N° ARB/15/31, Solicitud de Arbitraje, 21 de julio de 2015; *Corona Materials, LLC v. República Dominicana*, Caso CIADI N° ARB (AF)/14/3, 31 de mayo de 2016; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. República de El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/09/17, 14 de marzo de 2011; *Southern Pac. Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/84/3, 20 de mayo de 1992.

³ *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, 22 de septiembre de 2014.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

claración de interés del proyecto minero Santa Ana –localizado en Puno– como resultado de la oposición de los pobladores locales.⁴

En tanto, Colombia ha sido demandada por 16.5 billones de dólares por diferentes empresas multinacionales, debido a la cesación de actividades extractivas por la creación del Parque Nacional Yaigojé Apaporis en la región amazónica.⁵

La situación de Ecuador es, a nivel regional, una muestra emblemática de las pugnas entre protección del medio ambiente e inversiones extranjeras que se han vuelto cotidianas. En 2011, un tribunal ecuatoriano condenó a la multinacional Chevron a pagar cerca de 19 billones de dólares por daños ambientales causados a más de 30.000 personas en la selva amazónica. La empresa demandó a Ecuador ante el CIADI con motivo de la sentencia, obteniendo de un panel de árbitros la orden de suspender la ejecución del fallo doméstico.⁶ Sin embargo, los jueces ecuatorianos se negaron a acatar la disposición arbitral, por entender que ello hubiese implicado incurrir en una infracción al art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la garantía de tutela judicial efectiva.⁷

De igual modo, en el caso *Perenco*, el Estado ecuatoriano articuló una reconvencción (contrademanda) contra una empresa petrolera que lo había demandado en el CIADI, reclamando 3 billones de dólares por daño ambiental e inaugurando, con ello, un nuevo capítulo del moderno derecho de inversiones, que hasta ese momento se había focalizado casi exclusivamente en el rol del Estado como sujeto pasivo de los litigios.⁸

Si bien todos los Estados de América Latina y el Caribe vienen experimentando reclamos de parte de inversores extranjeros motivados en la afectación de sus proyectos por medidas de protección ambiental,⁹ esa tendencia no se limita a los países

⁴ Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/14/21, 30 de noviembre de 2017.

⁵ Ese país ha recibido recientemente otros reclamos relacionados con el impacto de medidas de protección ambiental en las actividades mineras. Uno de ellos proviene de la firma Eco Oro Minerals por la delimitación del área natural protegida Páramo de Santurbán. El otro de la gigante suiza Glencore por la cancelación de su concesión las minas La Jagua y Calenturitas.

⁶ Chevron Corporation –USA– & Texaco Petroleum Company –USA– v. República de Ecuador, Caso PCA N° 2009-23, Laudo Interino, 15 de enero de 2012.

⁷ Corte de Sucumbíos, María Aguinda y otros v. Chevron Corporation, providencia del 17 de febrero de 2012, disponible en <http://www.funcionjudicial-sucumbios.gob.ec/sucumbios/index.php/consulta-de-causas.html>

⁸ Perenco Ecuador Ltd. v. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión Interina sobre Reconvencción Ambiental, 11 de agosto de 2015. Lo mismo ocurrió en Burlington Resources Inc v. República de Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Reconvencción, 7° de febrero de 2016.

⁹ En 2009, el gobierno de El Salvador se hizo eco de protestas sociales y denegó un permiso de explotación de una mina de oro a la multinacional minera Pacific Rim, quién demandó ante el CIADI al Estado salvadoreño por 315 millones de dólares por supuestas pérdidas. El reclamo fue desestimado por cuestiones formales (Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador, Caso CIADI N° ARB/09/12, 14 de octubre de 2016). Una situación similar se produjo con el proyecto minero Crucitas en Costa Rica,

en desarrollo. De hecho, los primeros precedentes en este campo se dieron en el ámbito del capítulo de protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), cuando los Estados miembros comenzaron a recibir demandas en las que se cuestionaban sus regulaciones y ambientales.

Son ejemplo de ello los casos *Ethyl Corp. v. Canadá*,¹⁰ relacionado con la prohibición de una sustancia por sus efectos cancerígenos; *Metalclad Corp. v. México*,¹¹ en el cual se cuestionaba la denegatoria de un permiso para la instalación de un depósito de residuos; *S.D. Myers Inc. v. Canadá*,¹² relativo a la prohibición de importación de residuos peligrosos; *Methanex Corp. v. Estados Unidos*,¹³ sobre medidas de protección de las fuentes de agua; *Grand River Enterp. Six Nations, Ltd., et al. v. Estados Unidos*,¹⁴ sobre legislación contraria a la industria tabacalera o *Glamis Gold v. Estados Unidos*,¹⁵ sobre medidas para la protección de tierras de comunidades indígenas, entre otros.

Por cierto, la tensión persiste aun hoy y –en cierta medida– se agrava a medida que la intensidad de la protección ambiental aumenta.¹⁶ En 2016, Trans Canada demandó a Estados Unidos en el NAFTA, reclamando una compensación de 15 billones de dólares por la demora en la aprobación de un oleoducto que permitiría transportar petróleo desde la provincia canadiense de Alberta hasta los puertos estadounidenses en el Golfo de México y que ha dado lugar a una fuerte oposición de parte de movimientos ambientalistas.¹⁷ Ya en 1999, una empresa estadounidense productora de agua –Sun Belt– había denunciado a Canadá en ese foro multilateral por 10.5 billones de dólares, debido a la prohibición que ese país impuso a la extracción de agua para exportación.¹⁸

Como muestra la anterior reseña, desde finales del siglo XX los Estados han comenzado a ser demandados en diferentes foros globales con motivo de un sinnúmero de medidas ambientales que afectan a inversores de otros países, incluyendo

donde el permiso ambiental para una mina de oro a pocos kilómetros del río San Juan (que inicialmente había sido declarada por el gobierno como de interés público y conveniencia nacional) fue anulado por las cortes domésticas. La empresa canadiense Infinito Gold inició un reclamo arbitral por esos hechos (*Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/14/5).

¹⁰ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998.

¹¹ *Metalclad Corporation v. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

¹² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Primer Laudo Parcial, UNCITRAL, 13 de noviembre de 2000.

¹³ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, 3° de agosto de 2005.

¹⁴ *Grand River Enterp. Six Nations, Ltd., et al. v. United States*, UNCITRAL, 20 de Julio de 2006.

¹⁵ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, 8° de junio de 2009.

¹⁶ VIÑUALES, JORGE & PÉREZ AZNAR, FACUNDO, “La distribución del riesgo regulatorio ambiental en el derecho de las inversiones internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012.

¹⁷ *Trans Canada Corporation & Trans Canada Pipe Lines Limited v. United States of America*, Solicitud de Arbitraje, 24 de junio de 2016.

¹⁸ *Sun Belt Water, Inc. v. Canada*, Notificación de la Intención de someter un Reclamo a Arbitraje, UNCITRAL 1998.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

la prohibición de actividades de fractura hidráulica para la extracción de hidrocarburos (*fracking*),¹⁹ suspensión de proyectos de energías renovables,²⁰ cancelación de planes de construcción de plantas nucleares,²¹ procedimientos administrativos de evaluación de impacto ambiental,²² comercialización de pesticidas,²³ denegatoria de permisos para instalación de vertederos,²⁴ entre otros.

Esa tendencia constituye una muestra cabal de la transición hacia el modelo post westfaliano de Estados que caracteriza a nuestra época, en el cual los países se ven crecientemente sometidos a diferentes regímenes internacionales que, muchas veces, parecen perseguir fines contradictorios entre sí.²⁵

En el caso de la temática analizada, esa rivalidad entre dos subsistemas del derecho internacional se observa claramente.

De una parte, asistimos a un exponencial desarrollo del sistema de Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII), que encuentra su anclaje actual en diferentes tratados regionales y multilaterales (como el NAFTA, la Carta de la Energía de la Unión Europea y similares) y –en especial– en la amplia red de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI) amparados en la Convención del CIADI, aprobada en 1965.

Sin embargo, en forma concomitante, crece también a pasos agigantados en todo el mundo un marco jurídico de protección del medio ambiente, que incluye un universo vasto de regulaciones internacionales y domésticas que tienen por objeto detener y revertir el severo deterioro del entorno natural en el globo.

Pues bien, la sujeción simultánea a esos dos marcos jurídicos genera con frecuencia un dilema de hierro para los Estados, que se vuelve tangible cuando se ven sometidos a reclamos desde los dos frentes: o bien se los responsabiliza por no adoptar las medidas que les exigen los estándares de protección ambiental, o bien se lo hace por adoptar esas medidas y afectar –con ello– los intereses de los inversores.

En el presente trabajo abordaremos algunos aspectos de esa relación entre las medidas de protección ambiental y los AII, procurando resaltar las potenciales fuentes de conflicto y algunas vías de armonización posibles.

¹⁹ Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, Caso CIADI N° UNCT/15/2, Aviso de Arbitraje, 6° de septiembre de 2013.

²⁰ Windstream Energy LLC v. Government of Canada, Caso PCA N° 2013-22, Notificación de la Intención de someter un Reclamo a Arbitraje, 17 de octubre de 2012.

²¹ Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, Caso CIADI N° ARB/12/12.

²² Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, Caso PCA N° 2009-04, 17 de marzo de 2015.

²³ Dow Agrosciences LLC v. Canada, Acuerdo Conciliatorio, UNCITRAL, 2011.

²⁴ Vito G. Gallo v. The Government of Canada, Caso PCA N° 55798, 15 de septiembre de 2011; Mercer International Inc. v. Government of Canada, Caso CIADI N° ARB(AF)/12/3, Solicitud de Arbitraje, 30 de abril de 2012.

²⁵ JUSTO, JUAN BAUTISTA, “El fin de la promesa constitucional”, Revista Argentina de Justicia Constitucional, N° 4, Octubre 2017.

II. El régimen internacional de protección de inversiones extranjeras

La estabilidad del entorno jurídico y económico en el que se desenvuelve una inversión ha constituido, a lo largo del tiempo, una de las principales preocupaciones de los agentes económicos privados de todo el mundo. Ese desafío se hace patente ante proyectos de gran envergadura económica, en la medida en que ellos involucran un largo ciclo de amortización que incrementa la probabilidad de escenarios de alteración de las variables consideradas al momento de gestarse el plan de inversiones. Por décadas, los inversores extranjeros han procurado mitigar ese riesgo a través de compromisos internacionales que les permitan sustraerse de los vaivenes políticos de los países que los alojan.

Hasta los '60, las relaciones entre los inversores extranjeros y los países anfitriones se regían exclusivamente por el derecho internacional público, que no fijaba reglas uniformes sobre el alcance de los derechos de aquellos frente a medidas nacionales que impactaran negativamente en sus activos. Debido a la falta de reconocimiento de la legitimación de los particulares en la arena internacional, cuando el inversor se consideraba perjudicado por una medida del gobierno receptor, solo le quedaba recurrir a los tribunales domésticos del Estado reclamado o bien procurar protección diplomática de su propio país, en esencia discrecional e indirecta.

Esos mecanismos se mostraban insuficientes para brindar protección plena frente a eventuales modificaciones de escenario provenientes de decisiones del Estado. Por ello, inicialmente las principales potencias comerciales occidentales promovieron la conclusión de acuerdos multilaterales de protección contra expropiaciones, nacionalizaciones y medidas similares. Sin embargo, estas iniciativas no prosperaron, en especial debido al bipolarismo propio de la Guerra Fría.

Ante el fracaso de los intentos de generar mecanismos multilaterales para proteger la circulación de inversiones a nivel global y las fuertes discrepancias sobre los estándares mínimos que componían la costumbre internacional que tutelaba a los inversores, los países exportadores de capitales comenzaron a motorizar una estrategia de celebración de acuerdos bilaterales que contenían diferentes garantías para los inversores y expresas prórrogas de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales.²⁶ La función esencial de estos acuerdos era neutralizar los riesgos políticos o no comerciales presentes especialmente en los países en desarrollo, generando para ello mecanismos de compensación ante eventuales medidas nacionales que pudieran afectar negativamente a las inversiones.

La arquitectura legal de esta estrategia quedó conformada con la entrada en vigor –bajo los auspicios del Banco Mundial– del CIADI y de otros foros globales, a cuyo amparo se celebraron miles de TBI que someten las controversias entre los Estados receptores y el inversor a tribunales arbitrales que aplican las salvaguardas establecidas en los acuerdos. De esta manera, surgió un mecanismo para solucionar disputas

²⁶ En 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

entre el Estado y el inversionista que se caracteriza por sustraer totalmente la resolución del diferendo del control del país receptor y que ha terminado por desplazar a los tribunales nacionales de la injerencia en los grandes temas regulatorios.

Se estima que en la actualidad existen cerca de 2800 AII en el mundo. El CIADI es una de las entidades que administra su aplicación mediante la conformación de paneles arbitrales que se encargan de resolver las controversias entre los inversores y Estados. Con la excepción de Brasil —que nunca ingresó al organismo y que no cuenta con TBI vigentes—, los países sudamericanos se sumaron al CIADI durante la década de los 90', aceptando cláusulas de prórroga de la jurisdicción nacional en favor de árbitros extranjeros y abandonando una tradición centenaria en favor de la "Cláusula Calvo", que sujetaba los conflictos con inversores foráneos a los tribunales locales.²⁷

El diseño de la red de AII responde a una visión que concibe a las inversiones como el motor esencial del desarrollo económico. Su meta es, por lo tanto, fomentar el flujo mundial de activos y el modo de hacerlo es, básicamente, limitar el riesgo de los inversores provenientes de países exportadores de capitales para reducir, con ello, el costo de obtención los fondos que los países importadores de capitales necesitan para desarrollar sus economías. La forma de reducir el riesgo que este modelo propone consiste en ceder potestades regulatorias y judiciales soberanas a cambio de mayor credibilidad en los mercados, fijando estándares mínimos de conducta y mecanismos de arbitraje en caso de disputa.

De ese modo, los AIIs fueron pensados principalmente como un mecanismo para abordar el problema de la "obsolescencia de los compromisos gubernamentales". Mientras el inversor negocia el ingreso de fondos a un país, él conserva cierta capacidad de negociación,²⁸ pero una vez que "hunde" su inversión en el Estado receptor, su "poder de fuego" se reduce significativamente. Ello puede conducir a la "obsolescencia" de los compromisos asumidos por el Estado receptor, lo que se materializa en un ulterior cambio de reglas de juego o en la lisa y llana apropiación de los activos por el poder público. El establecimiento de normas y tribunales internacionales —ajenos al control de ese soberano— procura reducir ese riesgo de obsolescencia.²⁹

²⁷ STANLEY, LEONARDO, *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, CEPAL, 2004, Santiago de Chile.

²⁸ El poder de negociación del inversor encuentra su cúspide antes de la conclusión del acuerdo con el Estado anfitrión, pues en ese momento el país procura atraer los capitales. Una vez que ellos han llegado, el Estado tiene incentivos para revisar de modo unilateral los términos de lo pactado, sobre todo luego de cambios de gobierno.

²⁹ DOLZER, RUDOLF, "Fair and Equitable Treatment: Today's Contours", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12, N° 7, 2014; SALACUSE, JESWALD, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, N° 2, 2010; VERNON, RAYMOND, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, Basic Books, New York, 1971; *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, Caso CIADI N° ARB/05/17, 6° de febrero de 2008.

Con esas premisas, la estructura de protección de los inversores extranjeros –integrada por diferentes regímenes de solución de controversias previstos tanto en acuerdos bilaterales como regionales– se asienta en dos bases: la primera procesal, la segunda sustancial.

Desde una perspectiva procesal, esto es, desde los mecanismos que se aplican para resolver una disputa entre un inversor y el Estado, el sistema presenta los siguientes lineamientos:

1. El AII se aplica a todas las inversiones extranjeras salvo las que estén expresamente excluidas, sin importar el rol estratégico o la relevancia nacional que pueda tener la actividad en la que ellas se insertan.
2. Cuando los inversores (o un socio minoritario de ellos) se sienten afectados por alguna decisión del Estado que involucra cualquier aspecto de su inversión, pueden demandarlo directamente por fuera de sus jueces y ante los foros arbitrales.
3. A través de las “cláusulas paraguas”, las infracciones a compromisos contractuales por parte del Estado pueden ser elevadas a violaciones de sus obligaciones internacionales, lo cual permite dirimir ese tipo de controversias en un foro ajeno al local.³⁰
4. Los árbitros a los cuales llega la disputa pueden revisar la conducta de cualquier rama del Estado y desplazar del análisis al derecho nacional,³¹ aplicando los criterios del AII.

³⁰ Una cláusula paraguas es una provisión contenida en los AII que garantiza la observancia de las obligaciones asumidas por el Estado anfitrión frente al inversionista. A través de estas disposiciones, el inversor logra colocar obligaciones contractuales y otros compromisos bajo el “paraguas” protector del tratado, de ahí su nombre. El alcance concreto de esta cláusula es objeto de un debate no concluido. Tienen a expandir su alcance –y por ende a someter al CIADI discusiones contractuales– laudos como *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3° de julio de 2002; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004; *Astaldi S.p.A. v. Honduras*, Caso CIADI N° ARB/O7/32, 27 de septiembre de 2010; *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, 12 de mayo de 2005. Una perspectiva diferente, encaminada a limitar los reclamos susceptibles de llegar a los árbitros, ofrecen los casos *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. México*, Caso CIADI N° ARB.F/97/2, 1° de noviembre de 1999; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6° de agosto de 2003; *El Paso Energy International Company v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006; *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Ghana*, Caso CIADI N° ARB/07/24, 18 de junio de 2010.

³¹ El incumplimiento del AII acarrea responsabilidad internacional del Estado, quien no puede invocar su ordenamiento doméstico para liberarse de ella, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno, consagrada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. La regla de inoponibilidad es pacíficamente reconocida como un principio general del derecho internacional, que se aplica aun tratándose de disposiciones de rango constitucional. Así, el “derecho interno” del que habla el art. 27 de la Convención de Viena incluye no sólo a las leyes nacionales que pudieran estar en conflicto con un tratado internacional, sino a la Constitución misma (BARBOZA, JULIO, Derecho In-

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

5. La decisión que adopten esos árbitros tiene un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional³² y directamente nulo a nivel local.³³ Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica como si fuera una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En ese sistema de resolución de controversias que –como vemos– se caracteriza por sustraer absolutamente el conflicto de la esfera del país receptor, se aplican también una serie de principios sustanciales de protección a los inversores que se fijan en los AII. En general, se prohíben conductas que infrinjan estándares tales como el *Trato Justo y Equitativo*, el *Trato Nacional*³⁴ y el de *Nación más Favorecida*,³⁵ consagrándose también la prohibición de expropiar directa o indirectamente la inversión sin compensación.³⁶

Ahora bien, el problema es que los AII establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes.³⁷ Ello hace que sean los árbitros quienes en definitiva fijan la extensión

ternacional Público, Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 76). La jurisprudencia ha sido conteste al postular que “un Estado no podrá invocar con respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impongan el derecho internacional o los tratados en vigor” (Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Tratamiento de los Nacionales Polacos y otras Personas de origen o lengua Polacos en el Territorio de Dantzig, Opinión Consultiva del 4º de febrero de 1932, C.P.J.I., serie A/B, N° 44, p. 24). Coherente con ese principio, la jurisprudencia arbitral tiene dicho que “Sin duda, el Estado es responsable por una decisión de ese tipo en el derecho internacional si incumple las obligaciones internacionales del Estado. Además, la calificación de dicho acto como ilícito conforme al derecho internacional no se ve afectada por su calificación como lícito conforme al derecho local” (Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI N° ARB/05/19, Procedimiento de Anulación, 14 de junio de 2010, párr. 51). Véase, *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 710.

³² El art. 52 del Convenio CIADI solo permite la anulación del laudo bajo las siguientes causales: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. Es decir que no se prevén a los errores jurídicos de la decisión como justificativo para su revocación.

³³ El art. 54 del Convenio CIADI establece que “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rijan por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran”.

³⁴ Asegurando al extranjero como mínimo el mismo trato que el Estado dispensa a sus nacionales.

³⁵ Evitando aquí la discriminación entre inversores extranjeros provenientes de diferentes países.

³⁶ JUSTO, JUAN BAUTISTA, “Amenazas y escudos protectores. Las inversiones en el sector energético y la saga de la expropiación en el derecho internacional”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADHEM)*, núm. 13, mayo-julio 2017.

³⁷ KAUSHAL, ASHA, “Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, MA, Vol. 50, N° 2, 2009.

concreta de los parámetros de protección de los inversores, con prácticamente nulas posibilidades de revisión. La situación se agrava porque los árbitros se designan para cada caso y no hay un régimen de unificación de criterios, por ejemplo, mediante un sistema permanente de apelación.

III. Protección ambiental e inversión extranjera.

Tensiones y puntos de encuentro

Como anticipamos, el sometimiento simultáneo de los Estados a deberes crecientes en materia de protección del medio ambiente y de tutela de las inversiones puede dar lugar a puntos de conflicto entre los dos subsistemas. Nos focalizaremos en cuatro muestras de ese fenómeno.

La primera tirantez se relaciona con los riesgos que la vocación expansiva de la tutela del ambiente puede generar frente a las expectativas del inversor, que se encuentran amparadas bajo el estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE) y que también vienen siendo objeto de una lectura amplia.

En segundo lugar, abordaremos qué implicancias tiene la construcción internacional del instituto expropiatorio frente a regulaciones ambientales.

A renglón seguido, se analizará cuáles son los límites que las obligaciones internacionales plantean frente a la decisión de un país de asumir, frente al inversor, compromisos específicos de no modificar su regulación ambiental.

Por último, dejaremos planteado el interrogante relacionado con las proyecciones que para esta temática posee el reciente reconocimiento del status del medio ambiente como derecho humano protegido en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos, en especial la Convención Americana.

III.1. Dos institutos en expansión. Regulación ambiental y Trato Justo y Equitativo

a) La vocación expansiva del derecho ambiental

El medio ambiente presenta, como bien jurídico protegido por las diversas regulaciones internacionales y domésticas en la materia, una serie de características que imprimen al derecho ambiental contornos muy peculiares y novedosos. Entre ellas se destacan su carácter colectivo e indivisible,³⁸ su interdependencia, su ubicuidad y su rol esencial para la vida en el planeta.

³⁸ Sin dudas, ese abordaje colectivo constituye uno de los dispositivos teóricos más revolucionarios y potentes del derecho actual. La tendencia expansiva inherente al espacio regulatorio del derecho ambiental es una derivación directa de la omnipresencia e indivisibilidad del bien jurídico que esa rama tutela. En Halabi, la Corte argentina definió a los bienes colectivos –en tanto objetos de los derechos de incidencia colectiva– como aquellos que pertenecen a toda la comunidad, son indivisibles y no admiten exclusión alguna. Puntualizó que “en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

Esos rasgos tan particulares han hecho que los dispositivos propios del derecho ambiental se caractericen por su *vocación expansiva*. En esencia, las regulaciones ambientales tienden a ampliar su ámbito de aplicación, a captar crecientemente actividades sociales diversas, sobre todo a medida que se van descubriendo nuevas interacciones entre el obrar humano y la naturaleza.³⁹

En gran parte, el éxito de la estrategia de protección del ambiente depende de esa *vocación expansiva* y holística. Sin ella, difícilmente las regulaciones ambientales podrían penetrar eficazmente en el heterogéneo universo de actividades y prácticas que afectan a la naturaleza. Es por ello que el derecho ambiental presenta un conjunto de principios y reglas que intentan aprehender los inéditos desafíos en juego.⁴⁰

Por ejemplo, el principio de prevención estatuye que “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma *prioritaria e integrada*, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.⁴¹

ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno” (CSJN, “Halabi, Ernesto c/P.E.N.”, sentencia del 24 de febrero de 2009, Fallos: 332:111; “PADEC c/Swiss Medical S.A.”, sentencia del 21 de agosto de 2013 (P.361. XLIII); “Unión de Usuarios y Consumidores c/Telefónica Comunicaciones Personales S.A. ley 24.240 y otro s/amp. proc. sumarísimo (artículo 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)”, sentencia del 6º de marzo de 2014 (U. 53. XLVI. REX); “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A s/ordinario” y “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s / ordinario”, sentencias del 24 de junio de 2014; “Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A. s/amparo”, sentencia del 23 de septiembre de 2014 y acordada 32/2014). En Mendoza, la Corte calificó a la cuenca hídrica del río “Matanza - Riachuelo” como bien colectivo, de uso común, indivisible y tutelado de una manera no disponible por las partes (CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/Estado Nacional y Otros s/Daños y Perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza– Riachuelo)”, sentencias del 20 de junio de 2006 –Fallos: 326:2316– y 22 de agosto de 2007 –Fallos: 330:3663–). El art. 3º de la Ley 25.688 –Gestión Ambiental de Aguas– establece que “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideraran indivisibles”. Véase “Plá, Hugo Alfredo c/Provincia del Chubut”, sentencia del 13 de mayo de 2008, Fallos: 331:1243. De acuerdo a la doctrina en que se basa la Corte y a las propias reglas de Halabi, lo decisivo del bien colectivo es su indivisibilidad. Para Alexy “Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos” (ALEXY, ROBERT, El concepto y la validez del derecho, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 187). De ese modo, la imposibilidad real (o legal) de dividir el bien en partes y asignar porciones a los individuos es el elemento que resume la definición de bien colectivo. Los bienes jurídicos que son legal o fácticamente colectivos generan derechos de incidencia colectiva para su tutela (SIGAL, MARTÍN, “Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos”, SJA 21/6/2006 - JA 2006-II-1191).

³⁹ JUSTO, JUAN BAUTISTA, “El ocaso del federalismo argentino. Primera parte: medio ambiente”, DPI Cuántico, Diario Administrativo, Año 4, N° 155, 23 de mayo de 2017.

⁴⁰ Como veremos al analizar la reciente OC-23/17 de la Corte Interamericana, esos principios encuentran hoy consagración en el plexo de tratados internacionales de derechos humanos.

⁴¹ Art. 4º de la Ley 25.675.

Lo mismo ocurre con el principio precautorio, conforme el cual “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de *medidas eficaces*, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.⁴²

La tendencia hacia la ampliación del espacio regulatorio de lo ambiental se ve también confirmado desde el principio de equidad intergeneracional.⁴³ En el nuevo modelo, el protagonista ya no es el individuo aislado temporalmente, sino una comunidad conectada generacionalmente y ligada por vínculos éticos y normativos, donde los titulares de los derechos en juego son personas cuyos padres no han nacido aún. Está claro que, ante una formulación semejante, la imposición de límites o barreras al avance de las reglamentaciones es, cuanto menos, asistemática.

En la misma línea, el principio de progresividad⁴⁴ obliga a los Estados a avanzar gradualmente en el logro de los objetivos de tutela, lo cual supone no solo un mandato de no regresividad en materia ambiental, sino también una obligación positiva de adecuación de sus prácticas que permita ese avance. Similar conclusión se desprende del principio de sustentabilidad, como condicionante del desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales.⁴⁵

Sin dudas, el logro de todos esos principios depende de una estrategia marcada por la integralidad. Es por ello que el Estado, en todos sus niveles, debe contemplar la variable ambiental en todas sus decisiones y actividades.⁴⁶

Pues bien, en la medida en que la esencia misma del paradigma ecológico que marca nuestra época demanda que *todas* las actividades privadas y públicas respeten estándares preventivos y correctivos encaminados a preservar el entorno, ello trae aparejado como lógica consecuencia que el campo de la regulación ambiental tienda –por definición– a ampliarse y a avanzar sobre actividades y aspectos que antes le eran ajenos. La protección del medio ambiente, como fuente de competencias, es una noción que tiende a ensancharse, porque el bien protegido es nada menos todo lo que rodea al ser humano. Se trata de un espacio de reglas que avanza día a día, que expande sus dominios porque su esencia es holística e integral (impacto de la actividad humana en el entorno).

Dicho de otra manera, lo ambiental involucra, por definición, una tendencia inercial hacia la captación de espacios de actividad social y económica. Lo característico de este nuevo marco conceptual es, precisamente, que *cualquier aspecto de la actividad humana tiene impacto ambiental*. Todo incide en el desarrollo sostenible, todo afecta la sustentabilidad, todo impacta en las generaciones futuras. La primera meta del abordaje ecológico es, justamente, poder incluir la variable ambiental en cada espacio de

⁴² Art. 4° de la Ley 25.675.

⁴³ Art. 4° de la Ley 25.675.

⁴⁴ Art. 4° de la Ley 25.675.

⁴⁵ Art. 4° de la Ley 25.675.

⁴⁶ Art. 5° de la Ley 25.675.

la acción humana, sea social, económica, productiva o de cualquier índole. Eso es lo revolucionario de este nuevo enfoque y la clave de su éxito. Por ello es que este rasgo —que incide en los derechos y obligaciones de los inversores— no es coyuntural ni casual: hace a la esencia del sistema de protección ambiental que sus contenidos penetren en toda la actividad humana. Sin esa vocación “colonizadora”, la efectividad del régimen de preservación se vería comprometida.

Ahora bien, esa fuerza expansiva inherente al derecho ambiental puede colisionar con las expectativas de estabilidad del entorno jurídico en el que se desenvuelve una inversión extranjera. Esas expectativas cuentan con una creciente tutela desde la interpretación que se ha hecho en los últimos años de los AII, poniendo así de manifiesto un potencial foco de conflicto entre esos dos subsistemas del derecho internacional.

Dicho de otro modo, el principal peligro que los AII procuran mitigar es el riesgo político de cambios regulatorios que afecten la inversión y en el campo esencialmente dinámico e incremental de la protección ambiental, ese riesgo aumenta exponencialmente.

Según analizaremos más abajo, la ampliación inercial de la regulación ambiental puede rivalizar con la lectura también amplificada que la jurisprudencia arbitral viene haciendo de las expectativas del inversor como elemento integrante del TJE.

b) La vocación expansiva de las expectativas del inversor

El TJE constituye una de las principales salvaguardas que los AII establecen en favor del inversor. Debido a la marcada ambigüedad de su enunciación —que involucra nada menos que nociones como la “justicia” o “equidad” del trato dispensado a una empresa— ha sido la jurisprudencia arbitral la que se ha encargado progresivamente de dotar de contenido a ese principio.

El caso del TJE muestra que el amplio margen interpretativo del que disponen los árbitros dista de ser inocuo. Por el contrario, discernir cuál es el alcance de esa garantía resulta decisivo al momento de juzgar si una determinada medida gubernamental constituye o no una infracción del Estado a sus obligaciones internacionales que faculte al inversor a reclamar una compensación. En efecto, si el TJE es leído como una fórmula amplia que incluye aspectos de “buen gobierno”, existirá una mayor cantidad de decisiones estatales que lo infrinjan. En cambio, si la noción se reserva para las conductas gubernamentales más graves y perjudiciales, su incidencia como fuente de responsabilidad será menor. El umbral de violación del TJE por parte del Estado depende de esos posicionamientos.

Según veremos a continuación, la evolución de la jurisprudencia arbitral muestra una tendencia hacia la lectura expansiva de esta garantía, lo cual hace que cada vez más cantidad de condenas se basen en una violación al TJE. En el plano ambiental esto es especialmente destacable, pues en los casos más recientes los cuestionamientos al Estado no se focalizaron en los contenidos de las regulaciones, sino en la forma en que los Estados ejercieron sus facultades de control y fiscalización. Cuando

ese proceder gubernamental es contrastado con una noción excesivamente idealizada de la conducta esperable bajo el rótulo de “trato justo y equitativo” asistimos a mayor cantidad de condenas por violación al TJE, que es lo que –de hecho– empezó a ocurrir en los últimos años.

En términos históricos, el TJE fue originalmente concebido como una expresión del estándar consuetudinario de “trato mínimo a los extranjeros”, que cuenta con un fuerte arraigo en el derecho internacional y que demanda de los Estados conceder a los nacionales de otros países garantías básicas contra la arbitrariedad y la discriminación. Ese estándar consuetudinario expresa un umbral elevado para considerar a la conducta gubernamental como ilícita, por lo que su violación sólo comprende las conductas más graves y ultrajantes; de ahí su condición de mínimo.

Sin embargo, la aplicación del TJE ha ido alejándose paulatinamente de esos mínimos internacionales para incluir aspectos de gobernanza, como la transparencia, la previsibilidad o la coherencia, lo cual abre una caja de pandora para los Estados, en especial los latinoamericanos. Esa ampliación del concepto ha llevado a que un cúmulo de conductas gubernamentales que no se consideraban equiparables a una violación del estándar mínimo consuetudinario sean ahora concebidas como violatorias de este principio de los AII, ampliando de ese modo las salvaguardas a favor de los inversores, pero reduciendo también el margen de maniobra de los Estados. Por eso, el TJE es ahora la estrella de los reclamos y la forma preferida por los paneles arbitrales para justificar las condenas al Estado.

La razón de esa ampliación reside en la interpretación arbitral. Si bien algunos paneles han mantenido una definición consistente con el origen histórico de la figura –requiriendo consecuentemente un nivel alto de gravedad del comportamiento gubernamental para que se configure una violación al TJE– muchos otros comenzaron a interpretarlo como un principio diferente de ese estándar consuetudinario, considerándolo como autónomo y dotado de contenido propio. De esa manera, en lugar de derivar el contenido de la norma de su fuente original (el derecho internacional consuetudinario), estos tribunales optaron centrarse en el significado literal de las diferentes disposiciones de los AII que consagran esta garantía. Al hacerlo, empezaron a encontrar en el TJE mucho más que las garantías internacionales tradicionales, pasando a un bajo umbral de ilicitud en el comportamiento.⁴⁷

⁴⁷ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 293; Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, Caso CIADI N° UNCT/07/1, 31 de marzo de 2010, párr. 210. El estándar consuetudinario fue precisado en el caso Neer (Mexico - United States General Claims Commission, LFH Neer and Pauline Neer –United States v. Mexico–, 1926), en el cual se requirió que la conducta sea “atroz” o “indignante”. Aun cuando desde la época del caso Neer lo que se concibe como una conducta atroz puede haber variado, lo cierto es que la vinculación al mínimo internacional implica dejar en claro que sólo los actos muy graves pueden ser vistos como una violación de los AII, es decir, que se aplica con criterio restrictivo. Véase Waste Management Inc v. Mexico, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, 30 de abril de 2004, párr. 98; Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, cit., párr. 600; GAMI Investments Inc. v. México, UNCITRAL, 15 de noviembre de 2004, párr. 97; International Thunderbird Gaming Corporation v. México, UNCITRAL, 26 de enero de 2006, párr. 194.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

El ya citado caso *Crystallex* es un ejemplo de esa corriente. Allí el tribunal indicó que “el estándar de TJE receptado en el Tratado no puede –sea en virtud de aquella fórmula o de otro modo– equipararse al “nivel mínimo de trato internacional” conforme al derecho internacional consuetudinario, sino que constituye un estándar autónomo del tratado”.⁴⁸

En la misma línea, en *Azurix* se sostuvo que “Los niveles de conducta convenidos por las partes en un TBI presuponen una disposición favorable a la inversión extranjera; es más, una conducta pro-activa del Estado para fomentarla y protegerla. Fomentar y proteger la inversión es la finalidad del TBI. No sería compatible con esa finalidad y las expectativas creadas por dicho documento considerar que una de las partes en el TBI ha incumplido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo sólo cuando su conducta sea de mala fe o pueda calificarse como ultrajante o desmesurada”.⁴⁹ *Crystallex* confirma también la menor exigencia de la lectura autónoma del TJE en comparación con el mínimo consuetudinario, explicando que “no es necesario que la conducta del Estado sea escandalosa o de mala fe para que llegue a constituir una infracción al estándar de trato justo y equitativo”.⁵⁰

Como producto de ese viraje, el TJE fue erigiéndose como una de las normas de mayor alcance de protección de la inversión y su utilización aumentó de manera exponencial. La flexibilidad y vaguedad de su contenido normativo, que es continuamente redefinido de acuerdo a las circunstancias de cada caso y del Tratado pertinente, hicieron del TJE un estándar que todo lo abarca y que se encuentra en permanente expansión.

En el caso *Metalclad* del año 2000 se produjo la primera muestra del abandono del estándar mínimo internacional y su reemplazo por criterios de buena gobernanza, al considerarse configurada una violación al TJE con base en la ausencia de trans-

⁴⁸ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 530, con cita de *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, 20 de agosto de 2007, párr. 7.4.6; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19, 30 de julio de 2010, párr. 185; *Total S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/1, 27 de diciembre de 2010; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso CIADI N° ARB/11/23, 8° de abril de 2013, párr. 529; *SAUR International S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/4, 6° de junio de 2012, párr. 491; *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, 22 de septiembre de 2014, párr. 567; *ADF Group Inc. v. United States of America*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/1, 9° de enero de 2003, párr. 179; *Railroad Development Corporation v. República de Guatemala*, Caso CIADI N° ARB/07/23, 29 de junio de 2012, párr. 218.

⁴⁹ *Azurix Corp. v. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, 14 de julio de 2006, párr. 372. En el caso *Bear Creek* la empresa demandante recurrió a esa ampliación del TJE al momento de fundar su pretensión. Como el tratado de libre comercio entre Perú y Canadá se sujetaba al mínimo internacional, la reclamante recurrió a la regla de la Nación más Favorecida para atraer la aplicación de aquellos TBI que receptaban la comprensión laxa del estándar, de modo de poder sustentar su argumentación en aspectos de previsibilidad y gobernanza (*Bear Creek*, cit. párr. 158 del Memorial de demanda del 29 de mayo de 2015).

⁵⁰ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., parr. 543; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, 11 de octubre de 2002, párr. 116.

parencia por parte del Estado. El tribunal interpretó que ese principio imponía en cabeza de las autoridades el deber de corregir cualquier malentendido o confusión frente al inversor, a fin de asegurar la estabilidad del contexto de la inversión, e implicaba también que no debía “haber lugar a duda o incertidumbre” frente a “todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar”.⁵¹ Con esa base, y alejándose claramente del mínimo estándar internacional, se entendió violado el TJE por cuanto el Estado “no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión”.⁵²

Esta reformulación del concepto ha sido objeto de diferentes críticas, e incluso condujo a la emisión de una nota interpretativa del NAFTA orientada explícitamente a atar el contenido del TJE al mínimo internacional.⁵³ Por ello, a medida que los argumentos encaminados a desligar al TJE del estándar mínimo internacional fueron haciéndose menos sustentables por las críticas y las claras señales de los Estados de que las interpretaciones jurisdiccionales no eran un reflejo de las intenciones de la comunidad internacional, la doctrina doméstica de las expectativas legítimas se abrió camino en el arbitraje de inversión para expandir nuevamente los límites de este principio.

En efecto, el segundo viraje que llevó a un *boom* en la utilización del TJE consistió en poner como centro del principio a las expectativas del inversor.⁵⁴ Por ejemplo, en *Tecmed*,⁵⁵ —relacionado con la denegatoria a la renovación de los permisos de

⁵¹ *Metalclad Corporation v. México*, cit., párr. 76.

⁵² *Metalclad Corporation v. México*, cit., párr. 99.

⁵³ Luego del laudo *Metalclad*, la Comisión de Libre Comercio del NAFTA emitió la siguiente nota interpretativa al art. artículo 1105(1) del tratado: “1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte. 2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste” (Comisión de Libre Comercio del TLCAN, “Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11”, 31 de julio de 2001).

⁵⁴ *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI N° ARB/05/13, 8° de octubre de 2009, párr. 216; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, Caso CIADI N° ARB/07/19, 30 de noviembre de 2012, párr. 7.75; *Yuri Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Republic of Moldova*, Caso SCC N° V091/2012, 16 de abril de 2013, párr. 183; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, Caso CIADI N° ARB/05/20, 11 de diciembre de 2013, párr. 667; *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 546.

⁵⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. México*, Caso CIADI N° ARB-AF/00/2, 29 de mayo de 2003, párr. 154; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, párrs. 114 y 115. El Comité de Anulación en este último caso observó que la ponderación de las expectativas del inversor como fuente de obligaciones para el Estado resulta cuestionable, pues esas obligaciones derivan del TBI aplicable y no de cualquier aspiración que el inversor pueda aducir, por lo que “Un tribunal que trata de generar expectativas de un conjunto de derechos diferentes de los contenidos o exigibles en virtud del TBI podría exceder sus poderes” (*MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, cit., Decisión sobre Anulación, 21 de marzo

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

un vertedero por protestas sociales— se interpretó que el TJE “exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que *no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión*. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, *de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes*”.⁵⁶

Como resultado de ese cambio de rumbo, el TJE ratificó su protagonismo como fórmula omnicomprendiva que permite conjugar los efectos legales de todos los estándares de los TBIs y que puede ser invocada eficazmente en lugar de la expropiación, no arbitrariedad, discriminación, e incluso de las cláusulas paraguas.⁵⁷ Esa ampliación terminó por forzar los límites de la responsabilidad internacional de los Estados ante los actores empresariales privados, en especial porque la idea de conductas ilícitas internacionales pasó de pautas de cierta gravedad a una laxa idea de “buen gobierno”. Las nociones de transparencia, consistencia y estabilidad regulatoria se transformaron en componentes esenciales del TJE y son utilizados recurrentemente por los paneles arbitrales,⁵⁸ aumentando de modo significativo la posibilidad de una condena en función de este principio.

de 2007, párr. 67). Dando cuenta de los gruesos desacuerdos que atraviesan la jurisprudencia arbitral, en el caso *Walter Bau v. Thailand* (UNCITRAL, 1º de junio de 2009, párr. 11.7) se consideró a ese cuestionamiento como “circular e inaceptable”.

⁵⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. México*, cit., párr. 154. Como se ha destacado con lucidez, “el “estándar” de Tecmed en realidad no constituye estándar alguno; es, por el contrario, la descripción de la regulación pública perfecta en un mundo perfecto, a la cual todos los Estados deberían aspirar pero que muy pocos (si alguno) llegará alguna vez” (DOUGLAS, ZACHARY, “Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex”, *Arbitration International*, Vol. 22, 2006, p. 28). Véase, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/99/6, 12 de abril de 2002. En CMS se sostuvo que “no puede caber duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo” (*CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, cit., párr. 274), también *LG&E Energy Corp and ors v. Argentina*, Caso CIADI N° ARB 02/1, 3º de octubre de 2006, párr. 127 y ss. y *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/04/19, 18 de agosto de 2008, párr. 340. Con una posición menos protectoria del inversor, ver *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Caso CIADI N° ARB/05/8, 11 de septiembre de 2007, párr. 333.

⁵⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, cit. párr.162; *Noble Ventures Inc v. Romania*, Caso CIADI N° ARB/01/11, 12 de octubre de 2005, párr. 182.

⁵⁸ *Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*, Caso LCIA N° UN 3467, 1º de julio de 2004, párr. 183; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ing in Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, Caso CIADI N° ARB/02/5, 19 de enero de 2007, párr. 253; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI N° ARB/05/16, 29 de julio de 2008, párr. 609; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Caso CIADI N° ARB/06/18, 14 de enero de 2010, párr. 284; *Bosh International*,

En el terreno de lo ambiental, el protagonismo de la idea de expectativas legítimas ha llevado a que los árbitros invaliden, por falta de transparencia o coherencia, el modo en que las Administraciones conducen sus procesos de evaluación de impacto y ejercen su rol de fiscalización. En muchos casos no se cuestiona la existencia de restricciones ambientales en sí, sino la conducta del Estado como frustratoria de las expectativas del inversor.

Por ejemplo, en *Crystallex* se sostuvo que “otorgar o denegar un permiso, en particular, uno que afecta recursos naturales respecto de los cuales el Estado posee derechos soberanos, es una prerrogativa soberana del Estado (...) Por consiguiente, en principio, al Tribunal le parece correcta la alegación de Venezuela de que Crystallex no tenía “derecho” a un Permiso, ya que, por supuesto, el “derecho” estaba sujeto a la condición de que la Administración concediera las aprobaciones necesarias. Estas aprobaciones, sin embargo, debían ser otorgadas o denegadas luego de llevarse a cabo un procedimiento que no fuera arbitrario y en el que el solicitante recibiera un trato justo”.⁵⁹

El tribunal entendió que –desde la perspectiva del TJE– su rol consistía en evaluar “si ha habido defectos procesales graves que derivaron en la denegación arbitraria del Permiso o en el trato no transparente o incoherente del inversor a lo largo del proceso y con posterioridad a él”,⁶⁰ a lo cual respondió afirmativamente, indicando que “No hay duda de que Venezuela tenía el derecho (y la responsabilidad) de plantear inquietudes relativas al calentamiento global, a cuestiones ambientales con respecto a la Reserva Imataca, a la biodiversidad y a otras cuestiones vinculadas. Sin embargo, el Tribunal considera que la manera en la que las planteó Venezuela en la carta de denegación del Permiso presenta elementos considerables de arbitrariedad y demuestra una falta de transparencia y coherencia”.⁶¹

Canadá recibió cuestionamientos similares en cuanto al modo de conducir sus procesos de evaluación de impacto de un emprendimiento minero. En el caso *Bilcon*, se consideró que la conducta gubernamental había sido violatoria de las expectativas de la empresa, sobre todo porque en el análisis del proyecto se incluyó, sin previo aviso, la referencia a los “valores de la comunidad”.⁶²

Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, Caso CIADI N° ARB/08/11, 25 de octubre de 2012, párr. 212; BayindirInsaat TurizmTicaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI N° ARB/03/29, 27 de agosto de 2009, párr. 178; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Caso CIADI N° ARB/05/22, 24 de julio de 2008, párr. 602; Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela, cit., párr. 570; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina, cit., párr. 128; En Cana Corporation c. República del Ecuador, Caso LCIA N° UN3481, 3° de noviembre de 2006, párr. 158.

⁵⁹ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 581.

⁶⁰ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 585.

⁶¹ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 591; *Copper Mesa Mining Corporation v. República de Ecuador*, cit., párr. 6.66.

⁶² *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, cit., párr. 601.

c) La evolución de la normativa ambiental como dato inherente del entorno de la inversión

Los casos comentados muestran que uno de los grandes focos de conflicto en la relación entre ambiente e inversiones se vincula con el modo en que los Estados evalúan las iniciativas empresariales, sobre todo cuando el inversor aduce que esos procedimientos carecieron de transparencia o coherencia. Los paneles arbitrales penalizan severamente lo que interpretan como inadmisibles “golpes de timón” del Estado.

Paralelamente, hemos visto ya que lo ambiental se caracteriza por su dinamismo y mutabilidad, por lo que una visión excesivamente rígida de las pretensiones de previsibilidad de los inversores podría socavar la capacidad estatal de actuar con eficacia en este campo, donde la adaptabilidad es la clave.

Desde esa perspectiva, una posible vía de armonización entre las dos tendencias en pugna pasaría por lograr un consenso básico en que la evolución de la regulación ambiental constituye un dato natural de cualquier entorno jurídico serio. Consecuentemente, el inversor no podría aducir una expectativa legítima en que el ordenamiento y los criterios en la materia no avanzarán. Como se ha explicado, las circunstancias y problemas económicos, sociales, ambientales y legales son, por su naturaleza, dinámicos y están sujetos a cambios constantes. Para que la infraestructura y los servicios públicos sean exitosos, resulta indispensable la capacidad de adaptación ante esos cambios y, por lo tanto, es indispensable que tanto las políticas públicas como el marco legal puedan evolucionar en función de esas necesidades.⁶³

Como resultado de ese consenso, debería reconocerse al Estado una amplia libertad para establecer y ajustar sus leyes y políticas ambientales en respuesta a los enfoques cambiantes y a una comprensión más profunda de los riesgos planteados por las actividades humanas, incluidas las industrias extractivas.⁶⁴

De esa forma, el punto de equilibrio estribaría en asumir que “el estándar de trato justo y equitativo no supone el congelamiento virtual de la regulación de las actividades económicas, en contraste con la potestad regulatoria normal del Estado y la naturaleza evolutiva de la vida económica”.⁶⁵ Antes bien, esa mirada evolutiva obliga a matizar –en la lectura del TJE– la intensidad de las exigencias de “transparencia” o “coherencia” que las empresas pueden reclamar, sobre todo frente a un obrar estatal que se desenvuelve, por definición, en un terreno plagado de desacuerdos, conflictos e incertidumbre, como es el ambiental.

⁶³ Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. Republic of Albania, Caso CIADI N° ARB/11/24, 30 de marzo de 2015, párr.613; Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, Caso CIADI N° ARB/00/9, 15 de septiembre 2003, párr. 20.37; BayindirInsaat TurizmTicaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, cit.párr.192.

⁶⁴ Perenco Ecuador Ltd. v. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), cit., párr. 35.

⁶⁵ Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/07/26, 8° de diciembre de 2016, párr. 591.

III.2. Regulación ambiental y expropiación indirecta

En la actualidad se entiende que, si bien cualquier Estado puede decidir la expropiación de una inversión extranjera, la legalidad de la medida se encuentra sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones acumulativas:⁶⁶ **a)** persecución de una finalidad pública legítima;⁶⁷ **b)** ausencia de discriminación; **c)** respeto del debido proceso,⁶⁸ y; **d)** pago de una pronta, adecuada y efectiva compensación al expropiado.⁶⁹

La discusión sobre el alcance de los derechos de los inversores frente a nacionalizaciones o incautaciones de sus bienes por parte de los gobiernos ocupó gran parte del siglo XX y tuvo un rol decisivo en el surgimiento del derecho de inversiones.⁷⁰ En esa primera etapa, las principales amenazas a los países exportadores de capitales se relacionaron con la estatización de bienes y concesiones de titularidad de sus nacionales, lo que se conoce como expropiación directa de la inversión.

Luego de la caída del Muro de Berlín, las iniciativas nacionalizadoras que habían tenido un rol geopolítico clave en la Guerra Fría vieron su ocaso.⁷¹ Consecuentemente, el fenómeno de la expropiación directa perdió relevancia, haciendo que el debate se trasladara hacia una nueva faceta de la relación entre el Estado y los inversores: la expropiación indirecta. El temor se focalizó en las regulaciones gubernamentales que pueden afectar negativamente la inversión, marco en el que la temática ambiental ocupa un papel protagónico. Adquieren relevancia aquí nociones como

⁶⁶ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 716; *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/05/6, 22 de abril de 2009, párr.98; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, cit., párr. 266; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, Casos CIADI Nros.ARB/05/18 y ARB/07/15, 28 de febrero de 2010, párr. 390; *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, 20 de agosto de 2007, párr. 7.5.21; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/05/15, 11 de mayo de 2009, párr. 428; *Marion y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*, Casos CIADI Nros. ARB/08/1 y ARB/09/20, 16 de mayo de 2012, párr. 305; *Gemplus, S.A. y Talsud, S.A. v. México*, Casos CIADI Nros. ARB(AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, 16 de junio de 2010, párrs. 8-25.

⁶⁷ SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, New York, 2004, p. 396; *British Petroleum v. Libya*, 10 de octubre de 1973 y 1° de agosto de 1974, ILR, Vol. 53; *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Lybia*, 12 de abril de 1977, ILM, Vol. 20.

⁶⁸ FRANCONI, FRANCESCO, "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 20(3), 2009, p. 729.

⁶⁹ CHRISTIE, GEORGE C., "What Constitutes a Taking of Property Under International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 38, 1962, p. 307; FORTIER, YVES & STEPHEN L. DRYMER, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 19, N° 2, 2004, p. 295.

⁷⁰ JUSTO, JUAN BAUTISTA, "Amenazas y escudos protectores. Las inversiones en el sector energético y la saga de la expropiación en el derecho internacional", cit.

⁷¹ Las recientes experiencias de Venezuela y Argentina podrían considerarse, en cierta medida, como una reedición de ese capítulo histórico. Véase, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/09/1, 21 de julio de 2017.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

expropiación regulatoria⁷² o progresiva,⁷³ en las que lo esencial de la figura pasa a ser el impacto de las medidas de la autoridad pública y no tanto las manifestaciones o actuaciones formales del Estado.

El distingo de base es el siguiente: nos hallamos ante una expropiación “directa” cuando la inversión es nacionalizada o de otra manera sustraída del patrimonio de su titular mediante la transferencia formal del título o la incautación física de los activos, es decir, cuando se produce una “apropiación forzosa por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares, a través de actos administrativos o por la acción legislativa”.⁷⁴ Por el contrario, se la considera “indirecta” o “regulatoria” cuando no se altera el título legal de propiedad⁷⁵ pero se produce una interferencia estatal significativa en el uso de dicha propiedad o en el disfrute de sus beneficios.⁷⁶

De tal modo, el nuevo epicentro del instituto expropiatorio es aquella “interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente

⁷² En *Suez* se explicó que “En caso de una expropiación indirecta, a veces denominada “expropiación por vía reglamentaria”, los Estados receptores invocan sus facultades legislativas y reglamentarias para sancionar medidas que reducen los beneficios que los inversores obtienen de sus inversiones, aunque sin modificar ni cancelar efectivamente la titularidad de sus activos ni disminuir su control sobre los mismos” (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, cit., párr. 132).

⁷³ Conocida como *creeping expropriation*. Esta figura constituye una especie del género de la expropiación indirecta, que “posee una cualidad temporal distintiva” y “encapsula la situación en la cual una serie de actos atribuibles al Estado culminan, luego de un determinado tiempo, en la expropiación del activo” (*GenerationUkraine, Inc. v. Ukraine*, cit., párr. 20.22). De igual modo “La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso de un periodo de tiempo —llamada ‘expropiación en etapas’—” (*Fireman’s Fund Insurance Company v. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/02/1, 17 de julio de 2006, párr. 176). “Por definición, una expropiación gradual se refiere a un proceso, a los pasos que finalmente tienen el efecto de una expropiación. Si el proceso se detiene antes de alcanzar ese punto, entonces la expropiación no sucede. Esto no significa necesariamente que no se produzcan efectos adversos. Obviamente, cada paso debe tener un efecto adverso que puede no ser importante por sí mismo o ni ser considerado un acto ilícito. El último paso de una expropiación gradual que inclina la balanza es similar a la gota que colma el vaso. Las anteriores gotas quizás no tuvieron un efecto perceptible pero son parte del proceso que provoca el rebalse” (*Siemens A.G. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, 6° de febrero de 2007, párr. 263. Véase, también, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina*, cit., párr. 7.5.31).

⁷⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina*, cit., párr. 187; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, cit., párr. 98; *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 667.

⁷⁵ “Una privación o toma de propiedad puede ocurrir bajo derecho internacional, a través de la interferencia por parte de un Estado, en el uso de dicha propiedad o el goce de sus beneficios, aún y cuando el título de propiedad no se vea afectado” (*Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Islamic Republic of Iran*, 1984, 6 Iran-U.S. CTR. 219, p. 225).

⁷⁶ OCDE, ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, p. 3.

en beneficio obvio del Estado receptor”.⁷⁷ A diferencia de la expropiación directa, esta modalidad no requiere el enriquecimiento estatal, sino la privación y empobrecimiento del inversor. La amenaza se consume cuando una medida estatal general o individual priva al titular del activo del uso o beneficio de su propiedad, limita o prohíbe su transferencia o disposición, o tiene el efecto de destruir el valor del bien, pero no implica una adquisición del mismo por parte del Estado.⁷⁸

En función de ese giro histórico, el gran interrogante actual relacionado con el instituto expropiatorio consiste en dilucidar cuándo una regulación estatal se convierte en expropiación indirecta. Para responderlo existen –en el marco del derecho de inversiones– dos grandes teorías.

Para la doctrina del “solo efecto”, conocida también como criterio ortodoxo, el factor decisivo para determinar si nos hallamos ante una expropiación es el impacto sobre el inversor y no el marco fáctico o teleológico de la decisión estatal.⁷⁹ Se configura la expropiación si existe una privación total o sustancial del valor económico, uso o disfrute de una inversión, con total independencia de otros factores, como el propósito de la medida o el contexto en el cual ella se adopta.

Por ejemplo, en *Tippetts* se explicitó que el factor central es la presencia de una interferencia del Estado en el uso de la inversión o en el disfrute de sus beneficios y que “la intención del gobierno es menos importante que los efectos de la medida sobre el propietario y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto”.⁸⁰ Con similar tesis, en *Biloune* el tribunal sostuvo que no necesitaba establecer las motivaciones del Estado para resolver el

⁷⁷ *Metalclad Corporation v. México*, cit. párr. 103.

⁷⁸ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL, 10 de abril 2001, párrs. 96 y 104; *S.D. Myers Inc. v. Canadá*, cit. párrs. 285-286; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United States of Mexico*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1, 16 de diciembre de 2002, párr. 100. En *LG&E* se sintetizó que “De manera general se entiende que la expresión “equivalente a la expropiación” o “tantamount to expropriation”, que se encuentra en la gran mayoría de los tratados bilaterales, puede aludir tanto a la llamada “creeping expropriation” (expropiación progresiva) como a la expropiación de facto. Lo primero que suele resaltarse es su punto en común, esto es, las conductas o actos del Estado receptor no privan directamente a los inversionistas de sus bienes o derechos, por el contrario, ello ocurre cuando las medidas gubernamentales “neutralizan efectivamente los beneficios del inversor extranjero en su calidad de propietario”. La propiedad o el goce se “neutralizan” cuando una parte deja de estar en control de su inversión, o cuando no puede dirigir las operaciones del día a día sobre la inversión. En cuanto a las diferencias, suele afirmarse que la expropiación indirecta puede manifestarse de forma gradual o creciente –creeping expropriation– o puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos –expropiación de facto–” (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina*, cit., párr. 188, con cita de *CME Czech Republic BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, 13 de septiembre de 2001, párr. 604).

⁷⁹ DOLZER, RUDOLF, “Indirect Expropriations: New Developments?”, *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002.

⁸⁰ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Islamic Republic of Iran*, cit., p. 219 y ss.; *Phelps Dodge International Corp. v. The Islamic Republic of Iran* (1986), *Iran-US CTR*, vol. 10, 121, p. 130.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

caso⁸¹ y en *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A* se entendió que el análisis debe centrarse en el impacto de las medidas sobre el inversor y no tanto en la intención del gobierno o la modalidad adoptada para su implementación, considerando que la finalidad de protección ambiental perseguida por el Estado carecía de incidencia en el modo de resolver el caso.⁸² Esa perspectiva fue compartida en *Compañía de Aguas del Aconquija*, laudo en el cual se sostuvo que “el factor decisivo lo constituyen los efectos de la medida en el inversor y no la intención del Estado”.⁸³

El caso *Bear Creek* evidencia la adhesión al criterio comentado. Se sostuvo allí que el ordenamiento aplicable “no autorizaba la expropiación para eludir un conflicto social”, lo que llevó a concluir que el curso de acción adoptado por el Estado no había cumplido con la exigencia de perseguir una finalidad pública legítima, por cuanto la oposición al proyecto no constituía un justificativo suficiente para privar al inversor de su patrimonio.⁸⁴

Una lectura similar se observa en *Lone Pine*, donde el tribunal consideró que la prohibición legislativa del *fracking* constituía una expropiación violatoria del derecho internacional. Para los árbitros no quedó acreditada la existencia de una finalidad pública legítima que justificara la restricción, por cuanto la evaluación de impacto de esa práctica extractiva no había sido finalizada, sino que se encontraba en pleno desarrollo.⁸⁵ Ese razonamiento implicó desatender la esencia del principio precautorio propio del derecho ambiental —de acuerdo al cual la ausencia de definiciones concluyentes no era óbice para la adopción de medidas de tutela —mostrando que la finalidad ambiental en juego no fue considerada como un factor relevante a los efectos de establecer si la regulación era expropiatoria o no.

La mirada opuesta al criterio ortodoxo está dada por la doctrina de los “poderes de policía”, de acuerdo a la cual no hay expropiación, ni derecho a indemnización, cuando la medida estatal que afecta negativamente a un inversor persigue un objetivo de bienestar general y es adoptada de buena fe. En su formulación usual, “un Estado no es responsable de la pérdida de la propiedad o de otra desventaja económica que sea resultado de impuestos generales de buena fe o de cualquier otra acción que sea aceptada comúnmente como dentro del poder de policía del Estado, con tal que no sea discriminatoria y no sea diseñada para hacer que el extranjero abandone la propiedad al Estado o la venda a un precio miserable”.⁸⁶

⁸¹ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award, UNCITRAL, 27 de octubre de 1989, párrs. 184-185.

⁸² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, párr. 72; *Marion & Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, cit., párr. 247.

⁸³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. República Argentina*, cit., párr. 7.5.20; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, cit. párr.107.

⁸⁴ *Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú*, cit. párrs. 414, 431, 434 y 435.

⁸⁵ *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, cit. párrs. 49-51.

⁸⁶ *Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*, Iran-US CTR, vol. 23, 1989-II, 378., p. 378. Esa redacción proviene del Third Restatement of the Foreign

Diferentes precedentes receptan esa línea interpretativa. En *Tecmed* el tribunal afirmó que “Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna”.⁸⁷ Sin embargo, se considera al caso *Methanex* como el hito fundamental de la reacción a la doctrina del “solo efecto”. El tribunal sostuvo allí que “Como cuestión del derecho internacional general, *no se consideran expropiatorias* las regulaciones no discriminatorias de interés general, promulgadas de conformidad con el debido proceso y que afecten, inter alios, a una inversión o inversor extranjero”.⁸⁸

La posición adoptada en *Methanex* fue seguida en *Saluka*, donde el panel arbitral reiteró que “ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar una indemnización al inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, estos adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general”.⁸⁹

A su vez, el caso *Saluka* sirvió de base al razonamiento del tribunal en el caso *Chemtura*, que viene a consolidar este enfoque: “Independientemente de la existencia de una privación contractual, el Tribunal considera en todo caso que las medidas impugnadas por la Demandante constituyeron un ejercicio válido del poder de policía”, pues el demandado “adoptó medidas dentro de su mandato, de modo no discriminatorio, motivado por la creciente concientización acerca de los peligros planteados por el lindano para la salud humana y el medio ambiente. Una medida tomada en tales circunstancias es un ejercicio válido del poder de policía del Estado y, en consecuencia, *no conforma una expropiación*”.⁹⁰

Finalmente, la reacción ha sido sintetizada en el reciente caso *Philip Morris*. Se explica allí que “el principio según el cual el ejercicio razonable y de buena fe del poder de policía del Estado en cuestiones tales como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye la indemnización, aun si causa un perjuicio económico a un inversor, y de que las medidas adoptadas con ese fin no se deberían considerar expropiatorias, no halló un reconocimiento inmediato en las decisiones sobre tratados de inversión. Sin embargo, después del año 2000 surgió una tendencia congruente a favor de la diferenciación del ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta”.⁹¹ Luego de reseñar los casos apuntados más arriba, el tribunal concluye que “conforme a un principio reconocido por estas decisiones, que una

Relations Law de los Estados Unidos elaborado por el American Law Institute (1987, Sección 712, comentario g). La misma línea se siguió en el caso *Sedco*. Véase *Copper Mesa Mining Corporation v. República of Ecuador*, cit., párr. 6.60.

⁸⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. México*, cit., párr. 119.

⁸⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, cit., párr. 7.

⁸⁹ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, cit., párr. 255, 260, 262.

⁹⁰ *Chemtura Corporation v. Canada*, UNCITRAL, 2º de agosto de 2010, párr. 266.

⁹¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N° ARB/10/7, 8º de julio de 2016, párr. 295.

medida se pueda caracterizar como expropiatoria *depende de la naturaleza y el fin de la acción del Estado*".⁹²

Nuevamente, ambas líneas hermenéuticas deben ser matizadas para evitar desequilibrios. En procura de armonizar la necesidad de protección ambiental y los intereses de los inversores al momento de abordar el instituto expropiatorio, es posible entender que "No hay duda que la severidad de los cambios en el *status* legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria".⁹³ En definitiva, para establecer si las medidas estatales resultan en una expropiación, "el Tribunal debe equilibrar dos intereses contrapuestos: el grado de interferencia de la medida con los derechos de propiedad del inversor y el poder del Estado de dictar sus políticas".⁹⁴

III.3. Ambiente y compromisos específicos

Si bien se acepta cada vez con mayor frecuencia que, en ausencia de compromisos específicos, el Estado retiene la facultad de modificar su marco legal,⁹⁵ la inclusión de cláusulas de estabilización —como expresión de esos compromisos específicos— genera diversos interrogantes sobre su compatibilidad con las obligaciones en materia ambiental.

Concretamente ¿Puede invocarse una cláusula de estabilización para resistir un cambio legal fundado en un deber ambiental?

⁹² Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay, cit., párr. 295.

⁹³ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina, cit., párr. 194.

⁹⁴ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina, cit., párr. 189.

⁹⁵ Ante la ausencia de una cláusula de estabilización o compromiso similar, los cambios en el marco regulatorio solo pueden ser considerados como infracción al TJE en caso de alteraciones drásticas o discriminatorias en las condiciones esenciales de la operación (Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, Caso CIADI N° ARB/07/12, 7° de junio de 2012, párr. 244). Methanex Corporation v. United States of America, cit., parte IV capítulo D (3), párr. 7; Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina, cit., párr. 7.5.21. Véase, entre otros, International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, cit., párr. 44; Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Caso CIADI N° ARB/03/24, 27 de agosto de 2008, párr. 177; EDF (Services) Limited v. Romania, cit., párr. 298; AES Summit Generation Limited and AES-Tisza ErömüKft v. The Republic of Hungary, Caso CIADI N° ARB/07/22, 17 de septiembre de 2010, párr. 10.3.35.

Las cláusulas de estabilización se orientan principalmente a contrarrestar cambios de orden tributario, regulatorio, tarifario o societario, así como otras formas de intervención más intensas, como nacionalizaciones o expropiaciones. A esos fines, incluyen diferentes tipos de compromisos:⁹⁶

- a) Cláusulas de intangibilidad, que sujetan al consentimiento del inversor cualquier variación y prohíben al Estado nacionalizar la inversión;
- b) Cláusulas de “congelamiento”, por las cuales la legislación doméstica aplicable es “congelada” al momento de la conclusión del acuerdo y sus reformas posteriores se consideran inoponibles al inversor, aislándolo de los cambios regulatorios. En ese caso, el acuerdo adquiere jerarquía preeminente por sobre medidas posteriores de carácter legislativo o administrativo;
- c) Cláusulas de consistencia, de acuerdo a las cuales la legislación estatal sólo resulta aplicable si resulta consistente con el acuerdo de inversión, y;
- d) Cláusulas de equilibrio económico, que desencadenan la necesidad de renegociar el contrato cuando se producen alteraciones, de modo de restaurar su equilibrio inicial o bien de compensar al inversor. En este caso, y a diferencia de las cláusulas de congelamiento, no se encuentra vedada la modificación regulatoria, pero se establece una disuasión económica para desincentivar ese cambio, consistente en el costo de recomponer la posición económica del inversor.

Tradicionalmente, los paneles arbitrales han admitido la validez de este tipo de compromisos.⁹⁷ Sin embargo, también se han precisado las condiciones para su operatividad. En *Continental* se abordó la cuestión de qué se puede considerar un

⁹⁶ COTULA, LORENZO, “Foreign investment contracts”, International Institute for Environment and Development, Briefing 4, 2007. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas ha destacado que “Con frecuencia los inversores mejoran la protección prevista en los tratados bilaterales de inversión con disposiciones de “estabilización” en contratos confidenciales firmados con los gobiernos de acogida, denominados “acuerdos con el gobierno de acogida” (...) la mayoría de los acuerdos firmados por gobiernos de acogida con países no pertenecientes a la OCDE contienen disposiciones encaminadas a eximir a los inversores del cumplimiento de las nuevas leyes ambientales y sociales, o prevén compensaciones por dicho cumplimiento. Las disposiciones de estabilización más amplias se encuentran en los acuerdos firmados en el África subsahariana, donde 7 de los 11 acuerdos con gobiernos de acogida prevén exenciones de todas las nuevas leyes durante el período de aplicación del proyecto, o indemnizaciones por la observancia de esas leyes, independientemente de su pertinencia para la protección de los derechos humanos o cualquier otro interés público.” (ONU, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, “La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”” –A/HRC/11/13, 22 de abril de 2009–, párr. 32).

⁹⁷ *AGIP Company v. People’s Republic of the Congo*, 30 de noviembre de 1979, 21 ILM 726; *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil)*, 24 de marzo de 1982, 21 ILM 976; *Revere Copper & Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*, 24 de agosto de 1978, 56 ILR 257; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 de enero de 1977, 53 ILR 389.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

compromiso especial que dé lugar a “expectativas legítimas razonables” para un inversor extranjero. Se reafirmó allí el requisito de “especificidad del compromiso” que puede dar lugar a expectativas jurídicas razonables, y a tal fin se trazó una distinción entre:⁹⁸ **a)** Declaraciones políticas que –“lamentable pero notoriamente”, según el tribunal– no crean ninguna expectativa; **b)** enunciados legislativos generales que “generan escasas expectativas”, y; **c)** compromisos contractuales asumidos por gobiernos que pueden generar expectativas más legítimas y “merecen un examen más detenido” ya que “habitualmente generan derechos y, por lo tanto, expectativas de cumplimiento”.

En *El Paso* se puntualizó que “un compromiso se puede considerar específico si su objeto preciso fue el de otorgar una garantía efectiva de estabilidad al inversor. Por lo general, los textos generales no pueden contener compromisos de este tipo, ya que no existen garantías de que no se modifiquen con el tiempo”.⁹⁹

Por su parte, de acuerdo a *Crystallex*, “Una expectativa legítima puede surgir en casos en que la Administración ha hecho una promesa o declaración a un inversor respecto de un beneficio sustantivo, en la que el inversor se ha basado para hacer la inversión, y que luego quedó frustrada por la conducta de la Administración. A fin de dar lugar a las expectativas legítimas, la promesa o declaración –dirigida al inversor individual– debe ser suficientemente específica, es decir, debe ser precisa en cuanto a su contenido y clara en cuanto a su forma”.¹⁰⁰

Ahora bien, aun cuando el compromiso cumpla los recaudos de especificidad que establece el derecho de inversiones, es posible sostener que el cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental constituye un límite claro a la celebración y aplicación de cláusulas de estabilización. Básicamente, el Estado no podría renunciar al ejercicio de sus potestades de regulación y fiscalización ambiental, pues ello implicaría una inobservancia al deber de protección que sobre él pesa.

Ello sugiere que no cualquier compromiso específico podría ser válidamente invocado por un inversionista, sobre todo porque un nivel de diligencia razonable incluye el de ser consciente de la creciente demanda de protección del medio ambiente.¹⁰¹

⁹⁸ *Continental Casualty Company v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/9, 5° de septiembre de 2008, párr. 261.

⁹⁹ *El Paso Energy International Company v. República Argentina*, cit., párr. 376.

¹⁰⁰ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, cit., párr. 547; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, cit., párr. 535; *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, Caso PCA N° 2012-06, 27 de junio de 2016, párr. 194; *Waste Management Inc v. México*, cit., párr. 98.

¹⁰¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, cit., parte IV, capítulo D, párrs. 9-10; *BayindirInsaat TurizmTicaret VeSanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, párrs. 193-194; *Chemtura Corporation v. Canada*, cit., párr. 149.

IV. El medio ambiente sano como derecho humano y el régimen de inversiones

Uno de los aspectos más controversiales del derecho público actual se relaciona con la interacción entre los compromisos que los Estados han asumido en los Tratados de Derechos Humanos y los que se derivan del llamado Derecho Económico Internacional, que incluye tanto a las inversiones como al comercio internacional, regulado principalmente a través de la Organización Mundial del Comercio.¹⁰²

En el plano ambiental, la explícita consagración jurisprudencial en nuestra región del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano tutelado por esos Tratados adiciona un factor de análisis fundamental para esa polémica.

En la OC-23/17, la Corte Interamericana brindó coordenadas decisivas, de acuerdo a las cuales la protección del medio ambiente constituye una obligación primaria del Estado y un derecho fundamental de las personas sujetas a su jurisdicción.

Para el tribunal regional, el derecho a un medio ambiente sano tiene status de *hardlaw* en el sistema interamericano, fijando su anclaje positivo en los arts. 11 del Protocolo de San Salvador y 26 de la Convención Americana.¹⁰³ Esa jerarquía normativa determina en cabeza del Estado una serie de obligaciones que resultan exigibles por todas las personas, entre las que se destaca la obligación de prevención,¹⁰⁴ que conlleva los deberes específicos de:

- i) regular;
- ii) supervisar y fiscalizar;
- iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental;
- iv) establecer un plan de contingencia, y
- v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.¹⁰⁵

El hecho de haber reconocido esa jerarquía a este derecho implica, al menos desde la perspectiva del sistema interamericano, que un Estado no puede aducir la necesidad de acatar un AII para justificar la inobservancia a sus obligaciones convencionales en materia ambiental. Desde hace más de una década, tiene dicho el tribunal de Costa Rica que “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana;

¹⁰² JUSTO, JUAN BAUTISTA & BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, “Control de convencionalidad y derecho económico internacional. Fines y medios”, en AA.VV, ¿Del paradigma de la tensión al paradigma del diálogo? El Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina (ICCAI) y el Derecho Económico Internacional (DEI), Max Planck Institute - Universidad Autónoma de México. En prensa.

¹⁰³ Corte IDH, OC-23/17, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 15 de noviembre de 2017, párrs. 56 y 57.

¹⁰⁴ Corte IDH, OC-23/17, cit., párrs. 129 y 143.

¹⁰⁵ Corte IDH, OC-23/17, cit., párr. 145.

VII. Pactos Nacionales e Internacionales en el derecho ambiental

por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”.¹⁰⁶

Sin embargo, cierto es también que, de acuerdo a la visión predominante¹⁰⁷ y con la salvedad de las normas que lleguen a calificarse como *ius cogens*, los tratados internacionales –sea de derechos humanos o de inversiones– no están vinculados formalmente por un nexo de jerarquía, por lo que la preeminencia de uno sobre otro no podría ser técnicamente afirmada.¹⁰⁸ Esto significa que, ante a un eventual conflicto entre las obligaciones de prevención ambiental que se desprenden de la Convención Americana y los derechos del inversor amparados en un AII –un conflicto nada improbable si pensamos en la creciente litigiosidad internacional en esta materia– no existirían elementos que permitan afirmar la primacía jerárquica de los primeros sobre los segundos.

Habida cuenta de esa carencia, y en aras de evitar un punto de bloqueo en la resolución de los diferendos, es fundamental lograr canales de armonización y diálogo para abordar la interacción entre ambiente e inversiones. Como una señal positiva de cara a ese desafío, puede verse que los árbitros han comenzado a abandonar la visión aislada de los AII que prevaleció durante mucho tiempo. Bajo esa mirada, los casos eran decididos exclusivamente en función del derecho de inversiones y sin considerar –siquiera tangencialmente– las obligaciones del Estado derivadas de otras fuentes jurídicas internacionales.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Corte IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, párr. 140. BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO & JUSTO, JUAN BAUTISTA, “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión”, Revista de Derecho Público, Santa Fe, t. 2010-II; “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?”, en TANZI, ATTILA & LORENZO GRADONI (eds.), Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras: Problemas y Perspectivas, Brill, Leiden, 2016.

¹⁰⁷ Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párrs. 26 y 85; KOSKENNIEMI, MARTTI & PÄIVI, LEINO, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, Leiden Journal of International Law, Cambridge, Vol. 15, N° 3, septiembre de 2002; MARCEAU, GABRIELLE, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, Journal of World Trade, Vol. 35, N° 6, 2001.

¹⁰⁸ Postulando la primacía jurídica de las normas de derechos humanos, véase, JUSTO, JUAN BAUTISTA & BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, “Control de convencionalidad y derecho económico internacional. Fines y medios”, cit.

¹⁰⁹ En 2012, un panel del CIADI desestimó el pedido de intervención de comunidades indígenas en litigios relacionados con disputas de tierras en Zimbabue, afirmando que no existían pruebas sobre la existencia de una interdependencia entre el derecho de inversiones y los derechos humanos (Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, Casos CIADI Nros. ARB/10/25 y ARB/10/15, Orden Procesal N° 2, 26 de junio de 2012, párr. 58).

Una muestra de la nueva etapa de diálogo es el precedente *Urbaser*, donde se enfatizó la necesidad de avanzar en una interpretación sistemática¹¹⁰ que permita integrar las diferentes fuentes. Así, “el TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”.¹¹¹

V. Conclusión. La necesidad de diálogo en un ordenamiento fragmentado

En este trabajo se ha intentado mostrar cómo la interacción de dos piezas centrales del orden jurídico global –ambiente e inversiones– involucra tensiones interpretativas que se trasladan a la gestión de una creciente litigiosidad imperante en este ámbito.

Más allá de los puntos específicos de ese análisis, lo importante es asumir que ese escenario de tensiones no es aislado ni excepcional, sino que se ha convertido en un dato cotidiano de nuestro derecho, resultante de la internacionalización del orden doméstico. Si antes la idea de soberanía nos brindaba previsibilidad y consistencia lógica al “impermeabilizar” un universo normativo único dentro de cada país, hoy esa premisa de hermeticidad no es más que el “miembro fantasma” de un tiempo pasado.¹¹² Seguir pensando que nuestro derecho es un conjunto unitario y armónico de reglas no nos conducirá más que a diagnósticos y estrategias frustrantes.

En efecto, la fragmentación del orden jurídico que disciplina el obrar estatal es una de las grandes marcas de nuestra época. Los intereses en competencia en el campo global van encontrando sus propias reglas y jueces –los inversores en el CIADI y los ambientalistas en la Corte Interamericana– pero las carencias del derecho internacional, en especial la falta de jerarquía, nos conducen indefectiblemente a puntos muertos al momento de decidir.

Para salir, al menos por ahora, de ese laberinto, resulta necesario encontrar vías de armonización. Cuando se resuelve un diferendo entre el Estado y un inversor que involucra una medida orientada a proteger el ambiente, los árbitros deben dar cuenta de la interacción entre los dos regímenes involucrados y no pueden desplazar del análisis a ninguno de ellos. La pauta básica para gestionar razonablemente esa interacción consiste en encontrar lecturas de los AII que resulten compatibles con los principios del derecho ambiental y viceversa.

Al final de cuentas, solo a través del diálogo podremos construir la juridicidad que el derecho internacional demanda imperiosamente.

¹¹⁰ *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI N° ARB/11/28, Decisión sobre Anulación, 30 de diciembre de 2015, párrs. 86-92.

¹¹¹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina*, cit., párr. 1200.

¹¹² JUSTO, JUAN BAUTISTA, “Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval”, *Revista Derechos en Acción*, Universidad Nacional de La Plata, Primavera 2016; “El fin de la promesa constitucional”, *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, cit.

CAPÍTULO VIII

PACTOS NACIONALES E INTERNACIONALES Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia. Apuntes para optimizar el diálogo jurisprudencial a nivel nacional e interamericano

*Alan E. Vargas Lima*¹

I. Concepto y alcances de su desarrollo jurisprudencial

Debemos comenzar recordando al jurista español Francisco Rubio Llorente (1930-2016), quien en su estudio introductorio al Bloque de Constitucionalidad, precisaba 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 –integrado por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social– que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las normas.²

Por su parte, el profesor argentino Germán Bidart Campos (1927-2004) sostenía que “*el Bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de la Constitución documental*”.³ Para Mónica Arango, el Bloque de Constitucionalidad son “*aquellas normas y principios que, sin apare-*

¹ Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. 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. Abogado de la Dirección de Asesoría Legal del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>).

² RUBIO LLORENTE, Francisco. El Bloque de la constitucionalidad. Simposium franco-español de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991, p. 105. Asimismo, los materiales de consulta disponibles en la red internet, correspondientes a algunas de las publicaciones más importantes del profesor español Francisco Rubio Llorente (en el período 1958-2016), pueden verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=978891>

³ BIDART CAMPOS, Germán. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264. Una página que presenta los registros bibliográficos existentes en Dialnet, correspondientes a publicaciones del profesor argentino Germán Bidart Campos (en el período 1959-2003), puede consultarse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=272680>

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

cer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”⁴

Sobre la base de lo anterior, es posible deducir 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.⁵

Una síntesis de estos criterios, ahora se encuentra plasmada precisamente 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).

Éste precepto referido al Bloque de Constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia constitucional,⁶ dado que el Tribunal Constitucional,

⁴ ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, p. 1 (Revista Precedente, edición 2004, disponible en: <http://bit.ly/1mTdiw2>). La autora, fundamenta su concepto de bloque de constitucionalidad en 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.

⁵ Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considere que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual “las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”. Ello, básicamente significa que la existencia de un bloque de constitucionalidad, implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Es así que, dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos. Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH) y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL (CDHDF). Bloque de constitucionalidad en México. México D.F., 2013, pp. 17-18.

⁶ 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). Cabe anotar, que una primera sistematización de la jurisprudencia constitucional más relevante (en el ámbito tutelar), establecida por el Tribunal Constitucional de Bolivia en sus primeros años de labor jurisdiccional (1999-2002), puede encontrarse en la obra de: DURAN RIBERA, Willman R. Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional (en la protección de los derechos fundamentales). Santa Cruz, Bolivia: Editorial El País, 2003. Asimismo, respecto al Bloque de Constitucionalidad y su incidencia en los Procesos de Inconstitucionalidad, resulta de enorme

en su primera época, en los Fundamentos Jurídicos de 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 europeos, 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 que ratifica lo expresado en la Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, de 17 de noviembre, en la cual el 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 sólo aquellos que habiendo sido previamente ratificados por el Estado boliviano, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

II. Redimensionamiento del bloque de constitucionalidad en Bolivia

Ampliando los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, y respecto a los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que también conforman el Bloque de Constitucionalidad en Bolivia, el Tribunal Constitucional pronunció una Sentencia Constitucional, a través de la cual entendió que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son

utilidad consultar el trabajo de: CARPIO MARCOS, Edgar. Bloque de Constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. N° 4. México: Editorial Porrúa, Julio-Diciembre 2005, pp. 79-114.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

aislados e independientes del sistema legal interno, dado que 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 este sentido, sostuvo lo siguiente:

“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.

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, el Tribunal concluyó estableciendo en su pronunciamiento, 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”, y que tiene como uno de sus ejes principales, entre otros, precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer. Es por esta razón, que las Sentencias emanadas de la Corte IDH, ahora también 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).⁷

⁷ 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

En resumen, y conforme se ha detallado en la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril 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 Constitucional.⁸

vinculante 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’ (...).” De la misma forma se procedió, al 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). Asimismo, sobre la importancia de la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos, es de utilidad consultar: AYALA CORAO, Carlos M. Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2003. Documento disponible en: <http://bit.ly/1LnQHRr>. 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 deducida de la normativa y la jurisprudencia internacional, resulta de enorme utilidad, el interesante trabajo de: ARIAS LOPEZ, Boris. Fundamentos de la obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Lex social: revista de los derechos sociales, N° 1, 2012, pp. 74-94. Disponible en: <http://bit.ly/1MuMjEV>

⁸ En el mismo sentido, ya se había pronunciado la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de fecha 7 de septiembre de 2012, al establecer 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;

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

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 plurales 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).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto —de manera enunciativa y no limitativa— por los siguientes elementos: **i) La Constitución como norma jurídica; ii) Los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos; iii) las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; iv) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional; y, v) los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional.**

III. La doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad

En mérito al entendimiento jurisprudencial establecido a partir de la SC 110/2010-R de 10 de mayo, en sentido de que las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado Plurinacional de Bolivia y forman parte del bloque de constitucionalidad, corresponde hacer una breve referencia a la naturaleza y alcance de la doctrina del control de convencionalidad

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 insertos 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”.

establecida precisamente por la jurisprudencia interamericana, para su aplicación en el contexto boliviano.

A este efecto, debemos comenzar señalando que el “*control de convencionalidad*”, es un tema que ha adquirido bastante notoriedad en los últimos años, pero que, sin embargo, data desde la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cada una de sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la “*inconvencionalidad*”, por ejemplo modificando la norma cuestionada.

Así también, es el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales, cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto. Es así que, en el ámbito de los derechos humanos, tuvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969), para que gracias a la importante conceptualización efectuada en el año 2003 por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad.

Por tanto, en esta materia —concluye Brewer Carías⁹, solamente existirían dos cuestiones relativamente nuevas: **a)** la afortunada acuñación de un término como ha sido el de “control de convencionalidad” que Sergio García Ramírez propuso en su Voto Razonado a la sentencia del Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003; y **b)** la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes o dimensiones: por un lado a nivel internacional por la Corte Interamericana, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.

En una reciente publicación de sus Votos particulares, el ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, explica estas dimensiones, en la siguiente forma:

“El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas —bajo el imperio del Derecho

⁹ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. “El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de Amparo de los Derechos Humanos”. Texto preparado para la exposición en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre “El control de convencionalidad y su aplicación”. San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/2rpbzn4>

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

internacional de los derechos humanos— y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. (...)

*Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales—o a todos los órganos jurisdiccionales— para verificar la congruencia entre actos internos—así esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente, el Derecho interamericano de esa materia). De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional”.*¹⁰

Estas dos vertientes, fueron explicadas por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Voto razonado emitido con relación a la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, cuando efectuó una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando que la función de la Corte Interamericana, se asemejaba a la de los Tribunales Constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas, principios y valores constitucionales; agregando que dicha Corte, analiza los actos de los Estados que llegan a su conocimiento “en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”; y que si bien “los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”.¹¹

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez en la referida Sentencia, estos “procuran conformar la actividad del poder público—y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática”, en cambio “el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

A raíz de estas reflexiones, quedó claro en el mundo internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de “control de convencionalidad” se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes: uno en el ámbito internacional y otro en el ámbito nacional, y con efectos jurídicos completamente distintos, lo que amerita realizar algunas puntualizaciones sobre uno y otro, a efecto de poder precisar

¹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre Control de Convencionalidad. Segunda edición. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 26-27.

¹¹ Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

con mayor detalle, algunas perspectivas del control (difuso) de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Bolivia.

III.1. Surgimiento y desarrollo de la doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad

La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006,¹² en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, ocasión en la cual la Corte IDH precisó lo siguiente:¹³

*“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/ o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.”*¹⁴

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena

¹² Con anterioridad existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. sus votos en los Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; Caso Vargas Areco vs. Paraguay, párrs. 6 y 12.

¹³ Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.

¹⁴ Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.

fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.¹⁵ Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

El citado precedente –agrega el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor–¹⁶, fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.¹⁷ En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: **(i)** procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y **(ii)** 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.

Entonces, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, se puede inferir que desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos o características:

a) *Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;* **b)** *Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;* **c)** *Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;* **d)** *Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e)* *Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.*¹⁸

¹⁵ Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

¹⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Revista Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531-622. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>

¹⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Subrayado añadido).

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE DINAMARCA - DANIDA. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad (2014), p. 6. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006);¹⁹ *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);²⁰ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);²¹ *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009).²² Posteriormente, los alcances del control de convencionalidad, fueron reiterados en las siguientes sentencias: *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);²³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);²⁴ *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);²⁵ *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);²⁶ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010);²⁷ *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);²⁸ *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010);²⁹ *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).³⁰

Al año siguiente, los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en los siguientes casos: *Gelman vs. Uruguay* (2011),³¹ *Chocrón Chocrón vs. Ve-*

¹⁹ Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

²⁰ Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

²¹ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

²² Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

²³ Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.

²⁴ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

²⁵ Caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.

²⁶ Caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.

²⁷ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202. Una investigación sobre este tema, elaborada con la pretensión de reflexionar al Estado boliviano sobre las peculiares características del delito de desaparición forzada de personas, ha analizado el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; demostrando que los operadores de justicia en la jurisdicción interna no dan un adecuado tratamiento a las víctimas de este grave delito. Cfr. BARRIENTOS JIMENEZ, Oscar. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia: Ineludibles reflexiones para el Estado sobre desaparición forzada de personas*. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2012*. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 271-284.

²⁸ Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

²⁹ Caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.

³⁰ Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

³¹ Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 193 y 239.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

nezuela (2011),³² *López Mendoza vs. Venezuela* (2011),³³ y *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* (2011).³⁴

Un año más tarde, con mayores y menores matices, la doctrina jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, fue reiterada en los siguientes casos: *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* (2012), *Furlan y Familiares vs. Argentina* (2012), *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala* (2012), y *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012). Asimismo, al año siguiente, la línea jurisprudencial fue reiterada en tres sentencias: *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* (2013), y *J. vs. Perú* (2013).

En el año 2014, la Corte incluyó su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad en cuatro sentencias, en los casos: *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*, *Norin Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, y *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.

De igual manera, en el año 2015, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad fue reiterada en cuatro sentencias: *López Lone y otros vs. Honduras*, *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, y *García Ibarra y otros vs. Ecuador*.³⁵

III.2. Fundamento normativo del Control de Convencionalidad

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento; lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

Así, vemos que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

³² Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrs. 164, 165 y 172.

³³ Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 226-228.

³⁴ Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párrs. 93, 94 y 113.

³⁵ Toda esta evolución y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad, ahora puede verse ampliamente detallada en la obra de: IBÁÑEZ RIVAS, Juan María. Control de Convencionalidad. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la Academia. Núm. 1. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 51-68. Libro completo disponible en: <https://goo.gl/dJ8KWv>

El artículo 1.1 de la Convención³⁶ dispone:

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

El artículo 2 del mismo instrumento, a su vez señala:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.³⁷

³⁶ Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte IDH ha abordado, con especial cuidado, lo relativo a la “obligación” de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), sostuvo que el artículo 1.1 del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana puede ser atribuida a un Estado; y especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: la obligación de “respetar” y la obligación de “garantizar” los derechos. Este aspecto, es analizado a la luz de la jurisprudencia más relevante de la Corte IDH, por: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y PELAYO MÖLLER, Carlos María. “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Revista Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2, 2012, pp. 141-192. Disponible en: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art4.pdf>

³⁷ Como bien precisa José Antonio Rivera, las medidas de “otro carácter” en el ámbito judicial se entiende que son las sentencias judiciales a través de las cuales se resguardan y protegen los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo que en el fondo supone el desarrollo de la labor de control de convencionalidad; misma que deriva de las obligaciones internacionales que adoptaron los Estados partes de la Convención. Así, la obligación de ejercer el control de convencionalidad comprende a todos los actos y actividades del Estado, incluyendo a la Constitución (vgr. caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile); las leyes (vgr. caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela); las políticas públicas (vgr. caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela); las decisiones de organismos electorales (vgr. caso Yatama vs. Nicaragua; y caso López Mendoza vs. Venezuela); y las sentencias (vgr. caso de los “Niños de la Calle” –Villagrán Morales y otros– vs. Guatemala; y caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala). Entonces, el control de convencionalidad, que consiste en someter la Constitución y las leyes a un contraste con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser realizado por todos los órganos del poder público del Estado, pero principalmente por los jueces y tribunales. Por ello, el control de convencionalidad supone el reconocimiento del rango supra constitucional de la Convención, y por lo tanto, debe realizarse teniendo como parámetro las normas de ésta en los términos interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia; de manera que, es la consecuencia de supremacía del tratado o convención sobre derechos humanos. Precisamente, en cumplimiento de sus obligaciones y compromisos internacionales asumidos, el Estado Plurinacional de Bolivia, ha adoptado medidas de orden constituyente, definiendo que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, como regla general, forman parte del Bloque de Constitucionalidad y en casos concretos tienen rango supra constitucional; también ha definido que son parámetros de interpretación de los derechos y deberes consagrados por la Constitución y las leyes, por lo que también son parámetros para el control de constitucionalidad y de convencionalidad. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. La protección de los derechos humanos y fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia. En: CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO,

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

El artículo 29 de la Convención, establece también 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.

De la lectura integrada de dichos artículos –agrega Claudio Nash–, se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como *la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.*³⁸

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2º). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya

Héctor, GONZÁLES PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (Coords.). Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo - Derechos Humanos. Tomo V. Volumen 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 329.

³⁸ Cfr. NASH ROJAS, Claudio. Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2013. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2013. Pp. 489-509. Por su parte, el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor, señala que “esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus juris interamericano; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otros (Coords.). Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Tomo I. México: Poder Judicial de la Federación - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 233. Disponible virtualmente en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3632>

conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado; lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párrafo 125).

Asimismo –agrega Claudio Nash–, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

En consecuencia –y siguiendo el criterio de Claudio Nash–, que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

III.3. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana, realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash, en su citado estudio sobre el Control de Convencionalidad.

Se debe recordar, que cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el *Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala* hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado:

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (Corte IDH, caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29.)

a) Primera etapa

Existe una primera etapa en que se delinearón los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad, ocasión en la cual se señaló que el Poder Judicial debe realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión muy debatida:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124.)

En síntesis –dice Claudio Nash–, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- i) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- ii) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

- iii) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- iv) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH.³⁹

b) Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional:

Quando 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 convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Corte IDH, caso Trabajadores cesados del Congreso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128.)

c) Tercera etapa

En una tercera etapa de análisis, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares. Es relevante destacar que este control difuso no lo puede imponer la Corte IDH:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional

³⁹ Cfr. NASH ROJAS, Claudio. Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 496.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párr. 225).⁴⁰

Asimismo, en esta sentencia la Corte IDH clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la figura del control de convencionalidad:

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

⁴⁰ “18. Como puede apreciarse —dice Eduardo Ferrer Mac-Gregor—, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el leading case *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”. 19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. 20. Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (entre ellos, Bolivia), y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA”. (Voto Razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010).

d) Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH:

(...) *La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por 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. (...).* (Corte IDH, caso Gelman c. Uruguay, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239.).

III.4. Ámbitos de aplicación del Control de Convencionalidad

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el internacional.

Precisamente, una de las modalidades en que se desarrolla este tipo de control, se manifiesta en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “*control de convencionalidad*”.

Esta tarea –según Víctor Bazán– consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia (por ejemplo) la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente procederá el control, en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad.

Esto significa que, en el ámbito internacional, es la Corte IDH la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Es relevante destacar que, como se ha señalado, esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas locales opuestas

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

a la CADH, como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH.⁴¹

Asimismo, cuando el control se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado al respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos elementales del ser humano. En resumen, esto significa que se efectúa una interpretación de las prácticas internas, a la luz o al amparo del *corpus juris interamericano*, que es capital en materia de derechos humanos, acerca del cual aquél ejerce competencia material.

Desde este ángulo –concluye Bazán⁴², el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales. Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y, en no pocas ocasiones, genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurisdiccionales conozcan el citado bloque jurídico de derechos humanos (*bloque de constitucionalidad*) y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH, y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios soberanistas a la hora de concretarlo.

En otras palabras, en el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH.⁴³

⁴¹ Cfr. Corte IDH: Casos Barrios Altos vs. Perú, 14 de marzo de 2001, párrafos 41-44; Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párrafo 105-114; La Cantuta vs. Perú, 29 de noviembre de 2006, párrafos 167 y ss.; De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 24 de noviembre de 2009, párrafos 129-131; Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, párrafos 238-239.

⁴² Cfr. BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. En: Revista Europea de Derechos Fundamentales. ISSN 1699-1524. Núm. 18/2º Semestre 2011. Páginas 63 - 104. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906378>

⁴³ Este criterio fue reafirmado por el entonces Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez cuando en su voto razonado en el caso de los Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sujeta la obligación de realizar el control de convencionalidad al sistema normativo de los Estados: “Si existe esa conexión clara y rotunda –o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones–, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea

Teniendo claro esto —dice Claudio Nash—⁴⁴, podemos afirmar que *lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente*, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno.

Entonces, considerando los ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, es posible sostener que se trata de una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

III.5. El ejercicio del Control de Convencionalidad según la Jurisprudencia Constitucional

La Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0487/2014, de fecha 25 de febrero de 2014, en el marco de nuestro sistema constitucional y la interpretación de los derechos y garantías, ha establecido que los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad en nuestro país,⁴⁵ de acuerdo al siguiente entendimiento:

—que he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional” (párr. 11).

⁴⁴ Cfr. NASH ROJAS, Claudio. Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 492.

⁴⁵ Este entendimiento, tiene su antecedente en un caso en que el Tribunal Constitucional (en período de transición) tuvo que analizar la problemática de los derechos del menor, su protección y el control de convencionalidad, ocasión en la cual señaló que como órgano encargado de la defensa de los derechos humanos, aparte del control de constitucionalidad, realiza también entre sus labores, el Control de Convencionalidad, resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano; y agregó: “El menor en cuanto a sus derechos, no sólo encuentra protección en la legislación interna del Estado, sino también en los instrumentos internacionales, a los cuales se ha adherido a través de la suscripción y ratificación de los mismos, cuya aplicación y efectividad en la actualidad se la efectúa a través del denominado ‘Control de Convencionalidad’. Este mecanismo se ejerce por los Jueces y Tribunales, respecto a la compatibilidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos que son de su conocimiento, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; teniendo en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana; toda vez que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el referido Pacto de San José de Costa Rica, sus jueces también están sometidos a sus entendimientos, 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.” (Cfr. Sentencias Constitucionales N°1888/2011-R, y N°1907/2011-R, ambas de 7 de noviembre de 2011). Posteriormente, en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1250/2012, de 20 de septiembre, se ha podido observar que el Tribunal Constitucional

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

“Conforme se ha señalado, los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, debiendo hacerse mención, fundamentalmente, a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión —ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad— y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el marco de lo señalado precedentemente, es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no sólo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a efectuar el control de convencionalidad, a efecto de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ambos casos, los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a las normas de la Ley Fundamental y las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, cuando dicha interpretación no es posible, formular, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta”.

Plurinacional, a tiempo de realizar el control de constitucionalidad de la norma prevista por el artículo 162 del Código Penal (que tipificaba como delito de desacato la acción de calumniar, injuriar o difamar a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas), también realizó el control de convencionalidad de dicha norma penal sustantiva; aplicando para ello la interpretación realizada por la Corte Interamericana del artículo 13.2) de la CADH en la Sentencia del Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. De ahí que, en la referida Sentencia Constitucional, el Tribunal Constitucional no solamente ha realizado el contraste de la disposición penal sustantiva impugnada en la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, con las normas de la Constitución, sino también con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que del artículo 13.2) realizó la Corte Interamericana; de manera que, si bien no de manera explícita sino implícita, declaró la inconvencionalidad de dicha disposición a tiempo de declarar su inconstitucionalidad; pues ello subyace de los fundamentos jurídicos expuestos en la misma Sentencia Constitucional. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. La aplicación del Control de Convencionalidad en Bolivia. En: FUNDACIÓN OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA. Reflexiones y Análisis N°3 (2016). Disponible en: <http://bit.ly/2lsGH6m>

Entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional vinculante, todas las autoridades, pero sobre todo los jueces y tribunales, están obligados a analizar si las disposiciones legales que aplicarán en los casos concretos, son compatibles con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos e inclusive con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; vale decir, que deben efectuar un verdadero *Control de Convencionalidad*,⁴⁶ garantizando el efectivo goce de los derechos y garantías previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

IV. Conclusiones preliminares

En el desarrollo del presente trabajo se ha intentado vislumbrar la trascendental importancia del Bloque de Constitucionalidad que, en el caso de Bolivia, está conformado, además del texto de la Constitución, por todos aquellos tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos que habiendo sido ratificados por el Estado Plurinacional, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

Por otro lado, es importante resaltar que en el marco de la nueva visión del constitucionalismo del Estado Plurinacional de Bolivia, 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, habiendo insertado en el mismo bloque, los valores plurales y principios supremos rectores

⁴⁶ Por último, cabe poner de relieve que la jurisprudencia interamericana en sentido estricto (esto es, los criterios establecidos por la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana y de otros tratados de la región, que han sido acogidos por varios Estados), ha influido crecientemente en los ordenamientos internos. Esa jurisprudencia posee carácter vinculante inter partes, obviamente, en lo que toca a la solución específica de una controversia, pero también erga omnes en lo que atañe a la interpretación de la norma invocada o aplicada, con respecto a los Estados parte en un litigio y a todos los restantes que se hallan bajo el imperio del mismo orden convencional. La admisión de este último efecto, verdaderamente relevante, ha sido afirmada por el propio Tribunal incluso en lo que concierne a sus opiniones consultivas, cuyo carácter vinculante no fue sostenido en anteriores pronunciamientos. Esta afirmación deriva de las observaciones expresadas por la Corte a propósito del control de convencionalidad, en la Opinión Consultiva OC-21/14, «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», en cuya oportunidad, la Corte consideró “necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que indudablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», 19 de agosto de 2014, párrs. 110-114, 150, 280, 123-149. Disponible en: http://www.CorteIDH.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf Citado por: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 2016, N°20, 433-463. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15>

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

del orden constitucional, así como las decisiones jurisdiccionales que emanen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En consecuencia, y como producto de una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, se ha establecido que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto por diversos elementos que refuerzan su aplicabilidad, dado que además de la Constitución como norma jurídica, los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos, y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país, también forman parte de este Bloque de Constitucionalidad, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional, así como los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional vigente en Bolivia.

Pactos nacionales e internacionales y la Justicia Constitucional en el ámbito del Derecho Aduanero vinculado a la prescripción de las penas

*Claudia Marinelli*¹

*Jorge Luis Tos*²

*Alejo Basualdo Moine*³

Introducción

La interacción entre los pactos internacionales y el derecho interno de cada Estado cuya expresión más conspicua es la justicia constitucional genera un trascendente interés tanto en el nivel doctrinario cuanto en el aspecto pragmático desde la óptica de la magistratura, pues esta última, ante un caso concreto debe optar por efectuar un encuadre hermenéutico y, posteriormente, aplicar uno u otro ordenamiento ju-

¹ Abogada Socia del Departamento Legal Aduanero de Alpha 2000, Soluciones Informáticas, SRL. Profesora concursada a cargo de legislación y operatoria aduanera I y legislación y operatoria aduanera II de la carrera de licenciatura en comercio internacional de la facultad de ciencias empresariales de la Universidad Abierta Interamericana. Profesora titular de derecho aduanero de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana. Autora de diversos artículos y obras en la materia. Investigadora en materia aduanera y comercio internacional por la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Abierta Interamericana. Directora de la carrera de licenciatura en comercio Internacional de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Abierta Interamericana. Directora del instituto de derecho aduanero y comercio Internacional de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. cmmarinelli@gmail.com.

² Abogado y escribano por la Universidad del Salvador. Abogado especializado en derecho aeronáutico y espacial por la Fuerza Aérea Argentina, Master en Abogacía del Estado, por la Procuración del Tesoro de la Nación. Miembro del Instituto del Estudios Aduaneros y de la Academia Nacional de Ciencias Penales. Profesor titular de derecho aduanero y diversas materias afines en universidad nacionales e institutos aduaneros y de comercialización. Ha participado como expositor y concurrente, en numerosos cursos, jornadas y congresos sobre la materia. Abogado sumariante en la Dirección General de Aduanas (1980-2015). Director honorario del instituto de derecho aduanero y comercio internacional de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. mariastr@fibertel.com.ar.

³ Titular del estudio Basualdo Moine Puerto Madero. Columnista permanente en el Boletín diario de Ed. PCRAM NET sobre la temática aduanera. Artículos reproducidos en Rev. Despachantes Argentinos sobre derecho civil, aduanero, administrativo, penal, procesal penal y comercio exterior. Cargo desempeñado en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Revista de Derecho Espacial en el marco de la Sección Postgrado de Derecho Espacial de la Facultad de Derecho, en el año 1.986.— Miembro vocal del instituto de derecho aduanero y comercio internacional de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. alejobasualdomoine@yahoo.com.ar

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

rídico. A esos fines el órgano jurisdiccional debe recurrir al derecho positivo ya sea que seleccione uno u otro ordenamiento jurídico.

Concerniente al Estado Argentino la Constitución Nacional establece que las normas internacionales vinculantes respecto a aquél integran directamente el ordenamiento interno y, en lo atinente a los pactos la facultad deferida al Poder Legislativo Nacional para aprobarlos o desestimarlos no precisa de una norma interna referida a dicho tema.

Ello es así por cuanto en el ordenamiento jurídico del Estado Argentino el derecho internacional se considera derecho interno desde el momento en que el Poder Ejecutivo Nacional acepta obligarse y, específicamente en el caso de los pactos éstos conformarán norma interna cuando en ese ámbito adquieran vigor para el Estado Argentino⁴ de acuerdo a los lineamientos que en este último expresó su voluntad de vincularse.

Tocante a la relación jerárquica entre la norma internacional y la doméstica corresponde anticipar que la reforma al texto constitucional de 1994 determinó como principio general la superioridad de todos los tratados internacionales respecto a las leyes nacionales.⁵

Empero corresponde remarcar que la norma internacional será reconocida como norma interna según “las condiciones de su vigencia”, o sea que su ámbito de validez temporal será atribuido en función al ordenamiento internacional, por lo cual, integrará el derecho positivo del Estado Argentino a partir del momento en que se halle vigente para la Argentina en el ámbito internacional. A esto último cuadra añadir que la norma interna de fuente internacional debe ostentar el contenido y alcance que le ha otorgado el Estado Argentino al obligarse internacionalmente.

Por ello, deberán respetarse las reservas o declaraciones interpretativas efectuadas por el Estado Argentino.⁶

Los pactos nacionales e internacionales en relación con la justicia constitucional en el ámbito del derecho aduanero vinculado a la prescripción de las penas ya ha sido aplicado por nuestro máximo Tribunal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al alcance que debe asignarse a la garantía del debido proceso del art. 18 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales referidos a ella, en trato el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica, con respecto a las dilaciones indebidas en obtener pronunciamientos respecto de la presunta comisión de infracciones aduaneras, que se presenta como eje central de esta ponencia, en el sentido que debe tomar la normativa que se

⁴ La Convención de Viena de 1.969 sobre El Derecho De Los Tratados establece como principio general en el art. 24.1 que un Tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que pacten los Estados negociadores.

⁵ Constitución Nacional, Art. 75 inc. 22): “Los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las Leyes”

⁶ GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., “Los Tratados Internacionales y el Derecho Interno”, artículo publicado en La Ley T° 2014-C, p. 1073 y on line AR/DOC/1864/2014.

propone debería modificarse, tomando en consideración los motivos expuestos y la jurisprudencia respectiva.

Desarrollo.

I. Jerarquía normativa de los pactos internacionales

Respecto de los pactos internacionales nuestra Constitución Nacional de 1994 introduce una docena de instrumentos internacionales concernientes a los derechos humanos a los cuales se les asigna jerarquía constitucional en función a lo cual se patentiza en sede judicial una doble fuente de protección de los derechos fundamentales pues, a la par del plafón de protección de la CN, se manifiesta el que proviene del derecho internacional de los derechos humanos.⁷

A ello cuadra añadir que en el año 1972 el Estado Argentino ratificó la Convención Internacional de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que entró en vigencia en 1980, cuyo artículo 27 reza “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En sintonía con esta línea de pensamiento interesa destacar que en 1984 el Estado Argentino ratificó la CADH que en su artículo 2 establece “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Corolario de este sustrato normativo resulta que los tratados internacionales ostentan una jerarquía superior a las leyes mientras que las convenciones internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, no derogan ningún artículo de la primera parte de la CN, entendiéndose complementarias de los derechos y garantías por ella conocidos.

II. Código Aduanero y legislación comparada

La Ley Orgánica del Ecuador dispone que prescribe la acción penal por contravenciones y faltas reglamentarias en su art. 94, en el término de dos años, a contar desde la fecha de la comisión del ilícito.

El Código paraguayo, establece un plazo de prescripción para la extinción de la acción para imponer penas por faltas aduaneras, el transcurso de tres años, a contarse en forma similar a nuestro país, desde el 1º de enero del año siguiente al de la comisión del ilícito o de su constatación.

⁷ ABALOS, María Gabriela, Artículo “Supremacía Constitucional y Control de Convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994. Artículo publicado en Suplemento LA LEY CONSTITUCIONAL, N° 4, julio 2014, p. 17.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

La ley costarricense en su art. 231, establece como plazo para la prescripción de las infracciones tributarias, el término de cuatro años.

Nuestro Código Aduanero en su art. 934 establece que la acción para imponer penas por las infracciones aduaneras prescribe por el transcurso de cinco años al igual que la Ley de Bolivia.

En el art. 935 establece que la acción comienza a correr el primero de enero del año siguiente al de la fecha en que se hubiera cometido la infracción o en caso de no poder precisársela el de su constatación.

Contemplado lo ordenado legalmente, nos permitimos considerar sobre esta forma de cómputo del plazo de la prescripción, como medida que no se condice con los principios fundamentales que debe regir cualquier normativa legal, salvo las leyes de orden público. Y en estos aspectos, entendemos que en la aplicación de esta forma de extinción de la acción, no se guarda un principio fundamental de toda legislación, que es la aplicación en la misma forma para todo el que hubiera cometido la acción ilegítima. Así es que del simple cómputo de los plazos, tenemos que para aquella persona que hubiera cometido el hecho ilícito en cualquier fecha durante el año anterior, se computará la prescripción siempre a partir de ese 1° de enero siguiente, consecuencia de ello es que para que los distintos casos de la comisión, la prescripción no va a tener el mismo transcurso, en tanto podrá tratarse de seis años— cuando se hubiera cometido el hecho el 1° de enero de un año—, y en otros casos se tratará ese curso de cinco años y un día— ante la comisión del hecho, el 31 de diciembre de un año determinado.

III. Jurisprudencia

En “Aero Vip S.A c/DGA s/apelación. TFN, (Sala F) Expediente N° 19.392-A, se resolvió por declarar extinguida la acción penal por los votos del Dr. Pablo Garbarino y Christian González Palazzo, confirmado en CNACAF, Sala V.

La actora fue condenada en instancia administrativa al pago de una multa, procediendo al reembarco de la mercadería.

El Dr. Garbarino señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que su jurisprudencia resulta obligatoria respecto de todos los tribunales inferiores a efectos de la adecuada salvaguardia de la unidad jurídica en la interpretación ínsita en el principio consagrado en el art. 116 de la C.N., habiéndose calificado a sí misma como “intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” como lo son, v.gr., la ley 22.415 (Código Aduanero). Que, en efecto, pese a que la Corte Suprema “solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos “(...) De esa doctrina(...) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por y el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su

consecuencia. (“Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo”, del 4/7/85 (...) extremo que corresponde extender a la actuación de este Tribunal Fiscal, en tanto ejerce funciones jurisdiccionales sustantiva o materialmente judiciales, como órgano de justicia fiscal y aduanera, imparcial e independiente de la Administración activa.

(...) la Corte Suprema ha expresado en forma contundente que el desconocimiento de las pautas dadas por ella en sus pronunciamientos bastan para descalificar las sentencias emanadas de tribunales inferiores, “pues la ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial de la Corte aplicable al caso importa una decisiva carencia de fundamentación que vicia la sentencia como actor jurisdiccional” (“García, Sixto E.”, del 30/6/99; Suplemento de Jurisprudencia Penal de “La Ley”, del 27/9/99, p. 30).

Refiere a los autos “Bossi y García S.A. (TF 5932-A) c/DGA en el que la CSJN señaló que “el instituto de la prescripción de la acción tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (...) por lo que a su respecto deben aplicarse en debida forma todos los principios y garantías que rigen en nuestra Constitución Nacional y en los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.)

Entendió que atento a la naturaleza jurídica de contenido penal el procedimiento sumarial de marras había excedido todo parámetro de razonabilidad de duración de un proceso infraccional, en violación del derecho de la actora a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas conforme a los artículos 18 CN y 8, inc. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto y en cuanto el mencionado procedimiento sumarial se había prolongado durante casi quince.

Refirió a idéntica solución que había arribado la CSJN en la causa “Sudamericana de Intercambio SACI y F c/Administración General de Puertos, en un supuesto similar y que en la causa “Egea” afirmó que “cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la suspensión del curso de la prescripción “la duración del proceso penal por (en ese caso) casi dos décadas, viola ostensiblemente las garantías del plazo razonable del proceso y derecho de defensa.

Así también se refirió a la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA, del 26 de junio de 2012, respecto a que el carácter administrativo de un procedimiento sumarial (...) no puede exigirse en un óbice para la aplicación del principio a obtenerse un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas, (...) pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos no se encuentra limitada al Poder Judicial (..) sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública a la que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.

Concluyó que “la irrazonable dilación de un procedimiento, ya sea judicial, jurisdiccional o administrativo, resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Sobre cuáles son las pautas para la determinación de un plazo razonable, en tal sentido el Dr. Garbarino citó sobre lo así expuesto en diversos pronunciamientos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) “al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (...) que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento.

En la instancia de apelación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, en la que se confirmó por unanimidad el decisorio del Tribunal Fiscal de la Nación, el Juez Pablo Gallegos Fedriani ante el agravio manifestado por la demandada de la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación “por entender que no hubo por parte de Aero Vip la impulsión que exigía la causa (...) haber pedido pronto despacho o que pudo haber incoado un amparo por mora (...) consideró que “pretender que la actora sea quien lleve adelante su propio proceso implica trastocar el paradigma de todo juicio sancionatorio”.

El juez Jorge Alemany se remitió al voto en la “Agencia Marítima Robinson c/ DGA Resol. 336/06 del 17 de setiembre de 2013, “en la que se puso de manifiesto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable aplicada a la materia infraccional aduanera manifestó en precedente de Fallos 334:1264 que... “un procedimiento recursivo que (...) excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal. En tales condiciones, si en la especie se ordenara el reenvío a los efectos de la tramitación de un incidente de prescripción de la acción en la instancia pertinente ello no haría más que continuar dilatando el estado de indefensión, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 de la Constitución Nacional y 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)) Por lo tanto, (...) corresponde que sea esta Corte la que ponga fin a la presente causa (...) declarando la extinción de la acción penal por prescripción.

En el caso Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - en el que habían transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos y quince de haberse dispuesto su apertura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resultaba incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal sentido se expresó: (...)” se impone señalar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitucional, la

ley o la convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

(...) El derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta ser un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.(...) En este sentido, se ha expedido esta Corte al afirmar que “ la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal.(...) En el mismo orden de ideas se sostuvo que las garantías que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5º, 18 y 33 de la Constitución Nacional (...) cabe destacar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial (...) sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales. Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por tal razón mencionada, esa Corte considera “que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71). (...) esta doctrina fue ampliada por este Tribunal que consignó que si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, en palabras de la mencionada Corte, que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127) (...) en el mencionado caso “Baena” la Corte Interamericana con apoyo en precedentes de la Corte Europea - aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales pues admitir esa interpretación “equivale a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso (...) el “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar - han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento (casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y “López Álvarez v Honduras”, fallado el 1º de febrero de 2006, “Konig”, fallado el 10 de marzo de 1980) (...) En tal sentido, cabe recordar lo expuesto por esta Corte en el sentido que la garantía a obtener un procedimiento sin demoras indebidas no podía traducirse en un número fijo de días, meses o años (Fallos 330:3640) (..) las referidas pautas dan contenidos concretos a las referidas garantías y su apreciación deberá presidir un juicio objetivo sobre el plazo razonablemente admisible para que la Administración sustancie los pertinentes sumarios y, en su caso sancione las conductas antijurídicas (..) por lo tanto, cabe concluir que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. Conclusiones y recomendaciones

Atento la excesiva extensión de los plazos hasta obtener un pronunciamiento definitivo, en salvaguardia de la seguridad jurídica, y por los motivos expuestos en defensa de las garantías establecidas por el art. 18 de la Constitución Nacional y el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme la jurisprudencia aplicable al caso, se propone la modificación normativa en la reducción del plazo contemplado por el art. 934 C.A., de 5 a 2 años en forma similar a la ley de Ecuador y el cómputo del plazo establecido por el art. 937 al que establece el art. 63 del Código Penal comenzando a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse, al fin ya expresado de respeto al principio de igual de aplicación de la legislación para el que cometiere un ilícito aduanero.

Bibliografía

- GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T.; “Los tratados internacionales y el derecho interno”, La Ley 2014-C, p. 1073., cita online: AR/DOC/1864/2014.
- ÁBALOS, María Gabriela; “Supremacía Constitucional y Control de Convencionalidad a Veinte Años de la Reforma de 1994”, artículo publicado en Suplemento La Ley Constitucional, N° 4, julio 2014, p. 17.
- ÁBALOS, María Gabriela; artículo citado, p. 21.
- ROSATTI, Horacio; “El Llamado Control de Convencionalidad y el Control de Constitucionalidad en la Argentina”, Suplemento Constitucional 2012 (febrero), 13/02/2012, La Ley 2012-A, p. 911.
- LOIANNO, Adelina; “La Regla de Convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Paradigmas Convencionales y Adecuación de la Ley Civil”, artículo publicado en Revista de Derecho Público 2015 - 2, Santa Fe.
- BAZÁN, Víctor; “Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por Omisión”, artículo publicado en Diario La Ley del 20/12/2016, Año LXXX, N° 239, p. 7.
- ÁBALOS, María Gabriela; “Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Control de Convencionalidad”, Diario La Ley, Año LXXX, N° 236, p. 1, del 15 de dic., 2016.
- IBERLUCÍA, Emilio A; “La recepción del Derecho Internacional en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y el Control de Convencionalidad”, La Ley 2011-D, p. 1120.
- C.I.D.H.; Opinión consultiva, OC 14-94; “Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (arts. 1° y 2° solicitada por la Comisión I.D.H., párrafo 35.
- BAZÁN, Víctor; artículo citado, p. 8.
- GATTI, Franco; “El Tribunal Fiscal de la Nación frente al Control de Constitucionalidad y Convencionalidad; Errepar, Doctrina Tributaria (DTE), XXXVIII, octubre de 2017, p. 1023.
- HITTERS, Juan C.; “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación”, La Ley - Bs. As., 2009.
- BAZÁN, Víctor; “El Control de Convencionalidad y la Necesidad de Intensificar un Adecuado Diálogo Jurisprudencial”, publicado en Sup. Act. 01/02/2011, 1; cita online: AR/DOC/7901/2010.
- GONZALEZ SEOANE; “El Análisis del Plazo Razonable en la Tramitación de Juicios de Contenido Tributario y su Jurisprudencia Reciente” (Edit. El Dial Express de fecha 23/10/2014).

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales
y la justicia constitucional

ALSINA, Mario A. –BARREIRA, Enrique C. - BASALDÚA, Ricardo Xavier -
COTTER MOINE, Juan P. - VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G; “Código
Aduanero Comentado Tomo III, Edit. Abeledo Perrot, pp. 348/355.

Supremacía constitucional y reforma constitucional

Micaela Alarcón Gambarte¹

I. La Constitución: dimensión normativa y política.

Contraposición kelseniana y shmittiana

La sustentación de que la Constitución es una norma jurídica, conlleva las siguientes consecuencias jurídicas:

- La violación de la Constitución por la ley conlleva la inconstitucionalidad de ésta.
- La Constitución como auténtica norma jurídica es directamente aplicable en materia de derechos y libertades.
- La interpretación de todas las normas jurídicas conforme a la Constitución.
- La Constitución como norma suprema vincula a todos los poderes públicos.
- La derogación de todas las normas contrarias a la Constitución y la inconstitucionalidad sobreviniente de las normas anteriores a la Constitución.
- La Constitución se convierte no sólo en norma suprema sino en norma delimitadora del sistema de fuentes del derecho.

Así lo estableció Eduardo García Enterría “*La Constitución no es solo una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*”.² Asimismo, el citado autor establece que la Constitución define el sistema de fuentes formales, porque siendo la expresión de una intención fundacional tiene pretensión de permanencia, y porque constituye una superlegalidad formal que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el principio de supremacía normativa de la Constitución, se constituye en la gran aportación del constitucionalismo norteamericano, cuyo legado fue

¹ Abogada. Maestría en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales, obtenida con honores por la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA) Bolivia; doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA), ex miembro titular de la Comisión de Reforma de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Miembro Adjunto Extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

² García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 48.

concebir una Constitución escrita en un parámetro superior y por su superioridad jerárquica decida la validez de las leyes ordinarias, emitidas por el Parlamento. Así, en *The Federalist*, Alexander Hamilton propone el tratamiento directo de la Constitución como norma fundamental law, que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes; este hecho produjo y reconoció la facultad a los tribunales de inaplicar las leyes emanadas del Congreso, que entren en contradicción con ella.

De esta forma, establecemos como se fue forjando en el constitucionalismo norteamericano la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y por otro lado la consolidación del judicial review, el reconocimiento por parte de los Tribunales, de declarar la nulidad de las normas que contradigan la Constitución.

En efecto, esta doctrina no es enunciada y dispuesta por el Tribunal Supremo, sino hasta la Sentencia de 1803, Caso *Marbury v. Madison*, cuyo juez Marshall, expresa taxativamente en el contenido de la Sentencia “*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”.

En nuestra actual doctrina constitucional, se ha impuesto el carácter normativo de la Constitución, la garantía jurisdiccional de los derechos humanos, y la vigencia del control de constitucionalidad, en sus diferentes modalidades. Inclusive, diferentes corrientes de la doctrina constitucional, sobre todo en su vertiente del constitucionalismo francés, en cuanto a la necesidad de declarar la constitucionalidad e inconstitucionalidad de una norma, el Consejo Constitucional francés, ha desarrollado jurisprudencia, donde establece que hasta el preámbulo de la Constitución, puede considerarse como norma jurídica aplicable para los efectos de contraste del Control de Constitucionalidad, juntamente con las Declaraciones de Derechos; es decir, no únicamente las cláusulas expresas constitucionales.

Por su parte la Constitución, como la construcción del orden político, establece Javier Pérez Royo es “*posibilitar la construcción jurídica de un orden político*.”³

La Constitución de un lado viene a otorgar la configuración y el ordenamiento de los poderes del Estado, por ella construidos y reconocidos. De otro, establece y regula los límites del ejercicio del poder, las libertades y derechos fundamentales, y el cumplimiento del ejercicio del poder en beneficio de la comunidad en su conjunto.

La Constitución es un sistema preceptivo de emanación del pueblo, como titular de la soberanía popular, en su función de poder constituyente; los referidos preceptos constitucionales se encuentran destinados a regular el funcionamiento orgánico de los diferentes poderes del Estado, estatuidos por la propia Constitución, y por los propios ciudadanos.

Kaegi sostuvo “*lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la ‘fuerza vinculante bilateral de la norma’ esto es la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en con-*

³ Pérez Royo, Javier, Curso de derecho constitucional, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 100.

traposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico.”⁴

Por su parte, el profesor Javier Pérez Royo, sostiene que la Constitución racional y normativa “*es el resultado de la combinación de un elemento formal y otro material. Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento. Materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida*”.⁵

Por constitución material, entendía que es la realidad social según Lasalle, al sostener que las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas, sino cuestiones de poder. Estableció que la Constitución escrita es una *hoja de papel* y que la Constitución verdadera de un país, es la relación de fuerzas que existen dentro de una sociedad. De Otto, argumenta que la constitución material “*alude al conjunto de las normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos*”.⁷

La idea a la que se pretende arribar es que la Constitución, tiene inmanente dos características en esencialidad, para la correcta comprensión de su concepto y que las mismas conforman una conjunción indisoluble; a saber la dimensión política y la dimensión normativa.

La Constitución no sólo será una norma jurídica suprema, norma normarum; sino que también se constituye en una Carta Política, que regula los poderes del Estado, los derechos de los ciudadanos y limita el poder; acuerdo emergente de la voluntad popular, de la soberanía. Es decir, es una tensión latente.

Autores, han decantado a lo largo de la historia constitucional, abogando de acuerdo a sus concepciones doctrinales y en algunos casos ideológicas, por una posición y otra; pretendiendo realizar una incisión a esta conjunción. Schmitt, sostenía que la Constitución se reducía a las decisiones fundamentales; es decir, la posición decisionista considera que el derecho tiene su raíz en la voluntad, es decisión y no norma, la Constitución no surge ni se establece por sí misma sino que es producto de una voluntad del poder constituyente.

El autor alude a que el pueblo es quien otorga legitimidad a la norma superior. Para este autor, se entiende por Constitución positiva “*aquella que contiene la decisión o determinación política consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política*”⁸ con dicha afirmación el jurista alemán deslegitima y otorga un valor relativo a toda norma positivizada que no cuente con el elemento de la decisión fundamental.

⁴ La cita en Kaegi, Werner; corresponde a su obra Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich, 1945, p. 41 y ss.

⁵ Pérez Royo, p. 99.

⁶ Lasalle, Federinant, ¿Qué es una Constitución?, Barcelona, 1989, p. 45.

⁷ Álvarez Conde, p. 149.

⁸ Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, trad. de F. Ayala, Madrid, 1934, p. 25.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

En efecto, al establecer la teoría decisionista, que la Constitución es un acto de voluntad del poder constituyente en mérito a que es la decisión política fundamental, creadora y legitimadora de un nuevo orden, llega a distinguir entre Constitución y Leyes Constitucionales. En todo caso, lo que se destaca y sobresale es el elemento político y existe una negación de su complemento normativo; es decir la decisión fundamental o el aspecto político fundamental.

En sentido contrario, Kelsen define la Constitución desde un punto de vista lógico-jurídico, como la norma hipotética fundamental del ordenamiento jurídico. El autor, sostuvo “*Algunos declaran con desprecio que la teoría pura no tiene ningún valor, pues se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación (...) otros sin embargo la acusan de expresar una filosofía particular. Pero ¿Cuál? Para los facistas se vincula con el liberalismo democrático, para los liberales y socialistas abre el camino al fascismo, para los comunistas es una ideología inspirada en el estatalismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella una expresión del bolchevismo grosero (...) En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría Pura del Derecho; esta es la prueba (...) de que ha sabido conservar su carácter de teoría pura...*”⁹

Este aspecto neutral que presenta la doctrina de la teoría pura del derecho, anula concebir toda legitimación política o relación de poder; consecuentemente permitiría la utilización de la Constitución por cualquier tipo de régimen, democrático o antidemocrático, toda vez que podría llenarse el sistema lógico-normativo de uno u otro contenido político e ideológico, por ejemplo fascista, liberal, democrático, comunista. Rechazando cualquier concepción de poder constituyente, toda vez que la Constitución se convertiría en un sistema de normas, y con la pretensión de que por su propia legalidad, alcance legitimidad.

En consecuencia, analizadas ambas posiciones, no puede definirse la Constitución, sino como la elaboración política-normativa; es decir, la Constitución es un complejo normativo, porque es el propio pueblo, como titular de la soberanía popular, quien determinará el aspecto normativo de la misma, que limitará y garantizará el ejercicio del poder. Con lo cual, dicho sistema normativo, tendrá una legitimidad propia.

II. La Relación entre el Principio Democrático y la Supremacía Constitucional

Debe reconocerse que una de las más importantes y trascendentes aportaciones que otorgó el constitucionalismo norteamericano, fue el hecho de lograr una conjunción entre el principio democrático de la soberanía popular con la idea de un gobierno sometido a la norma suprema, que es la Constitución, (división de poderes y reconocimiento de derechos).

Esta concepción podemos describirla en dos momentos principales: un primer momento originario del Estado, el momento constituyente, por el cual la soberanía popular se manifiesta para la instauración de un gobierno, y donde el pueblo estable-

⁹ Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, R. Vernengo (trad), 1979, UNAM, México.

ce características sin ningún límite. Y un segundo momento, una vez constituido el Estado, por activación de la soberanía popular, el establecimiento de un conjunto de poderes públicos actuando con controles y límites.

Es cierto que la experiencia constitucional de Estados Unidos, marcó un precedente importante, en la actualidad existe una tensión intrínseca entre los dos conceptos que la integran; es decir, el carácter democrático del sistema político y por el otro el carácter constitucional, con el reconocimiento de los postulados constitucionales, o dicho de otra forma la tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional.

Así las cosas, el principio democrático, tiene relación con la idea de que el pueblo participe democráticamente en el ejercicio del poder de una determinada comunidad política ya consolidada o, que sea el propio pueblo como titular de la soberanía popular, que otorgue una nueva forma, estableciendo las formas y los modos de organización de un determinado Estado.

En efecto, el principio democrático de la soberanía popular, reconoce que es el pueblo quien estatuye y sanciona una Constitución, y por consiguiente, mantiene latente su derecho a poder transformar la misma.

En este sentido debemos considerar el principio democrático, con la teoría del poder constituyente originario. En el siglo XVII, cuando por primera vez, el pueblo con su voluntad fija las reglas, mediante las cuales, se regirá la comunidad política; hacemos alusión a los *convenants* de las colonias norteamericanas, donde es el pueblo quien estatuye y sanciona las normas que regirán la comunidad política, y es bajo esta idea que se conduciría, la redacción de la constitución norteamericana y de las constituciones revolucionarias francesas, con lo que el principio de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo, se consagran en su carácter eminentemente democrático.

Como se vio precedentemente, en la génesis de ambos procesos constituyentes, cuya máxima esencialidad democrática, se estableció a través, de la participación directa del pueblo en la organización y conformación —a través de su voluntad— del funcionamiento y órganos de los Estados, regulados por una Constitución. Es indudable, el reconocimiento democrático de ambos procesos, empero lo que resalta la diferencia entre el uno y el otro, descansa en que en el proceso norteamericano, se reconocieron garantías del acto denominado: *primigenio acto constituyente*.

La supremacía de la Constitución como norma, implica que las constituciones escritas, desde que emergieron, establecieron las directrices generales del desarrollo político y jurídico de un Estado; es decir, se erigieron como normas jurídicas supremas. La citada característica, deviene toda vez que las Constituciones se convierten en detentadoras de las reglas que dotan de competencia a los órganos estatales, para su actuación y del proceso que debe agotarse para la creación de normas ordinarias.¹⁰

Kelsen concebía a la Constitución como suprema, al considerar ésta como la fundante de todo el sistema jurídico; es decir, la norma suprema es la que establece

¹⁰ Schmitt, p. 95.

cómo se deben crear todas las normas jurídicas del sistema y para su vigencia y validez, también se debe establecer cuál es el órgano competente para expedirlas.

La Constitución en su carácter de norma suprema o de norma fundante, se posiciona en la cúspide del sistema jurídico y de ella emana la validez de todo acto jurídico, y debe existir una adecuación connatural de dicho acto con la norma fundante. Aquélla norma jurídica que no cumpla con los requisitos previstos a nivel constitucional para su validez, será en consecuencia inválida.

La Constitución, presenta como la característica más importante, ser una norma suprema. La supremacía constitucional, para obtener un entendimiento correcto de la misma, puede dividirse en dos vertientes principales: una supremacía de carácter formal y una supremacía de carácter material.¹¹

En cuanto a la dimensión formal de la concepción de supremacía constitucional, se caracteriza en que la Constitución es formal, al ser una Ley que, a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico,¹² en consecuencia se establece un procedimiento dificultoso o agravado para su reforma. La dimensión material de la concepción de supremacía constitucional, significa que la Constitución contiene y, a la vez concentra los valores y principios fundamentales que rigen una sociedad, solventando las necesidades de justicia de sus integrantes.¹³ Estos principios y valores, dan contenido y sustento, al sistema constitucional.

En el sentido de la supremacía material, surge la idea primigenia que la función de la Constitución dentro del Estado, fue limitar los excesos del poder político, de forma posterior se atrajeron otras pretensiones, como el esquema del desarrollo de la división de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Corresponde recordar que en la historia constitucional (antes del surgimiento del constitucionalismo moderno) el monarca era quien se erigía como único poder soberano, exceptuando en todo caso el sistema inglés, en el cual fuera de la potestad de rey –parlamento, existían diversos estamentos potestativos–, para participar y decidir en la res pública. Un claro ejemplo, se encuentra en las primeras constituciones francesas, en las cuales era inconcebible, que el poder del monarca se viera sujeto o limitado por una ley superior. En efecto el carácter potestativo supremo de la Constitución, tuvo que trasladarse de la voluntad del rey o monarca a la voluntad del pueblo, consagrada fielmente en el texto constitucional.

Sobre esta base, se comenzó a construir la noción e idea de soberanía, siendo la base para el posterior desarrollo del Estado de Derecho Constitucional. El reconocimiento del poder soberano del pueblo, representado en un primer momento por el propio poder constituyente; éste será quien recoja los valores supremos e ideología de una determinada sociedad, y serán plasmados en valores y principios intangibles, dentro del texto constitucional, que mantendrán su supremacía de

¹¹ De La Cueva, Mario, Teoría de la Constitución, México, Porrúa, 2008, p. 96.

¹² Prieto Sanchís, Luis, Apuntes de teoría del Derecho, 2 ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 76 y 77.

¹³ Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil, 4 ed., Madrid, Trotta, 2002, pp. 114-116.

acuerdo al funcionamiento del poder revisor. Basta colegir al respecto, que el origen de esta formulación se encuentra en la corriente contractualista, transitando por Thomas Hobbes (estado de naturaleza previo a toda organización política y social, estado de anarquía y delegación, a un único representante del único poder) John Locke, (estado de naturaleza en el que se organice una sociedad para su convivencia) Jean Jacques Rousseau, (fuente original del poder al pueblo soberano) la Convención de Filadelfia, (el constituyente norteamericano, al advertir que no contaba con factores y elementos históricos o legítimos del poder, como las monarquías europeas, que fundamente la creación de un sistema constitucional, justificaron que era el propio pueblo, a través de su voluntad, que conformaba una organización político-social determinada).

En consecuencia, la Constitución norteamericana de 1787 (Nosotros el pueblo, utilizado en el Preámbulo) y posteriormente las francesas de 1791 y 1793, se convirtieron en normas supremas, por emanar y ordenarse obedeciendo a la soberanía popular. Así, los factores de índole axiológica y material contenidos y reconocidos en la Constitución, como producto del ejercicio soberano legitimador, que construyó una estructura normativa superior (poder constituyente originario) dichos elementos de carácter material, sean valores, principios y derechos permiten al orden constitucional permanecer como un ente de carácter supremo (la razón de ser de la Constitución).

La supremacía formal, como se vio tiene relación con la superioridad de la Constitución como norma (Kelsen, visión jerárquica del Derecho, lógica y sistemática). La norma jurídica se encuentra inmersa en una relación jerárquica en donde cada regla guarda un orden de prelación, en forma ascendente como descendente, y la Constitución encabeza la jerarquía normativa y las demás normas poseen un valor gradualmente inferior a superioridad jerárquica de la misma¹⁴ (Guastini: en los sistemas jurídicos existen múltiples formas de vinculación, sin que exista una forma única y jerárquica, habla de cuatro tipo de jerarquías: 1) estructurales o formales, 2) materiales, 3) lógicas y 4) axiológicas).¹⁵

En mérito a estas definiciones, interesa al objeto de estudio de este aporte, profundizar en el aspecto de la supremacía en su carácter formal, vinculada con los procedimientos de reforma agravada de la Constitución.

Solo reconociendo que la Constitución proviene del pueblo, pueden mantenerse vigentes los atributos de norma fundamental y suprema de la Constitución y, a su vez, para que el aspecto democrático no sea ilimitado, contendrá las garantías de los derechos.

¹⁴ Según una opinión muy difundida, los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos: a) provistos de una estructura jerárquica, b) en cuyo vértice figura una norma “última” y “suprema”.

¹⁵ Ver en general bibliografía extensa de Ricardo Guastini.

III. Rigidez constitucional: garantía de la supremacía constitucional y el principio democrático

El principio democrático, el poder constituyente, no es ilimitado, sino que tendrá garantías por ejemplo, los procedimientos agravados de reforma, que se constituye en el aspecto de la supremacía de carácter formal de la Constitución. Por esto mismo, aludimos a la tensión entre el principio democrático (poder constituyente originario) y supremacía constitucional (entendida en su aspecto formal: los procedimientos agravados de reforma). Esto último significa que la reforma constitucional, es una garantía de la supremacía constitucional.

La supremacía constitucional en el poder constituyente, no se puede concebir una Constitución en *strictu sensu*, sino se protege dentro del sistema jurídico, la superioridad jerárquica de ésta por intermedio de los mecanismos de garantía de la supremacía. Es decir, no puede mantenerse incólume una Constitución con la nota de norma suprema, en el marco del poder constituyente, si no se garantiza este principio democrático a través de la reforma constitucional (poder constituyente constituido); o dicho en otras palabras, la única forma de proteger la superioridad de la Constitución dentro del sistema jurídico, es recurriendo a los mecanismos de garantía de la supremacía.

Los mecanismos que la doctrina constitucional ha establecido son dos: **1)** la reforma constitucional agravada (rigidez constitucional) y **2)** el control de constitucionalidad de las leyes.

En este sentido, es importante analizar la reforma constitucional como mecanismo de garantía, que determina un proceso más agravado en la reforma que las demás normas del sistema jurídico. Asimismo, corresponde aclarar que la supremacía de la norma jurídica-política fundamental, que basa su poder constituyente en la soberanía popular, es el que determina estas garantías. El profesor Joaquín Varela, expresa al respecto “*Ignacio de Otto, siguiendo a Alf Ross y partiendo de la premisa de que desde un punto de vista lógico-jurídico una proposición no puede referirse a sí misma, ha insistido en que la Constitución no puede ser reformada en aplicación de los procedimientos ordinarios que ella misma regula (...)* Para que una norma pueda ser modificada es necesario, por tanto, que lo disponga otra norma, que estará en un plano lógicamente superior que la norma que se trate reformar. Si existe, esa es la norma lógicamente superior (por eso este autor habla de las normas de reforma como el núcleo de la Constitución)”.¹⁶

La superioridad de la Constitución, determinará su rigidez, última que garantiza la dinamicidad y continuidad del sistema jurídico-político, y legitima la superioridad misma de su jerarquía suprema. En consecuencia, el reconocimiento de la soberanía popular, y la supremacía constitucional, por medio del mecanismo de reforma agravada, conllevan a la vigencia de una Constitución normativa de carácter superior.

¹⁶ Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 87.

El Profesor Pace, así lo sostiene “*La revisión constitucional mediante un procedimiento especial no se inventó para hacer rígidas las constituciones, sino, al contrario, para consentir la modificación de las constituciones, que de otro modo resultarían inmodificables. De un lado se quería una constitución escrita que, por permitir medir el poder, se situase lógicamente por encima de éste; de otro, los propios defensores de las constituciones recogidas en un único documento no querían que una generación pudiese vincular a la sucesiva (...) el procedimiento de reforma constitucional se establece por lo tanto para garantizar el orden constitucional ‘rectius: un determinado orden constitucional’, en el sentido de que consiente la adaptación de dicho orden a las variables exigencias sociales, sin que por ello se ponga en cuestión la rigidez constitucional, es decir, las estabilidad de las reglas confiadas a la escritura*”.¹⁷

La reforma parcial, –en el caso boliviano– es el poder constituyente constituido o poder constituyente derivado –*Asamblea Legislativa Plurinacional*–, el que puede realizar modificaciones al texto constitucional, empero este poder constituido tiene limitaciones formales y materiales que se encuadran al mandato constitucional, no pudiendo transgredir la Constitución, siendo su campo de acción limitado con respecto a la Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria, la cual tenía un amplio poder creador, así como de auto-regulación.

La reforma parcial de la Constitución, se encuentra estipulada en el artículo 411 parágrafo II, del texto constitucional, que expresa:

“La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”.

Existen grados diferenciados en la reforma constitucional y podemos apreciar la marcada diferencia entre la reforma parcial y la reforma total de la Constitución.

La reforma parcial, conforme se deduce del artículo 411, parágrafo II., es llevada a cabo por la Asamblea Legislativa Plurinacional como poder constituido por parte del poder constituyente. En el caso de la Constitución boliviana, instituye un procedimiento y un poder especial, apto para ejecutar las transformaciones a futuro del ordenamiento constitucional. La fuerza especial que lleva a efecto el cambio constitucional contenido en el artículo 411.II., suele denominarse poder revisor, poder reformador o poder constituyente-constituido.¹⁸

En este aspecto, las transformaciones o reformas constitucionales que señalamos, no deben ser aquellas que afecten a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías o, a la primacía y reforma de la Constitución, pues estos aspectos sólo pueden ser reformados por una Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria, conforme lo señala el artículo 411.I. constituyente y poder revisor. El poder constituyente, como poder soberano, previo y total. A la inversa, el poder de

¹⁷ Pace y Varela, pp. 124 y 125.

¹⁸ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 65.

reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre.

Quizás, la mayor diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido es que el primero no conoce límites por ser un poder primario y, pre-jurídico, con amplias facultades. En cambio, el segundo se somete a los límites que le son impuestos por la Constitución, no pudiendo actuar más allá de los mismos.

Podemos sostener que la reforma de la Constitución es instaurada como una garantía de defensa para ella misma. La *defensa de la Constitución* es muy importante para su propia subsistencia, pues posibilita que la “*Constitución formal se constituya en Constitución material real y efectiva*”¹⁹ asimismo, que “*La defensa constitucional implica un concepto genérico de salvaguarda de las disposiciones fundamentales, que abarcan no sólo el aspecto que podemos denominar patológico de la Constitución, sino también su carácter fisiológico, que comprende sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales*”. Esta defensa se conforma a través de un conjunto de instituciones e instrumentos jurídicos y procesales que fueron hábilmente establecidos por el constituyente en la nueva Constitución.

De esta forma, tanto la supremacía constitucional, como la reforma de la Constitución establecidos en la quinta parte de la Constitución boliviana, se instauran como un mecanismo de protección constitucional que se compone por todos aquellos agentes políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica, los cuales han sido incorporados dentro la normativa constitucional, pretendiendo así limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia norma fundamental.

IV. Límites Explícitos e Implícitos a la Reforma Constitucional

La clasificación de los límites a la reforma constitucional, según De Vega y Cicconetti, pueden darse diferentes clasificaciones,²⁰ en este caso podemos ejemplificar los siguientes: límites absolutos/relativos, límites heterónomos/autónomos, límites textuales/implícitos, límites formales/materiales, entre otros. Para los fines metodológicos del presente trabajo, analizaremos la propuesta planteada por el Dr. José María Sauca, quien sostiene la vigencia de límites temporales, límites circunstanciales, límites lógicos y límites axiológicos.

a. Límites temporales: en este planteamiento, puede observarse que durante la época decimonónica, se defendió por los constituyentes la idea de duración de su obra, es decir de la carta constitucional, y consiguientemente evitar cualquier tipo o carácter de reformas, que puedan alterar en consecuencia, la consolidación del sistema político y jurídico existente; es decir, el ordenamiento de la sociedad y la regulación de los poderes públicos. En este sentido, es claro que existía un temor

¹⁹ Nogueira, Humberto, Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales, Valdivia: Revista de Derecho, Vol. 14, 2003, pp. 43 y 66.

²⁰ De Vega, pp. 53 y 54.

oculto al surgimiento de cambios revolucionarios que arranquen la legitimidad de los presupuestos en los que se consolidaba el liberalismo burgués (así como el restablecimiento del *ancien régime*).

Al respecto, Jefferson y Paine, analizaron el problema de las generaciones futuras, las cuales no pueden sujetarse a las pasadas y el problema de la temporalidad de la Constitución, como producto y obra del constituyente.

Como señala De Vega, la pretensión fue la perpetuidad de la norma superior, cuya finalidad era evitar cualquier surgimiento que ponga en riesgo los fundamentos de la elaboración de las cartas constitucionales y de remover los cimientos de una sociedad asentada por determinadas reglas, y dirigidos sus poderes por determinados preceptos constitucionales, rectores de la vida pública. Es decir, el reconocimiento y existencia de constituciones irreformables (Ejemplos: Etiopía 1931, Finlandia 1919).

La gravedad de este tipo de constituciones hiperrígidas, que no admiten reforma, es que con el transcurso del tiempo se presenta un desfase entre la realidad y la norma *normarum*, con el consecuente riesgo, de que el temor se vuelva realidad, al existir la posibilidad, de que ese poder constituyente originario inactivado, se active de forma violenta, aboliendo el sistema jurídico-constitucional, porque existe una inexistencia de adaptación entre la realidad fáctica y su regulación por la norma superior.

En este sentido, nos centramos en el establecimiento, dentro de determinados textos constitucionales, que contienen expresamente la consagración de límites temporales taxativos, que limitan la actuación del poder de reforma constitucional, por ejemplo a un determinado período. Un claro ejemplo, fue la Constitución francesa de 1791, que en su Título VII, artículo 3, prohibía cualquier tipo de reforma en un período de cuatro años, computables a partir de su aprobación. Por su parte, la Constitución de Polonia de 1791, establecía la posibilidad de modificaciones únicamente por obra de una dieta constitucional extraordinaria, la misma que debía convocarse cada veinticinco años. Asimismo, la Constitución española de Cádiz de 1812, que a través de su artículo 375 prohibía la reforma en un plazo de ocho años. La Constitución de Colombia de 1821, a través de la regulación del artículo 191, dispuso un período mínimo de diez años, pasados los cuales recién se podría convocar de nuevo a una Convención, que autorice poder reformarla.

La Constitución griega de 1927, establecía un período de ausencia de modificación, con carácter absoluto de cinco años, para la totalidad de sus disposiciones; transcurridos los cuales, únicamente las disposiciones no fundamentales, podían modificarse mediante un procedimiento especial, así lo regulaba su artículo 125; asimismo, dicha cláusula de temporalidad expresa, vuelve a repetirse en la Constitución Griega de 1975, a través del artículo 110.6. La Constitución de Ecuador de 1929, regulaba mediante el artículo 164, un límite temporal de no modificabilidad de 4 años y la Constitución de Nicaragua de 1911, estableció un tiempo de no modificación de 10 años.²¹

²¹ De Vega, pp. 244 y 245.

Como observa Carbonell, se advierte que mientras dicho plazo esté vigente, el mismo se constituirá en un límite a los poderes constituidos para realizar y efectivizar procesos de reforma y por lo tanto deben ser tomados en cuenta.²²

b. Límites circunstanciales: significa el planteamiento de limitar la reforma constitucional en situaciones determinadas donde se pone en riesgo la discusión democrática. El Profesor De Vega, expresó al respecto “*Estos límites se han venido presentando también a lo largo del siglo XIX en el que se presentan textos constitucionales que niegan la posibilidad de reforma en determinados momentos de la vida estatal*”.²³ Como ejemplo ilustrativo, se encuentra la Constitución belga de 1831, que a través de su artículo 84, reguló la prohibición de reforma en los períodos de regencia (gobierno de un Estado durante la minoría de edad, la ausencia o incapacidad de su legítimo príncipe); la Constitución de Holanda de 1887, según su artículo 75; la Constitución japonesa de 1889, según su artículo 75; la Constitución de Rumania de 1923, según su artículo 85; la Constitución de Egipto de 1930, según su artículo 147.

Por otra parte, los Estados de excepción o guerra, y ocupación del territorio por parte de tropas extranjeras, se constituyen en límites circunstanciales explícitos al poder de reforma. Entre los ejemplos, podemos citar los dispuestos en el artículo 169 de la Constitución Española que establece “*No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116*”. Y la Constitución francesa de 1946, que mediante su artículo 94, prohibía cualquier tipo de revisión en caso de ocupación total o parcial del territorio por parte de tropas extranjeras.²⁴

c. Límites lógicos: son analizados principalmente por Alf Ross y Adolfo Merckl. A este tipo de límite corresponde, por ejemplo, la célebre paradoja de Alf Ross.²⁵ Esta se refiere a cómo la reforma de una Constitución significa seguir las reglas que ella misma fija para este procedimiento, lo cual incluso podría llevar a su autodestrucción. En general, los límites lógicos utilizan herramientas propias de la argumentación jurídica. Se trata de establecer hasta dónde llegan los poderes constituidos, y se concluye que estos no pueden destruir la elaboración política y normativa, de tal manera que les está vedado convertirse en poderes constituyentes cuando pretendan, por intermedio de la modificación de los procedimientos de reforma, otorgarse tales poderes.

Según Guastini, algunos los denominan límites lógicos porque se derivan de la estructura lógica del lenguaje constitucional o del concepto mismo de Constitución.²⁶

²² Carbonell, Miguel, Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho, México, UNAM, 1998, p. 262.

²³ De Vega, p. 244

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sobre la Paradoja de Ross, véase Ross, Alf, On self reference and a difficult puzzle of Constitutional Fontamara, 3ª. Edición, México, D.F.1997.

²⁶ Guastini, Ricardo, Estudios de teoría constitucional, Colección doctrina jurídica contemporánea, Fontamara, México, 2001, p. 203

d. Límites axiológicos: esta clasificación de límites al poder de reforma, se presentan en sede del poder constituyente constituido y no así del poder constituyente originario, para este último se reserva el estudio no como límite sino como garantía del Estado democrático. Específicamente nos referimos a que los derechos fundamentales se convierten en cláusulas de garantía del poder constituyente.

Lo que concierne en cuanto a los límites axiológicos textuales o también denominados cláusulas de intangibilidad, es la referencia más próxima prevista en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que establece la garantía de los derechos y la separación de poderes.

Asimismo, podrá dividirse en cláusulas de intangibilidad que protegen el principio de Estado democrático (las cláusulas de intangibilidad que protegen los derechos fundamentales; cláusulas de intangibilidad que protegen la forma territorial del Estado; el Estado social; la protección ideológica religiosa).

Cláusulas de intangibilidad que protegen el principio de Estado democrático: el principio democrático se constituye en el elemento clave y pilar de la nueva organización societal, frente a los absolutismos y monarquías; es decir, la limitación del poder soberano y el ejercicio pleno de la democracia. Empero, con relación a este último aspecto, es importante aclarar que la consolidación del ejercicio pleno de la democracia, no pudo afianzarse durante el siglo XIX, principalmente en Europa, basta recordar que después de los procesos revolucionarios de carácter democrático, emergieron las restauraciones y con ellas las denominadas constituciones pactadas por el monarca, sustituyendo el principio de soberanía popular por la soberanía compartida o, los conceptos de soberanía nacional, soberanía del parlamento y la personalidad del Estado. Sin embargo, durante la misma época se presentan formas de proteger el presupuesto de la democracia, en el mismo texto constitucional; en este sentido, se advierte la consagración de las denominadas cláusulas de intangibilidad tendientes, –en su momento y contexto– a proteger la forma de gobierno republicana y constitucional, en contra y de lucha resistente contra las tendencias de la perpetuidad del poder del monarca, en el marco del pacto constituyente. Así, citamos como ejemplos de este tipo de cláusulas de intangibilidad, el artículo 122 de la Constitución de Noruega de 1814, que prevé “*Que se excluyen del campo de la revisión las proposiciones que contraríen el espíritu y los principios de la presente Constitución*”; la Constitución colombiana de 1830, en su artículo 164, que disponía “*el poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la reforma de Gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable*”; la cláusula de intangibilidad que fijaría el presupuesto republicano también se encuentra, dentro del marco de la legislación comparada, partiendo de la Ley de 14 de agosto de 1884 de Francia, al establecer “*La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l’objet d’une proposition de révision*”²⁷ como contraposición a los gobiernos monárquicos. Durante el siglo XX, esta cláusula de intangibilidad fue reconocida en la Ley fundamental de Bonn, República Federal de Alemania, a través de su artículo 79, parágrafo III, que dispone como cláusula de intangibilidad la reforma del artículo 20 de dicha ley

²⁷ Schmitt, p. 121.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

“*La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social (...)*”; el artículo 139 de la Constitución italiana, consagra que “*No puede ser objeto de revisión constitucional la forma republicana*”, es importante resaltar sobre ésta última, que el reconocimiento de la mencionada cláusula de intangibilidad, fue producto de la decisión popular asumida mediante referéndum entre monarquía y república, después de la Segunda Guerra Mundial y la aprobación de la Constitución de 1947; asimismo, podemos mencionar el artículo 110, apartado primero de la Constitución de la República de Grecia, el artículo 288, apartado b, de la Constitución de Portugal y el artículo 4º de la Constitución de Turquía de 1982.

Por otro lado, es insoslayable mencionar que fuera de este tipo de cláusulas de intangibilidad que consagra el régimen republicano, dentro del constitucionalismo actual, encontramos otras formas de protección, mediante las cláusulas de intangibilidad, al resguardo del principio democrático; podemos señalar las cláusulas que prohíben la revisión de la Constitución que generen una modificación a los principios democráticos del Estado (ejemplo Congo, Honduras y Ruanda), los derechos y deberes de los electores (por ejemplo Algeria y Guatemala) y modo de elección del Jefe de Estado (Guatemala y Honduras).

En el caso de Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, establece a través de su artículo 20, apartado 2 “*Todo poder del Estado emana del pueblo, se ejerce por el pueblo en elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*”, asimismo el numeral 3 de dicho artículo dispone “*El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho*” y el numeral 4 prevé “*Contra cualquiera que intente derribar ese orden, todos los alemanes tienen el derecho a la resistencia cuando no fuera posible otro recurso*”.

Los límites implícitos o materiales de la reforma constitucional y la garantía límite del poder constituyente

Es importante establecer la diferencia entre límites expresos y límites implícitos de la reforma constitucional. En relación a la teoría de los límites materiales, el profesor De Vega, señala al hacer alusión a la teoría del fraude constitucional “*es aquél en que se utiliza el procedimiento de reforma para sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente*”.²⁸ Este profesor establece que se debe tomar en cuenta en el estudio también los límites intrínsecos; los cuales son inherentes al Estado democrático de Derecho.

El autor agrega que el conflicto, se presenta entre la legalidad y la legitimidad “*Lo que el fraude constitucional pone de manifiesto es el enfrentamiento y la confrontación, en determinadas circunstancias, entre la operación de la reforma, en cuanto a la actividad amparada por el sistema de legalidad, y el orden de valores y principios en que descansa el sistema de legitimidad. Que ese conflicto no constituye una mera hipótesis teórica lo demuestra el hecho de la utilización que del ordenamiento constitucional establecido hicieron tanto el nacional-socialismo alemán como el fascismo italiano*”.²⁹

²⁸ De Vega, pp. 291 y 292.

²⁹ *Ibidem*.

No solamente existen límites textuales, sino también límites implícitos; y esto último alude a dos aspectos principales. El primer aspecto se refiere a la tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional, puede llegar a destensificarse mediante un sometimiento de la norma a la realidad. Y de otro lado, un segundo aspecto, referido a que la estructura del derecho ciertamente, no constituye un sistema completo o cerrado, que pueda resolver todos los conflictos que se presenten dentro del seno de una determinada sociedad.

Es en este sentido, que debe transitarse más allá de las teorías positivas, limitativas del poder de reforma, en sede jurídico-constitucional. Así, parece vislumbrarse en el horizonte aquellas teorías que se basan en un núcleo esencial, sean las normas fundamentales o los presupuestos esenciales del Estado, o dicho de otro modo, los fundamentos básicos del Estado democrático de derecho.

Así las cosas, los límites materiales implícitos, se constituyen en una elaboración doctrinaria; elaboraciones que partieron de la misma definición de Constitución material (por ejemplo Schmitt). Sobre el entendimiento de la Constitución en forma de un todo, dichas elaboraciones doctrinarias se deducen de las mismas cláusulas positivizadas, mediante la operación de la interpretación extensiva de sus preceptos.

En cuanto a estas interpretaciones, se ha establecido, que los límites implícitos son diferentes de los límites inmanentes. Los límites implícitos, se constituyen en aquéllos incluidos dentro de la norma fundamental, empero con la cualificación de que, sin que ella lo exprese como límite; por ejemplo el caso de las normas fundamentales (nudo esencial o constitución en sentido positivo de Schmitt). De aquellos límites inmanentes, que se constituyen en límites inherentes a la Constitución o, que van unidos a ésta de forma inseparable a la esencia, pero que pueden distinguirse de ella. Estas últimas se constituyen en elaboraciones de carácter metaconstitucionales.

En el campo de la discusión de la reforma total del texto constitucional, en el artículo 168 de la Constitución española, el jurista Manuel Aragón, en su libro *Constitución y Democracia*,³⁰ sostiene una opinión encontrada con la teoría de los límites implícitos, expresados por el profesor De Vega; así demuestra una diferenciación entre el principio democrático en su validez y el principio democrático en su legitimidad.

Sobre la validez, el principio democrático permite que se desarrolle dentro de las reglas de mayorías: que se someta el poder constituyente a la Constitución,³¹ que se reformen las mismas normas de reforma,³² y fundamentalmente permite a la misma democracia el poder de autodestruirse o dejar de ser democracia.³³ *A contrarium sensu*; al analizar el mismo principio en el campo de la legitimidad, establece el profesor Aragón "(...) la utilización de las reglas de la propia Constitución para cambiarla dotaría al nuevo orden de validez, pero no necesariamente de legitimidad. El soberano (en este caso el pueblo)

³⁰ Aragón, Manuel, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 46.

³¹ *Ibidem*.

³² Aragón, p. 47.

³³ Aragón, p. 48.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

se autolimita procedimentalmente sólo para que su voluntad, cuando se exprese a través del procedimiento, sea una voluntad jurídicamente válida. La legitimidad del orden que produzca dependerá, por el contrario, del contenido de ese mismo orden. Si a través del artículo 168 se transformase la democracia en dictadura, ese nuevo orden sería democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo".³⁴ En ese orden de ideas, el citado profesor considera, que ese nuevo orden establecido ya no será una Constitución democrática "(...) en cuanto que el principio democrático, en que se fundó su emanación, no es el que legitima su realización, el que ha de orientar y presidir la vida constitucional. Y esa nueva ordenación, por no ser democrática en su contenido, no será en realidad Constitución, sino mera ley fundamental".³⁵

Si bien es cierto que se reconoce una superioridad del poder constituyente sobre el poder constituido; en el momento en que este poder se hace realmente efectivo, como sostiene el Profesor Almeida, esta condición de superioridad del poder constituyente no lo habilita para que se entienda que sus decisiones sean *ad eternum* o queden exentas de revocabilidad en ejercicio de ese mismo poder. Por otro lado, no se puede permitir tampoco vía legitimación de la reforma, la destrucción de los presupuestos básicos del Estado democrático, tal como sucedió en el pasado con las Constituciones fascistas de Italia y Alemania por su extremada flexibilidad.³⁶

Así, sostiene el citado Profesor, no sólo comprender como únicos límites los expresos, ya que no se permite una flexibilidad sin límites, al establecer "*Los límites manifiestos no son necesariamente los únicos, existen otros implícitos en la idea de derecho o en la escala de valores subyacentes a la Constitución originaria, que son tan respetables como aquéllos. Es evidente, por un lado, que no sería porque el artículo 290 no consagrarse como límite la forma republicana de gobierno, por lo que este límite dejase de existir. Inversamente, no es por el hecho de no haber sido erigida en límite la integridad del territorio nacional, por lo que este límite deja de imponerse como absoluto e impostergable*".³⁷

Agrega el Profesor portugués, que los límites materiales siempre existirán, mientras que los límites formales podrán existir o no, sin perjuicio de la existencia de aquellos en cualquiera de los casos. Y concluye afirmando, que la utilidad práctica-jurídica de la consagración de las cláusulas de intangibilidad expresa en Portugal sería "*reforzar la Constitución formal ante la Constitución material*".³⁸

Es importante resaltar, que en la teoría expuesta por este Profesor, se reconoce la idea de los límites implícitos en un Estado democrático de derecho. Esta interpretación, difiere en gran manera, del caso italiano, que en este último se da vía la extensión de los presupuestos de intangibilidad; sino que propone una interpretación en el marco de la teoría de la Constitución material, que le quite fuerza a las cláusulas de intangibilidad expresas, no siendo estas eficaces ante los procesos de reforma.

³⁴ Aragón, p. 51.

³⁵ Aragón, p. 52.

³⁶ Almeida Santos, Antonio De, Los límites materiales de la revisión constitucional a la luz de la doctrina y del sentido común, REP, N° 60-61, 1988, p. 957.

³⁷ Almeida Santos, pp. 957 y 958.

³⁸ *Ibidem*.

Bibliografía

- Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1999.
- Aragón, Manuel, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1972.
- Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho*, México, UNAM, 1998.
- Carre De, Malberg, *Théorie de l'Etat*, t., II, París, Sirey, 1992.
- De La Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008.
- De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- Fioravanti, Mauricio, *Constitución*, Trotta, Madrid, 2001.
- García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional, Colección doctrina jurídica contemporánea*, Fontamara, México, 2001.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Ed. de Carlos Mellizo, Madrid, 1989.
- Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970.
- Kaegi, Werner, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988.
- Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, UNAM, México, 1987.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, R. Vernengo (trad), UNAM, México, 1979.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, 1989.
- Nogueira, Humberto, *Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales*, Valdivia: Revista de Derecho, Vol. 14, 2003.
- Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2007.
- Ross, Alf, *On self reference and a difficult puzzle of Constitutional*, Fontamara, 3ª. Edición, México, D.F. 1997.
- Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Ed. de María José Villaverde, Madrid, 1999.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. de Francisco Ayala, Madrid, 1983.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales
y la justicia constitucional

Stoner, James R., *Common Law and Liberal Theory*, Coke, Hobbes and the Origins of the America, Constitutionalism, Lawrence, Kan, 1992.

Tamayo Rolando y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, 1ª ed. corregida, Fontamara, México DF, 1998.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4 ed., Madrid, Trotta, 2002.

Pactos nacionales e internacionales y litigio estructural

Mariana Catalano

Sumario

I) Despejando nociones; II) La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; III) El papel de la justicia: III.a) Los perímetros de la actuación judicial; III.b) Los modos de procurar el cumplimiento de sus mandatos; III.c) Los modos de controlar su cumplimiento.

I. Despejando nociones

Frente al **litigio común**, clásico y particular que enfrenta a actores singulares con intereses adversos, en las últimas décadas va ganando firme espacio el litigio colectivo, como la judicialización de un conflicto policéntrico, con fisonomía propia y las complejidades inherentes a la cantidad de sujetos involucrados y a la diversidad de cuestiones en debate, muchas veces de índole ambiental o consumeril.

No obstante, **litigio colectivo** no es sinónimo de **hard case** ni de **litigio estructural**. En el primero la toma de decisión judicial debe hacerse respecto de situaciones regladas por normas que no establecen mandatos o prohibiciones terminantes y en los que confluyen distintas fuentes normativas. En otras palabras, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos y a primera vista, más de una solución. El supuesto más frecuente es aquél en que la norma aplicable es de textura abierta, es decir, contiene una o más expresiones lingüísticas vagas, demandando del juez una interpretación integrativa. Pero, en esencia, sigue siendo un conflicto particular.

En tanto, el litigio estructural aunque tiene una matriz masiva como el proceso colectivo, presenta aditamentos que permiten distinguirlo y formular entre ambos una relación de género a especie; y estos añadidos tienen que ver con la exigencia de prestaciones que hacen a esenciales cometidos estatales, por su incumplimiento.

Siguiendo a Owen Fiss, podemos decir que el **litigio estructural** es “aquél en el cual el juez asume la tarea de reestructurar una organización pública a fin de eliminar la amenaza que los arreglos institucionales vigentes implican para los valores de dimensión constitucional”.¹ Se trata de litigios vinculados a reclamos que surgen como consecuencia de la actividad deficitaria del Estado (más precisamente, de las

¹ FISS, Owen, “El derecho como razón pública”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 23.

burocracias estatales), en que se discuten cuestiones relativas a políticas públicas inexistentes, insuficientes y/o ineficientes; trazándose una relación de género a especie entre el litigio colectivo y el estructural.

Como señala Oyhanarte, en USA la evolución en materia de utilización de remedios estructurales ha sido zigzagueante, pudiendo afirmarse sintéticamente que en la actualidad se considera que es aconsejable sólo en aquellos casos en los que el sistema jurídico y político brindan ciertas condiciones necesarias para poner en práctica un modelo multilateral o experimentalista en donde el tribunal actúa más como un power broker o disparador de la negociación que como una fuente unilateral de políticas públicas.²

¿Qué remedios judiciales son los que garantizan la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales? La experiencia nos demuestra que en su modalidad clásica (art. 43 primer párrafo), el amparo se presenta como un mecanismo hábil para procurar la tutela de asuntos vinculados a problemas de salud particulares, puntualmente en lo que hace al otorgamiento de cobertura o reconocimiento de alguna prestación. Pero claro, a cuentagotas y mediante planteos individuales no se solucionan los problemas que afectan a la población por las descriptas situaciones de incumplimiento.

Así, el litigio estructural es especialmente aplicable a asuntos en que se debaten derechos políticos, sociales y culturales que requieren soluciones colectivas. Estos asuntos tienden a reflejar carencias más elementales que constituyen un estándar mínimo de protección, de allí que muchas veces los demandantes son las clases más desfavorecidas o vulnerables económica y/o socialmente, como puede ocurrir en el caso de la población carcelaria o de la que habita suburbios o periferias urbanas con limitado o nulo acceso a los servicios públicos, de salud, educación, etc.

Es a la faz colectiva, sin lugar a dudas, donde debe acudir, y el litigio estructural emerge como la mejor alternativa para reclamar por la regular y eficiente prestación de servicios públicos (salud, educación, transporte), cuestiones ambientales e incluso graves deficiencias en la situación de las cárceles.

II. Los derechos económicos, sociales y culturales; el problema de su exigibilidad

II.1. A modo de aproximación, vale referir que los derechos sociales constituyen una manera más amplia y completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales serían la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria. La sola pertenencia a la comunidad política es suficiente para fundar esos derechos,³ cuya finalidad es también

² OYHANARTE, Martín; “Litigio estructural y derechos fundamentales. Necesidad de un régimen procesal adecuado”, <http://www.ijeditores.com.ar>.

³ ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, <file:///C:/Users/acfe0n/Downloads/existen-derechos-sociales-0.pdf>.

la reducción de las desigualdades de clase, pero con un nuevo sentido; “ya no es solamente un intento de disminuir los desagradados obvios de la miseria. Ahora se presenta como acción tendiente a modificar todo el patrón de desigualdad social”.⁴

La Constitución Nacional, en su texto originario, contenía algunas veladas referencias a derechos de esta índole (vgr. el art. 18), los que toman verdadero auge con las reformas, como la del año 1957 (con la incorporación del art. 14 bis) y luego decididamente con la de 1994, cuyo “tono general en lo ideológico” se inclinó más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal.⁵

En paralelo a la incorporación de todo un capítulo final en la Parte Dogmática, dedicada a los “Nuevos Derechos y Garantías” (arts. 36 a 43 inclusive) donde ganan terreno los derechos de usuarios— consumidores, ambientales y las garantías de amparo, *habeas corpus* y *habeas data*; se introdujo, dentro de las facultades del Congreso (viejo art. 67 y actual art. 75) el inciso 19, conocido como cláusula de desarrollo, que innova sobre la histórica cláusula de la prosperidad del inciso 18 en aspectos como la justicia social y la meta de igualar. Todo ello se complementó con la consabida incorporación de diez Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, en el art. 75 inc. 22.

Dentro de este concierto global, diremos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador (adicional a aquél) resultan ser dos pilares fundamentales en el reconocimiento de esta clase de derechos. Estos instrumentos apuntan a una realización progresiva de las prerrogativas en ellos contenidas, al colocar en cabeza del Estado obligaciones que tiendan a su concreción. Así, el primero de los mencionados dispone en su artículo 2 inciso 1 que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Sentado lo que antecede, cuadra puntualizar que aunque la gran mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha venido sosteniendo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables.⁶

De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados **derechos civiles** (o derechos de autonomía, o derechos/libertades), que sí se consideran derechos plenos, y los **derechos sociales**, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.

⁴ MARSHALL, “Citizenship and Social Class and other essays”, Cambridge at the University Press, 1950.

⁵ Estudio Preliminar de DALLA VIA, Alberto, “Constitución de la Nación Argentina”, Abeledo Perrot, 2da edición, Buenos Aires 2009, pp. 26/27.

⁶ ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian; “Apuntes Sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales”, AAVV “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, GARGARELLA, Roberto (coordinador); Tomo 2, pp. 973/994, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Los partidarios de esta distinción endilgan a los primeros obligaciones negativas para el Estado –por ejemplo, abstenerse de imponer censura, de vulnerar la esfera de intimidad, de afectar la propiedad privada–, mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo –por ejemplo, prestaciones de salud, educación o vivienda–. En suma, derechos civiles o de abstención y sociales o de prestación; de lo que deriva que sólo los segundos implican un costo.

Para nosotros, ambas premisas son parcialmente falsas o dicho de manera más elegante, admiten excepciones. Que los derechos civiles engendran obligaciones negativas es cierto, en general, pero también suponen deberes de reglamentación y de contralor, los que implican un gasto; y a la inversa, los derechos sociales en general suponen prestaciones positivas del Estado, pero también un deber de abstenerse de afectarlos, que tiene cero costo.

De todos modos, y aun admitiendo que todos los derechos cuestan dinero y requieren, por ende, acciones positivas del Estado, hemos de admitir y subrayar que los segundos son más “caros” que los primeros.

En suma, la relativización del debate doctrinario brevemente referenciado no enerva un dato de la realidad, consistente en que la exigibilidad de los derechos sociales enfrenta desde siempre el innegable problema de la erogación en zonas donde, sobre todo en los países sub desarrollados o en vías de desarrollo, la presencia del Estado es remisa.

En esta senda se ha dicho que los desafíos que enfrentan hoy la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales son los mismos que afectaron en otras épocas a los derechos civiles y políticos, que no contaron con las burocracias necesarias sobre las cuales sustentarse. La principal diferencia entre ambos es que, mientras en la actualidad el Estado ya cuenta con una estructura para garantizar, por ejemplo, el derecho a la propiedad (posee la estructura de la justicia civil y penal, agencias policiales, registro de la propiedad inmueble, registros de automotor, etc) no cuenta en cambio como una estructura similar para garantizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda,⁷ y si la tiene (pensemos en los Ministerios o Secretarías habilitadas a tal fin, al menos en nuestro país), quedan márgenes de la población a los que la respuesta no llega, o si llega es incompleta o tardía, y ello, digámoslo, también obedece a que la demanda nunca se detiene. El incumplimiento por parte del Estado a todos estos cometidos genera reclamos judiciales masivos, a través –justamente– de los litigios estructurales.

Claro que las carencias presupuestarias no operan como una justificación aislada omnicomprensiva, y así lo marcó con claridad la Corte Suprema en “*Verbitsky Horacio s/ habeas corpus*”, con cita, precisamente, de un Pacto Internacional clave en la materia, conjugado con una interpretación integrativa de nuestro Pacto Fundamental.

Así, con anclaje en el art. 5º, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, declaró que “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones que se traducen en la falta de infraestruc-

⁷ ABRAMOVICH-COURTIS, *op. cit.*

tura edilicia, carencia de recursos humanos, insuficiencia de formación del personal o consecuentes excesivas poblaciones penales, ya que privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla”(considerando 28 *in fine* del voto de la mayoría); dilucidando que así como el amparo admite la modalidad colectiva en el art. 43 de la Constitución Nacional, nada impide que el *habeas corpus* (garantía del mismo tipo pero de ámbito específico) también la adopte.

Vemos claro en este precedente cómo los propios pactos nacionales e internacionales operan como un valladar a la argumentación simplista de falta de fondos para afrontar los quehaceres sustantivos del Estado, requiriendo del mismo un mayor esfuerzo.

II.2. Debemos asumir, a partir de lo recién expuesto, que el reconocimiento de derechos sociales, si bien es un avance significativo, no implica una solución mágica al problema de su falta de vigencia, puesto que enfrentan la misma problemática de la escasez de fondos y falta de decisión política del Estado de priorizar presupuestariamente el cumplimiento de tales o cuales prestaciones debidas.

Es más, aun cuando estos procesos judiciales concluyan con el acogimiento de la demanda, ello tampoco implica el automático éxito de la empresa; pues el mismo habrá de medirse en relación al contexto y las dificultades propias de la gestión pública, para lo cual existen los mecanismos de aseguramiento y contralor que analizaremos más adelante.

No obstante, en la generalidad de los casos se han registrado resultados positivos directos e indirectos, que representan una ventaja en contraste a un escenario de inactividad o pasividad por parte de la comunidad, tales como:

- sentar precedentes judiciales;
- influenciar el desarrollo de legislación y políticas;
- catalizar movimientos sociales;
- crear conciencia sobre ciertas problemáticas incluso, a pesar de fallos desfavorables;
- exponer o dar visibilidad al conflicto;
- afianzar el control ciudadano de los cometidos del Estado;
- generar un nuevo carril de participación para la sociedad civil; y
- fortalecer la posición negociadora de la clase, categoría o sector que se presenta en reclamo.

Todo ello sin contar que, en ocasiones, el conocimiento público de tratativas tendientes al inicio de un juicio de este tipo opera como propulsor de cambios, acuerdos o correcciones en ciertas políticas públicas.

III. El papel de la justicia

III.1. Los perímetros de la actuación judicial

Sentadas las notas esenciales del litigio estructural y el ámbito sobre el que recaen, así como sus fortalezas, se impone preguntarnos, ¿los jueces están legitimados para incidir directamente en el diseño e implementación de políticas públicas?

Creemos que no, pues su actuación llega hasta el mandato, es decir, la declaración de responsabilidad del Estado en efectuar aquello que subrepticamente esquivo o deliberadamente rehúsa. Esta declaración puede, incluso, tener distinto grado de énfasis, pasando desde la disposición de una determinada conducta hasta su exhortación, ambas con plazos (más o menos flexibles) o sin ellos.

Un ejemplo de la graduación se ve con claridad en el asunto de la movilidad jubilatoria, que generó dos pronunciamientos del Alto Tribunal, en que se pasó de la recomendación a la exhortación. Estamos aludiendo a los autos “Badaro, Adolfo Valentín c/Administración Nacional de la Seguridad Social” (Fallos: 329:3089, 08 de agosto de 2006), donde primeramente se reconoció que el reclamante se hallaba privado de un derecho constitucional, pero se entendió inapropiado establecerlo “sin más” debido a la “trascendencia de esa resolución” y la “complejidad” de las cuestiones en juego (considerando 16º), pero sin mencionar razones técnicas o información que demostrara las dificultades concretas que el tribunal afrontaba para definir la cuestión. Se resolvió “comunicar” al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas pertinentes.

Como el Congreso no respondió, la Corte retomó el caso poco más de un año más tarde (Fallos: 330:4866, 26 de noviembre de 2007) y ya directamente fijó un criterio de movilidad jubilatoria *pero sólo solo para el caso reclamado, sin extenderlo a las demás personas en igual situación.*

Más allá de este antecedente puntual, la consigna, en cualquier caso, es respetar la división de poderes: mandatos amplios, no abiertos pero tampoco excesivamente reglamentarios puesto que los jueces carecen de conocimiento y medios para la ejecución de los cometidos específicos de cada área que integra la Administración Pública.

Se enrola en esta postura la doctrina inveterada, también del Superior Tribunal Federal, en el sentido de que “la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes”, reconociéndose el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre interés privado y público (Fallos: 329:3089, LA LEY, 2006-D, 801, entre muchos otros).

Con afín temperamento, Gargarella postula que en estos asuntos los jueces se convierten en partícipes del diálogo democrático, sin necesidad de inmiscuirse en la esfera de acción que –por razones también vinculadas con la legitimidad democrática-

ca— les corresponde a los demás poderes. Desde esa óptica, al tratarse de un poder contramayoritario, no es dado al Poder Judicial indicar ni ejecutar políticas públicas con grado de especificidad, subrogándose en los representantes del pueblo (Poder Ejecutivo y Legislativo) elegidos para tales cometidos por el voto popular. Pero, repara, ello no significa condenar a los magistrados a la inactividad o a ser espectadores del escenario social conflictivo.⁸ Coincidimos plenamente con esta aseveración.

En definitiva, no ha de trocarse una gestión ineficiente de la Administración Pública por el “gobierno de los jueces”, no sólo por las objeciones de índole teórica vinculadas a la mencionada naturaleza contra-mayoritaria de la investidura judicial, sino por consistentes razones prácticas. Los jueces carecen de conocimiento, experiencia, medios, presupuesto y tiempo para llevar a cabo los cometidos del Poder Ejecutivo, con un mínimo de solvencia siquiera. Por consiguiente, les escapa toda posibilidad de discernir los medios, modos y técnicas en que el Poder Ejecutivo cumplirá sus mandatos o el Poder Legislativo emitirá sus leyes; con el agravante en este último caso, de que si indican o refieren en forma minuciosa el contenido de la ley que encomiendan, luego pueden verse expuestos a resolver una acción de inconstitucionalidad al respecto.

III.2. Los modos de procurar el cumplimiento de sus mandatos

Hemos advertido que la sentencia que acoge la pretensión en un litigio estructural no se traduce inmediatamente en la plena satisfacción del objeto del reclamo, por las dificultades, profundas en ciertos casos, que enfrenta su ejecución, conforme acabamos de exponer. Toca ahora preguntarnos por las posibles herramientas del juez para zanjar la inercia en la ejecución.

En lo atinente al proceso colectivo, el art. 6 del Código Modelo prevé que “el juez podrá, en la hipótesis de anticipación de la tutela o en la sentencia, imponer una multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución” (párrafo 1º); pudiendo de oficio modificar el valor o la periodicidad de la multa, en el caso de que verifique que se tornó insuficiente o excesiva (párrafo 2º).

Sabemos que en el derecho privado desde siempre existió la posibilidad de que el juez aplique astringentes o condenas pecuniarias provisionales, de acuerdo al art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Otra opción consolidada en nuestra jurisprudencia es remitir los antecedentes a la justicia penal por posible comisión del delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 CP),⁹ existiendo fallos en los que se

⁸ GARGARELLA, Roberto. “Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático” en “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional” Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2008.

⁹ El art. 239 del Código Penal reprime “...al que... desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones...”. La hipótesis que señala la figura, supone el incumplimiento de una orden, la cual no sólo debe emanar de una autoridad material y territorialmente competente, sino que además debe ser clara, concreta, destinada a una o a varias personas determinadas y debidamente comunicada; es decir que, ese mandato sea ciertamente conocido por quien o quienes son objeto del

responsabilizó directamente por el cumplimiento de la sentencia a los funcionarios titulares de la cartera respectiva, como en el caso “Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social (Estado nacional) s/amparo ley 16.986” en que se hizo responsables por el cumplimiento de la sentencia a dos ministros del Poder Ejecutivo Nacional, *en forma personal*.

En análogo rumbo y en un caso aún más grave, por cuanto el incumplimiento provino de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo de una Provincia, la Corte, en autos “Sosa, Eduardo Emilio c/Provincia de Santa Cruz” donde se había cuestionado con éxito la desvinculación del Procurador General de la Provincia de Santa Cruz, hizo efectivo un apercibimiento, por ella dispuesto, de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública, por cuanto “el Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, Daniel Román Peralta, no ha cumplido con el mandato que esta Corte le impuso el 20 de octubre de 2009 y le reiteró el 10 de noviembre siguiente”.

En la causa “Giustiniani, Rubén Héctor c/YPF SA s/amparo por mora” (www.cij.gov.ar), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el 14 de julio de 2016, plasmó la fundamentación que estructura la necesidad de conminar el cumplimiento de la sentencia, manifestando que “debe recordarse que, de acuerdo con un principio cardinal elaborado por la Corte Suprema, la observancia de las decisiones judiciales ha de ser fiel y estricta, de modo que se concrete su leal acatamiento por parte de todas las personas alcanzadas por ellas (Fallos: 297:564 y 313:1410)”.

III.3. Los modos de controlar su cumplimiento

a) Audiencias de seguimiento

Las reuniones públicas se han erigido en una herramienta a medida del proceso colectivo (y por ende, del estructural) y que funciona en cualquiera de sus estadios. Antes de la decisión servirá a los fines informativos, ordenatorios y conciliatorios (para ello es sumamente útil la reglamentación de la CS mediante Acordada 30/2007); y en la etapa de ejecución de la sentencia, para medir periódicamente el grado de cumplimiento y realizar los ajustes necesarios.

En este aspecto, como en otros de los que a continuación se mencionarán, la causa Mendoza resulta un precedente de mención obligada, pues la colosal dimensión de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo¹⁰ demandó un notable ejercicio de creatividad por parte de la Corte Suprema, que le ha valido reconocimiento internacional.

mismo. El bien jurídico penalmente protegido en el Título XI del Código Penal “Delitos contra la Administración Pública”, se asienta en el correcto desempeño de la función pública, comprensiva tanto de la actividad administrativa, judicial y legislativa.

¹⁰ Como bien puntualiza Francisco VERBIC (“Necesidad de sancionar reglas especiales para la ejecución de sentencias colectivas de condena”, DJ19/12/2012, 1) se involucraron cerca de 6 millones de personas en calidad de afectadas, alrededor de 50.000 industrias radicadas en la zona, 14 Municipios, 44 empresas, tres Estados demandados y mucho dinero de por medio.

Más allá de la saga de resoluciones interlocutorias que se fueron emitiendo, la sentencia definitiva sobre el fondo del asunto se dictó el 8/7/2008, habiéndose celebrado varias audiencias en la etapa de ejecución, pese a que la misma esté delegada en jueces de primera instancia.

La última fue llevada a cabo el 14 de marzo 2018, generando la resolución del 12 de abril, también del corriente año, donde el Alto Tribunal afirmó que transcurridos diez años desde la sentencia que aprobó el plan de saneamiento resulta inocultable su incumplimiento; emplazando a ACUMAR a realizar una serie de actividades relativas a obligaciones asumidas en el Plan de Saneamiento Integral (PISA).

b) El reenvío

Esta técnica consiste en volver a someter la cuestión a los órganos electivos según su competencia; lo que deviene útil, como sostiene Etchichury, frente a desacuerdos que solo puedan dirimirse en la deliberación propia del parlamento. Parece menos adecuada la remisión al Ejecutivo: allí la deliberación no tiene un rol prominente; sin embargo, puede ser la única alternativa si la cuestión en debate cae dentro de las competencias del Ejecutivo.

Al igual que en el caso de la apertura a la deliberación, esta modalidad de reenvío puede combinarse con un seguimiento judicial, como así también con la fijación de plazos para que se resuelva, o con un control posterior sobre la constitucionalidad de la solución adoptada. La CSJN ha utilizado un mecanismo similar al reenvío en el analizado caso “Badaro”.

c) Las Comisiones y Mesas de Diálogo

Son herramientas que suelen utilizarse en materia de cárceles, reconociendo como antecedente al *leading case* “Verbitsky H. s/hábeas corpus” (3/5/05),¹¹ donde se encomendó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que debía invitar a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar cada sesenta días de los avances logrados.

Dos son las notas que la dotan de eficacia: su carácter permanente y el deber de comunicar periódicamente los logros obtenidos, así como eventuales obstáculos.

La aguda crisis carcelaria que desde hace tiempo atravesamos en el país debido a la superpoblación, se anuda a la coyuntura de aumento exponencial de las personas privadas de su libertad y la extrema situación, en cuanto a condiciones de alojamiento, que

¹¹ Suplemento de Derecho Constitucional, 27/7/2005; Walter F. Carnota, “Un problemático supuesto de habeas corpus colectivo (nota al fallo Verbitsky)”, en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público. Año VIII-Nº 1811, 21/VI/2005; Jorge Alejandro Pratto, “La crisis del sistema penitenciario argentino: a propósito del fallo Verbitsky de la C.S.J.N.”, en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de derecho penal. Año VIII-Nº 1818, 30/VI/2005; Daniel Alberto Sabsay, “Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales”, en Revista La Ley, 25/08/2005

se vive en los escuadrones de gendarmería y demás establecimientos no penitenciarios que se ven obligados a recepcionar detenidos (en muchas ocasiones durante un tiempo prolongado e inaceptable), justamente a raíz de la falta de cupos disponibles.

Entonces, en paralelo a la construcción de nuevas cárceles (y dentro de ellas, nuevos módulos) y de las acciones tendientes a reconfigurar la capacidad operativa funcional de las existentes, se ha creado un **Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles**.

El mismo, presidido por el juez Gustavo M. Hornos, integrante de la Cámara Federal de Casación Penal, tiene por objetivo proteger los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y disminuir la reincidencia delictiva, procurando su reinserción e inclusión social. Así lo viene haciendo desde 2013 por todo el país en las unidades SPF, incluyendo a dependencias de Fuerzas de Seguridad Federales y provinciales, así como a Institutos de menores. Los resultados de sus acciones se dan a conocer a través del Centro de Información judicial (www.cij.gov.ar).

d) Los controles cruzados

Nuevamente, la resolución de julio de 2008 en la causa “Mendoza” resulta paradigmática por cuanto, dada la previsible dificultad de los programas y tareas a realizar a los fines de la recomposición, se establecieron instancias cruzadas de contralor, lo que aumenta la eficiencia y transparencia en la etapa clave de ejecución de la sentencia.

Entonces, se encargó a la AGN la revisión de las cuentas y dineros invertidos en los planes respectivos, mientras al Defensor del Pueblo se le encomendó coordinar la participación ciudadana en el chequeo de los avances de las actividades de restauración.

Como se ve, es una técnica utilizable en cuestiones sociales y económicamente trascendentes; pudiendo el juez disponer, según los casos, otras maneras de combinar las evaluaciones de rendimiento y resultados.

e) La designación de un juez de ejecución ad hoc

Por último, y en lo que entendemos como una correcta aplicación del principio de intermediación, otra vez en la causa del Riachuelo, la Corte adoptó una medida conducente a la efectiva ejecución del fallo: delegó su ejecución en el juez federal de Quilmes (Luis Armella), que a la postre fue apartado y reemplazado, en paralelo, por el juez nacional en lo criminal y correccional n° 12 (Sergio Torres) y el juez correccional y criminal n° 2 de Morón (Jorge Rodríguez); entre quienes dividió la competencia relativa a la terminal y quizás más importante etapa en los litigios estructurales: la ejecución de la sentencia estimatoria.

Ello, además, sin desentenderse del todo de la cuestión, prueba de lo cual son las arriba referidas audiencias de seguimiento, que aún hoy sigue celebrando el Alto Tribunal.

Las fuentes del Derecho Migratorio Europeo y Francés: estudio sobre la combinación de los sistemas jurídicos internacional, supranacional y doméstico

*François Julien-Lafferrière*¹

I. Introducción

En el mundo moderno, tras las barbaries perpetradas por la dictadura hitleriana, la defensa y garantía de los derechos humanos se considera como un rol esencial del derecho, pero también se considera que la regulación jurídica en esta materia no puede abandonarse a la arbitrariedad de los Estados y debe descansar en principios afirmados a nivel internacional. Así nació el Derecho internacional de los Derechos humanos, cuya primera manifestación fue la Declaración universal de los Derechos humanos, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948,² pronto seguida por el Convenio europeo de Derechos humanos,³ firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950,⁴ que fue y sigue siendo la base jurídica del Derecho europeo de los Derechos humanos, cuyo respeto está a cargo del Tribunal europeo de Derechos humanos.⁵ Y cuando se inició la “construcción europea” con la creación de la Comunidad europea del carbón y del acero el 18 de abril de 1951 (Tratado de París),⁶ y pocos años después la Comunidad europea de la energía atómica (Euratom) y la Comunidad

¹ Profesor emérito de derecho público de la Universidad París Sud.

² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Fue votada por Afganistán, Argentina, Australia, Bélgica, Birmania, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, China (Taiwán), Colombia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estados Unidos, Etiopía, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, India, Irak, Irán, Islandia, Líbano, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Reino Unido, Siria, Suecia, Tailandia, Turquía, Unión Soviética, Uruguay y Venezuela. Se abstuvieron Arabia Saudí, Checoslovaquia, Polonia, Sudáfrica y Yugoslavia.

³ En adelante CEDH.

⁴ Oficialmente denominada “Convenio para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales”, fue elaborada y firmada en el marco del Consejo de Europa, constituido por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949. Los Estados firmantes del Convenio eran la República Federal Alemana, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Turquía.

⁵ También denominado Corte europea de Derechos humanos y Tribunal (o Corte) de Estrasburgo, ciudad donde tiene su sede. Se designará más adelante por la abreviatura TEDH.

⁶ El tratado CEEA fue firmado por la República Federal Alemana, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

económica europea (CEE) el 25 de marzo de 1957 (Tratados de Roma),⁷ cada vez los acuerdos fundadores de las nuevas instituciones insisten en la necesidad de respetar y salvaguardar la paz, los derechos humanos y la democracia,⁸ pero también dieron nacimiento paulatinamente a un Derecho comunitario de los Derechos humanos, bajo la vigilancia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas.⁹

Entonces, en el área territorial de la Unión europea¹⁰ —que sucedió por completo a las Comunidades europeas el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa—, existen tres niveles de ordenamiento jurídico: el Derecho internacional o universal; el Derecho del Consejo de Europa y el Derecho comunitario o de la UE.

Esta cohabitación de varios sistemas jurídicos aplicables en un mismo territorio y regulando las mismas materias no deja de suscitar dificultades, pues en múltiples casos puede plantearse la cuestión de saber ¿qué derecho debe prevalecer? o, en otras palabras, ¿qué disposición debe aplicarse en detrimento de los otros? Uno de los ámbitos en los que este problema de combinación de los diversos sistemas jurídicos se plantea con la mayor acuidad es el del Derecho migratorio.

En un sentido amplio, el Derecho migratorio, es el conjunto de normas de derecho público que regulan el tránsito internacional de personas, nacionales y extranjeros. En un sentido más estricto —que vamos a utilizar en este artículo—, sólo regula las modalidades y condiciones a que se sujetan el ingreso, permanencia y salida de extranjeros, sin abarcar lo relativo a la emigración y repatriación de nacionales.

II. El proceso de internacionalización y comunitarización del Derecho migratorio¹¹

Históricamente, la migración era regulada por medio de las legislaciones nacionales, pues según un principio clásico del Derecho internacional consuetudinario los Estados tienen plena competencia para controlar la entrada y estancia de los extran-

⁷ Los tratados Euratom y CEE fueron ambos firmados el 25 de marzo de 1957 en Roma, por los mismos seis Estados que el Tratado CECA.

⁸ Por ejemplo: Tratado CECA, Preámbulo, § 1: “Considerando que la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenazan”; Tratado Euratom: “Preámbulo, § 1: “Conscientes de que la energía nuclear constituye un recurso esencial para el desarrollo y la renovación de la producción y el progreso de las acciones en favor de la paz”; Tratado CEE, Preámbulo, § 8: “Resueltos a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo”.

⁹ También denominada Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas o Tribunal (o Corte) de Luxemburgo por tener su sede en esta ciudad. La Corte de Luxemburgo pasó a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2009, cuando entró en vigor el Tratado de Lisboa.

¹⁰ Más adelante, “Unión europea” se abreviará en “UE”.

¹¹ La comunitarización es la transferencia de un ámbito que depende del procedimiento intergubernamental (segundo y tercer pilares del Tratado de Maastricht) al procedimiento comunitario (primer pilar) (Sobre los tres pilares del Tratado de Maastricht, véase nota 20).

jeros en su territorio.¹² Este principio ha sido confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹³ en varias ocasiones desde una sentencia de 1985 en la que afirma que, “en virtud de un principio del Derecho internacional bien asentado y sin perjuicio de los compromisos que derivan de los tratados, los Estados tienen el derecho de controlar el ingreso a su territorio de los no-nacionales”.¹⁴ Entre los tratados que, en Europa, limitan la libertad de los Estados en este ámbito se hallan en primer lugar los relativos a los derechos humanos, como el CEDH, y los que regulan la organización, funcionamiento y actuación de la UE: Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹⁵

Con el crecimiento de los movimientos migratorios, debidos a múltiples factores entre los cuales se puede destacar la facilitación de la movilidad internacional –sobre todo por vía aérea–, los Estados han comenzado a cooperar entre sí y a dictar normas internacionales o interestatales sobre el tema. En Europa, este movimiento se expresa a través del Derecho comunitario o de la UE que, aunque reciente, ya está bastante desarrollado y constituye un marco bastante detallado y restrictivo. Por ejemplo, el TUE proclama la libertad de circulación¹⁶ y el TFUE la libertad de establecimiento¹⁷ de todos los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, pero también la libertad de circulación de los nacionales de terceros países dentro del espacio común.¹⁸ La consecuencia de esta afirmación es que los Estados miembros deben adaptar su legislación a la obligación que así se les impone de poner en práctica la libertad de circulación.

La internacionalización del derecho migratorio data ya de más de un siglo. Se puede remontar a los movimientos de refugiados causados por el genocidio armenio, las guerras balcánicas y la revolución rusa. A su vez, la Sociedad de las Naciones tomando conciencia tardíamente de las consecuencias de la Primera guerra mundial, creó un Alto comisionado para los refugiados cuya responsabilidad encomendó al Dr. Fridtjof Nansen, representante de Noruega ante la SDN, para asegurar a los refugiados asistencia de parte de algunos gobiernos y agencias no gubernamentales,

¹² Este principio del Derecho internacional es una consecuencia lógica de la definición clásica del Estado, como compuesto de un territorio, una población y un poder que se ejerce sobre ambos. Ahora bien, la combinación de estos tres elementos implica necesariamente que el poder del Estado tenga, entre otras facultades, la de controlar su territorio y la población que reside o pretende residir en él.

¹³ En adelante TEDH.

¹⁴ TEDH, 28.05.1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino-Unido; 21.06.1988, Berrehab vs. Países-Bajos; 18.02.1991, Moustaqim vs. Bélgica; 26.03.1992, Beldjoudi vs. Francia.

¹⁵ El TUE y TFUE constituyen la versión actual de los tratados fundadores de la Comunidad Europea y luego la UE. Se componen de una serie de enmiendas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y fueron adoptados bajo la forma de un documento único, llamado Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, tras el fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, rechazado por referéndum en Francia y Países-Bajos.

¹⁶ TUE, art. 3º.

¹⁷ TFUE, art. 49.

¹⁸ TFUE, art. 67.

como la Cruz Roja. Nansen además tuvo la idea de crear, en 1922, un documento de identidad especial destinado a los refugiados que no poseían documentos expedidos por las autoridades de su respectivo país: se trata del “Pasaporte Nansen”, que fue reconocido por cincuenta y dos países y permitió a más de medio millón de personas viajar a través del continente europeo, e incluso más allá.¹⁹ Otro paso importante de la historia del Derecho internacional migratorio es la firma en Ginebra el 28 de julio de 1951 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, comúnmente llamada Convención de Ginebra.

Durante los últimos decenios, la internacionalización del Derecho migratorio en el continente europeo se ha manifestado sobre todo en el marco de las Comunidades europeas y luego de la UE. Ello fue posibilitado por el artículo K.1 del Tratado de Maastricht sobre la Unión europea que erige en “ámbito de interés común” a “la política de asilo”, “las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros” y “la política de inmigración”, precisando el artículo K.2 que estas cuestiones “se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [...]”. El estatuto de “ámbito de interés común” significaba que el Consejo europeo podía, “a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión”, adoptar “posiciones comunes” y “acciones comunes” y “celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros”.²⁰ El Derecho migratorio –asilo, cruce de fronteras e inmigración– todavía no era materia de Derecho comunitario, pues no es parte del primer pilar del tratado.²¹ Pero a partir de este momento se ha comenzado a realizar una cooperación, en forma de posiciones comunes, entre los Estados miembros que definieron las grandes líneas de la “política común” que iba a ser la base de los Derechos nacionales y, más allá, del Derecho comunitario tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que “comunitarizó” la materia.

Los primeros instrumentos de esta política común fueron la “Resolución sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas”, la “Resolución sobre un enfoque armonizado en cuestiones relativas a terceros países” y la “Conclusión sobre los países donde existe un grave riesgo de persecución”, adoptadas por los ministros responsables en materia de inmigración reunidos en Londres en noviembre de 1992

¹⁹ Véase: Roland Huntford, Nansen, London, Abacus, 2001. Entre otros titulares de un pasaporte Nansen, se puede citar a Serguei Rachmaninov, Igor Stravinski, Marc Chagall, Vladimir Nabokov, Aristóteles Onassis, etc. El pasaporte Nansen dejó de expedirse en 1942.

²⁰ Tratado de Maastricht, art. K.3.

²¹ El Tratado de Maastricht clasificaba las competencias de la Unión en tres grandes grupos comúnmente denominados “pilares”. El primer pilar estaba formado por las materias en que las Comunidades Europeas ejercían las competencias que habían sido objeto de una transferencia de soberanía por parte de los Estados miembros. El segundo pilar estaba formado por la política exterior y de seguridad común prevista en el título V del Tratado. El tercer pilar estaba constituido por la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior prevista en el título VI del Tratado. Los artículos K.1 a K.3 formaban parte del tercer pilar.

y aprobadas por el Consejo europeo de Edimburgo el mes siguiente.²² Con estos instrumentos, aunque sin valor obligatorio para los Estados miembros, se introdujeron en las legislaciones nacionales nuevos conceptos que todavía siguen irrigando todo el Derecho migratorio de la Unión y de los Estados miembros: solicitud de asilo manifiestamente infundada, tercer país seguro, país de origen seguro.

Finalmente, el Tratado de Ámsterdam, entrado en vigencia el 1 de mayo de 1999, consta de un Título III bis llamado “Visados, Asilo, Inmigración y otras Políticas relacionadas con la Libre Circulación de Personas”, en base del cual el Derecho migratorio se convierte en materia comunitaria y su respeto está colocado bajo el control –limitado en un primer tiempo–²³ del TJUE. La comunitarización completa de la materia será realizada por el Tratado de Lisboa de 2007, entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, por el que los artículos 19 del Tratado de la Unión Europea y 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea generalizan la competencia del TJUE.²⁴

Paralelamente a esta aprehensión del Derecho migratorio por la UE –primero en forma intergubernamental no apremiante, y más recientemente en el marco del Derecho comunitario–, la materia también fue elevada al Tribunal europeo de Derechos humanos. En efecto, si bien el mismo CEDH no abarca el Derecho migratorio en ninguno de sus artículos,²⁵ el TEDH interpretó varias de sus cláusulas de manera que produjeran efecto en garantía de los derechos de los extranjeros, especialmente los artículos 3 (Prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes), 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (Derecho a un proceso equitativo) y 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Además de este triple nivel de sistemas jurídicos, entra en juego un cuarto que es el Derecho internacional humanitario, de alcance universal o mundial, principalmente representado, por lo que se refiere al derecho migratorio, por la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. En efecto, esta convención define lo que se debe entender por “refugiado” y enumera los derechos y deberes de los refugiados en el país de acogida. La Convención de Ginebra es directamente aplicable en los Estados Partes, tanto por las autoridades administrativas como por los tribunales, y constituye una fuente apremiante del Derecho migratorio.²⁶ Pero también el Derecho universal

²² Véase: Consejo europeo de Edimburgo, 11-12 de diciembre de 1992, Conclusiones de la Presidencia, SN 456/92, arf/JPM/abc, ES, Anexo 5 de la Parte A, p. 2.

²³ El artículo 73 P del Tratado de Ámsterdam dice que “el Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones [que se refieran al cruce de fronteras interiores por extranjeros] relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior”.

²⁴ Los dos tratados no contienen la restricción del Tratado de Ámsterdam relativa a las decisiones que dicen relación con “el “mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior”.

²⁵ Sin embargo los derechos de los extranjeros están tomados en cuenta en el Protocolo no 4 de 1963, cuyo artículo 4 prohíbe “las expulsiones colectivas de extranjeros”, y el Protocolo no 7 de 1983, cuyo artículo 1 dicta “garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros”.

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado francés (CE) de 6 de noviembre de 2000, no 204784.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Una de las consecuencias de este movimiento de internacionalización y comunitarización del Derecho migratorio es que, al día de hoy, se superponen y entremezclan los cuatro sistemas jurídicos —el nacional, el de la UE, el del CEDH y el mundial— que tratan los mismos temas y regulan los mismos derechos y libertades, sin que siempre aporten la misma solución al mismo problema. En este caso, surge la dificultad de saber cómo se va a resolver la contradicción —o al menos la divergencia— entre dos o más normas jurídicas, emanadas de soberanías distintas —la estatal, la comunitaria, la “estrasburguesa”²⁷ y la de las Naciones Unidas—²⁸, susceptibles de aplicarse a una misma situación. Es una hipótesis de conflicto de leyes a la que no se responde siempre de manera clara o indiscutible.

III. Derecho internacional y Derecho interno

Todos los Estados europeos, particularmente los miembros de la UE, aceptan la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho doméstico. Pero los métodos de integración del Derecho internacional al Derecho nacional varían de un Estado miembro a otro, siendo vigentes las dos teorías monista y dualista, y el grado y contenido de la integración también es variable.²⁹

Si bien los Estados de *common law* —como el Reino Unido e Irlanda, por ejemplo— generalmente adoptan el sistema dualista, la gran mayoría de los Estados continentales son monistas, pero según modalidades que pueden variar de un país a otro. Es así, por ejemplo, que la integración del Derecho internacional general es automática e inmediata en Italia,³⁰ Alemania³¹ y Francia.³²

²⁷ Es decir la que expresa el Tribunal europeo de Derechos humanos a través de sus sentencias.

²⁸ Entre otras, Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, etc.

²⁹ Los datos reunidos por el Comité de Derechos humanos de la ONU en 1996, y los informes enviados por los Estados miembros al Comité de los Derechos del Niño, al Comité contra la Tortura y al Comité para la Eliminación de la Discriminación racial muestran que, de los 110 Estados que han comunicado informaciones al respecto, 43 son “monistas” contra 40 “dualistas” (Jean Dhommeaux, “Droits de l’homme, Monisme et dualisme en droit international des droits de l’homme”, *Annuaire français de droit international*, Vol. XLI, 1995, p. 447).

³⁰ Constitución italiana de 1947, art. 10: “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”.

³¹ Ley Fundamental de la República federal de Alemania de 23 de mayo de 1949, art. 25: “Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. Sin embargo, el art. 59, párr. 2, agrega: “Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal”. El sistema alemán, pues es mixto, entre el italiano y le francés.

³² Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, párr. 14: “La República Francesa, fiel a sus tradiciones, cumple con las normas del derecho público internacional”.

Pero hablar de Derecho internacional carece de precisión y matiz. En realidad, como lo muestran los artículos 25 y 59 de la Ley fundamental alemana, ha de distinguirse “las reglas generales del Derecho internacional público” y “los tratados”, que no necesariamente obedecen el mismo régimen jurídico, pues no son de la misma naturaleza. Las reglas o principios del Derecho internacional que no tienen carácter contractual se imponen a los Estados, y tienen valor superior a todas las normas de Derecho doméstico, a reserva del Derecho constitucional, considerado como norma suprema en muchos sistemas jurídicos nacionales. En cambio, los tratados, que deben ser ratificados por el Legislador para entrar en vigor, o bien tienen la misma fuerza jurídica que la ley, o bien, en el mejor de los casos, “una autoridad superior a las leyes”,³³ sin que sea siempre claro cuál es esta autoridad. Pero, incluso para llegar a eso, a menudo se requiere que se cumplan varios requisitos. En Francia, se exige la triple condición de la ratificación, la publicación y la reciprocidad,³⁴ mientras que en España sólo se formula la obligación de la publicidad, sin que se precise a qué rango se integran los tratados en Derecho interno,³⁵ fue el rol del Tribunal constitucional especificar el “rango supralegal de los tratados”.³⁶ En Italia, se exige el procedimiento de adaptación del tratado en una norma interna —una ley si la materia objeto del tratado es competencia del Parlamento, o un decreto si la materia es competencia del Ejecutivo—, tras el que el tratado tendrá la misma jerarquía que la norma interna que operó su adaptación,³⁷ lo que significa que el tratado, en cuanto ley o decreto interno, puede ser derogado por normas internas posteriores de igual rango que la que lo adaptó.

Si bien en Francia se exige que el tratado sea “debidamente” ratificado o aprobado, y en España que sea “válidamente” celebrado para que produzca efectos en Derecho interno, este requisito de regularidad formal del proceso de celebración o ratificación sólo tiene alcance concreto si existe un mecanismo de control de su respeto. El Consejo de Estado francés, tras haber considerado durante muchísimo tiempo que la ratificación es un “acto de gobierno” y que no le correspondía controlarla, ha terminado por controlar la regularidad del procedimiento de recepción de los tratados en Derecho doméstico,³⁸ descartando la aplicación de un tratado “indebidamente” introducido en el ordenamiento jurídico francés.³⁹

³³ Art. 55 de la Constitución francesa.

³⁴ *Ibid.*: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

³⁵ Constitución española, art. 96, párr. 1: “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

³⁶ STC (Sentencia del Tribunal Constitucional español) no 56/1989, de 16 de marzo, FJ 5º; y STC 9/2001, de 18 de enero (véase: A. Jarillo Aldeanueva, REDI, vol. 54, nº 1 (2002), pp. 288-292).

³⁷ Constitución italiana de 21 de diciembre de 1947, art. 80.

³⁸ CE, sentencia de 18 de diciembre de 1998, SARL du Parc d'activités de Blotzheim, no 181249 (véase: conclusiones de Gilles Bachelier, Revue française de droit administratif, 1999, p. 315).

³⁹ CE, sentencia de 23 de febrero de 2000, Bamba Dieng, no 157922, Droit administratif, p. 27.

Otro problema es el de la posición, en la jerarquía de las normas, de la costumbre internacional que, por su naturaleza y su carácter no escrito, no corresponde a los criterios de las “reglas generales” ni de los tratados. Aquí también, la solución varía según los Estados. Algunos, como Italia y Alemania, tienen un abordaje rotundamente monista de la costumbre internacional, incorporándola automáticamente al Derecho nacional con rango superior a la ley. Otros, como Francia, tras haber negado toda fuerza jurídica a la costumbre internacional, aceptan finalmente aplicarla pero al mismo tiempo le niegan un valor superior a la ley, en ausencia de una disposición constitucional que lo autorice.⁴⁰

De lo anterior se puede concluir que, en los Estados miembros de la UE y partes del CEDH, el Derecho nacional –con excepción del Derecho constitucional, como lo veremos más adelante, y en ciertos casos de la Ley, como ya lo hemos visto en el caso de Francia– debe ceder ante el Derecho internacional, sea escrito o consuetudinario.

Concretamente, ello significa que una ley francesa –o alemana o de cualquier otro país europeo– no puede ser contraria a la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados o al principio de “non refoulement”.⁴¹ Por esta razón, el legislador francés estuvo forzado a agregar en la Ley de extranjería, una disposición en virtud de la cual “no se puede expulsar un extranjero hacia un país, si demuestra que su vida o libertad está amenazada o si está expuesto a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio europeo de Derechos humanos”.⁴²

Además de esto, y como ya lo hemos mencionado más arriba, se plantea el problema de saber si el Derecho constitucional está incluido en las normas del Derecho doméstico sometido a la superioridad del Derecho internacional. Y al respecto también no hay una solución única adoptada por todos los Estados europeos. En general, es el Derecho constitucional el que ocupa la cumbre de la jerarquía de las

⁴⁰ CE, sentencia de 6 de junio de 1997, Aquarone, no 148784 (véase: Denis Alland, «La coutume internationale devant le Conseil d'État: l'existence sans la primauté», *Revue générale de droit international public*, 1997, p. 1053-1067; Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot, *Actualité juridique, Droit administratif*, 1997, p. 570-575); Corte de casacion francesa, 1ª sala civil, sentencia de 13 de marzo de 2001, Kadhafi, no 00-87215 (Véase: Olivier Bachelet, “La Cour de cassation accorde l'immunité civile à l'Etat terroriste de Kadhafi”, *Combat pour les Droits de l'homme*, 20 de marzo de 2001; Jean-François Roulot, “La coutume du droit international pénal et l'affaire Kadhafi”, *Dalloz* 2001, p. 2631).

⁴¹ El principio de “non-refoulement” es un principio del Derecho internacional público particularmente en el derecho de refugiados, en virtud del cual los refugiados y requirentes de asilo no pueden ser retornados a lugares en donde su vida o libertades estarían amenazadas. Formulado en el art. 33 de la Convención de Ginebra, este principio tiene un alcance más amplio y se considera que se impone no sólo a los Estados firmantes de la Convención sino también a los no firmantes por ser un “principio general del Derecho internacional público” (Véase: Cristina Gortázar, c. (1997), *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Madrid, 1997, Universidad Pontificia Comillas y Dykinson).

⁴² El art. L. 513-2 del Código francés de extranjería (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) dice: “No se puede expulsar un extranjero hacia un país, si demuestra que su vida o libertad está amenazada o si está expuesto a tratos contrarios al artículo 3 de la Convención europea de Derechos humanos”.

normas. Pero existen excepciones. Por ejemplo, la Constitución neerlandesa establece que los tratados internacionales tienen fuerza de normas constitucionales o mismo, superiores a la Constitución.⁴³

En los otros países, el Derecho internacional tiene rango intermediario entre la Constitución y la ley. Es lo que dice expresamente la Constitución francesa en su artículo 55,⁴⁴ al igual que la española, aunque ésta lo diga en forma implícita, en el párrafo 1 del artículo 96, en virtud del cual los tratados “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, es decir que ni una ley puede modificar o derogar un tratado, mismo que, necesariamente, por esta razón, tiene valor supralegal. La solución mayoritaria parece ser la expresada por el Consejo constitucional francés: es la Constitución la que, “se halla en la cumbre del orden jurídico interno”. Pero el Consejo constitucional justifica esto por un argumento que le es propio: el principio de superioridad de los tratados no puede aplicarse a las provisiones de naturaleza constitucional, pues es la Constitución la que les atribuye valor superior a las leyes”.⁴⁵ Se puede observar que, al afirmar que el Derecho constitucional prevalece sobre el Derecho internacional, el Consejo constitucional contradice el Preámbulo de 1946 que afirma que Francia “cumple con las normas del derecho público internacional”,⁴⁶ y con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados que dice: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En España, el artículo 10, párr. 2, de la Constitución de 1978 dice que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Ello significa que los tratados sobre Derechos humanos celebrados por España proporcionan criterios de interpretación de la misma Constitución y de todo el ordenamiento jurídico español, y que los Poderes públicos –inclusive y sobre todo las autoridades administrativas y judiciales– deben tenerlos en cuenta. Esta disposición constitucional establece un predominio del Derecho internacional sobre el Derecho constitucional español en lo relativo a la garantía de los Derechos y libertades, pero sólo respecto de aquéllos que reconoce la misma Constitución. Es decir que el artículo 10, párr. 2, no puede invocarse para reivindicar un Derecho o una libertad contemplada en un tratado celebrado por España, pero no en la Constitución o las demás normas que integran el “bloque de constitucionalidad”.⁴⁷

⁴³ Constitución de los Países Bajos de 1983, art. 93.

⁴⁴ “Los tratados o acuerdos [...] tendrán [...] una autoridad superior a las leyes”.

⁴⁵ Consejo constitucional francés, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, no 2004-505 DC.

⁴⁶ Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, párr. 14. Véase más arriba, nota 30.

⁴⁷ En Derecho español, el bloque de constitucionalidad está compuesto por el conjunto de normas jurídicas que, junto a la Constitución, deben ser tenidas en cuenta para “apreciar la conformidad o

IV. Derecho interno y Derecho de la Unión europea

El Derecho de la UE –anteriormente conocido como Derecho comunitario y todavía así designado a menudo– está conformado por dos tipos de normas: las del Derecho comunitario “primario” y las del Derecho “derivado”. El primero está constituido por los tratados que forman constituyen las reglas fundamentales de toda la actuación de la UE –actualmente Tratado de la Unión europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)–, mientras que el Derecho derivado está compuesto por los reglamentos y las directivas, adoptados unos y otros en base de los tratados y conforme a los principios y objetivos que éstos establecen.⁴⁸

– Los reglamentos tienen “un alcance general” y son “obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”,⁴⁹ sin necesidad de ninguna formalidad para integrarlos al Derecho doméstico.

– Las directivas, en cambio, “obliga[n] al Estado miembro destinatario [o a los Estados miembros destinatarios] en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.⁵⁰ Las directivas, pues, requieren de un complemento normativo de los Estados –Poder legislativo o ejecutivo según el caso– para su efectiva aplicación, mismo que se denomina “transposición” al Derecho nacional.

Existen tres procedimientos para la aprobación de los reglamentos y directivas: por el Consejo a propuesta de la Comisión y aprobado por el Parlamento, o por iniciativa propia de la Comisión en los casos previstos por los Tratados o cuando reciba la correspondiente delegación del Consejo, o por el procedimiento de “codecisión”, que desde el Tratado de Lisboa se ha convertido en el procedimiento legislativo ordinario, y que sitúa al Parlamento y al Consejo en igualdad de condiciones, ya que en caso de acuerdo entre ambos, el reglamento se adopta en primera o segunda lectura, mientras que en caso de desacuerdo, sólo puede adoptarse tras un proceso de conciliación satisfactorio.⁵¹

El Derecho comunitario no es Derecho internacional o, mejor dicho, es un Derecho internacional de especial índole. Se trata, en efecto, de un Derecho regional y supranacional, que no tiene carácter intergubernamental sino “un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que

disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley”, es decir, “además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas” (Ley organica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, art. 28, párr. 1).

⁴⁸ Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, 2009.

⁴⁹ TFUE, art. 288.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 288.

⁵¹ TFUE, art. 293 a 296.

vincula a sus órganos jurisdiccionales”.⁵² La especificidad del Derecho comunitario consiste en que no sólo tiende a crear derechos y obligaciones a beneficios o a cargo de los Estados miembros, como es la meta de los tratados, sino que tiene por objetivo armonizar, o al menos coordinar, las legislaciones nacionales, y para ello complementa o sustituye al Derecho nacional con arreglo al principio de subsidiariedad, en virtud del que la UE “sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local”.⁵³

El Derecho comunitario, por su propio objetivo, necesita poder imponerse a los Estados miembros, de lo contrario no tendría sentido ni utilidad. Es lo que, sin la menor duda, ha afirmado el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia de 1970 en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*,⁵⁴ en los siguientes términos: “El Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede, en razón de su naturaleza, dejarse oponer judicialmente normas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea cuestionado el propio fundamento jurídico de la Comunidad. [...] La alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”.

Esta sentencia enuncia el principio de la primacía absoluta del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, y se puede añadir: de todo el Derecho comunitario sobre todo el Derecho nacional, incluso el Derecho constitucional, ya que la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* se refiere a las “normas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean” y a “los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro”, lo que sin duda incluye el Derecho constitucional.

Si bien es fácil entender que el Derecho comunitario originario –o sea, los Tratados– prevalezca sobre todas las normas, inclusive las constitucionales, del Derecho de los Estados miembros, parece menos evidente que la misma primacía se aplique al Derecho derivado, es decir el Derecho emanado de las instituciones de la UE –reglamentos y directivas–. Sin embargo, es una condición indispensable de la coherencia del sistema comunitario, pues en caso contrario, bastaría que un Estado invocara a su Constitución para dispensarse de sus obligaciones respecto a la Unión y a los demás Estados miembros.⁵⁵

Esta superioridad del Derecho comunitario comparado con el Derecho constitucional interno no está unánimemente aceptada por los Tribunales constitucionales.

⁵² Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, *Costa vs. Enel*, caso no 6/64.

⁵³ TUE, art. 5.

⁵⁴ Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, caso no 11/70.

⁵⁵ Véase Jean Victor Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Bruselas, 2 edición, 1986, p. 127; M. R. Torres Hernández, “La primacía del Derecho comunitario”, *Tapia*, n. 49, diciembre 1989, p. 19

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

En Derecho español, esta prevalencia podía apoyarse en el artículo 93 que prevé la posibilidad de “celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. En efecto, la atribución de competencias prevista en este artículo “supone una limitación a la supremacía constitucional, en las materias objeto de la cesión”, de tal suerte que “la adhesión de España a las Comunidades ha supuesto la aceptación de lo que se ha dado en llamar «acervo comunitario», el cual incluye los principios y caracteres del Derecho comunitario (elaborados en buena parte por la jurisprudencia del TJCE), entre los que se encuentra la primacía”.⁵⁶

El Tribunal Constitucional español ha reconocido en varias ocasiones que España, como Estado miembros de la Unión, se encuentra sujeto a las normas del ordenamiento de la UE, normas “que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas”.⁵⁷ Pero “tal primacía tiene límites materiales que se imponen a la propia cesión competencial, límites que se han fundamentado en la pervivencia de la soberanía de los Estados miembros”.⁵⁸ Sin embargo, hasta la fecha, el Tribunal constitucional español ha procurado no apreciar la eventual contradicción entre el Derecho comunitario, originario o derivado, y la Constitución española”.

En la Declaración DTC 1/1992, afirmó que, aunque la supremacía constitucional “quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar o cuestionar la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada: el riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar”.⁵⁹

Doce años más tarde, en la Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional español consideró que el Tratado que en aquel momento era sometido a su control (el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) partía del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se fundaba en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados, por lo que el Tribunal no apreció contradicción entre el precepto que recogía la primacía del Derecho de la Unión y la Constitución nacional”.⁶⁰

⁵⁶ Miguel Ángel Alegre Martínez, “La primacía del Derecho comunitario sobre el Ordenamiento jurídico estatal: Aspectos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1994, pp. 93-173.

⁵⁷ Sentencias del TC 28/1991; 64/1991, 130/1995 y 58/2004.

⁵⁸ Santiago Martínez-Vares García y Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, *La Tutela multinivel de los Derechos fundamentales*, XVI Reunion de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, Santiago de Compostela, octubre 2014, p. 37. El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?

⁵⁹ DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 1.

⁶⁰ Santiago Martínez-Vares García y Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, *op. cit.*, p. 46.

Por su lado, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de 2009 sobre el Tratado de Lisboa, afirma que “la Ley Fundamental aspira a integrar a Alemania en una comunidad jurídica de Estados pacíficos y libres, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana”, y añade que “no hay contradicción con respecto al objetivo de apertura al Derecho internacional si el Legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales –aceptando, sin embargo, las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales– en caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución”.⁶¹

En cuanto al Consejo constitucional francés, proclama constantemente la supremacía del Derecho constitucional, afirmando en varias de sus sentencias que “la Constitución se sitúa en la cumbre del orden jurídico interno”.⁶² Ello lo llevó a controlar la conformidad con la Constitución de los diversos tratados europeos: Maastricht,⁶³ Ámsterdam,⁶⁴ Tratado que establece una Constitución para Europa,⁶⁵ Lisboa.⁶⁶ En todos estos casos, constató que los tratados no podían ratificarse sin una reforma constitucional previa. Sin embargo, basándose en el artículo 88-1 de la Constitución de 1958 –que dice: “La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”– ha declarado que “el Constituyente ha consagrado la existencia de un orden jurídico comunitario integrado en el orden jurídico interno y distinto del orden jurídico internacional”,⁶⁷ y del mismo artículo ha deducido que “la transposición en Derecho interno de una directiva comunitaria constituye una exigencia constitucional” y verifica que una ley de transposición no contradice “manifiestamente” las disposiciones o el objetivo general de la directiva transpuesta”.⁶⁸

A pesar de razonamientos diferentes, las jurisdicciones constitucionales llegan al mismo resultado: los Tratados no pueden ser ratificados si existe una contradicción entre una –o varias de sus estipulaciones y la Constitución nacional, y el Derecho nacional debe ser conforme con el Derecho comunitario derivado.

En el ámbito del derecho migratorio, eso implica que las leyes de extranjería de los Estados miembros están sometidas al respeto de las numerosas directivas comu-

⁶¹ Sentencia del TC Federal alemán de 30 de junio de 2009, BVerfG, 2 BvE 2/082, párr. 340.

⁶² Sentencia n.º 2004-505 DC de 19 noviembre de 2004, y n.º 2007-560 DC de 20 diciembre de 2007 (Tratado de Lisboa)

⁶³ Sentencia n.º 97-394 DC de 31 de diciembre de 1997.

⁶⁴ Sentencia n.º 92-308 DC de 9 de abril de 1992 y n.º 92-312 DC de 2 de septiembre de 1992,

⁶⁵ Sentencia n.º 2004-505 de 19 de noviembre de 2004.

⁶⁶ Sentencia n.º 2007-560 de 20 de diciembre de 2007.

⁶⁷ Sentencia n.º 2004-505 de 19 de noviembre de 2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

⁶⁸ Sentencia n.º 2006-543 DC de 30 de noviembre de 2006.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

nitarias⁶⁹ y reglamentos⁷⁰ que rigen la materia. Esta exigencia de conformidad de las normas nacionales con el Derecho comunitario ha obligado los Estados miembros a

⁶⁹ Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. (DO L 149 de 2.6.2001); Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo de 2011, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los refugiados y otros beneficiarios de protección internacional; Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa al permiso único; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países como trabajadores temporeros; Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales; Directiva (UE) 2016/801, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*; Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida; Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (texto refundido); Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).

⁷⁰ Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación; Reglamento (UE) 2017/371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) 539/2001; Reglamento (UE) 2017/372 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) 539/2001; Reglamento (UE) 2017/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 539/2001; Reglamento (CE) n° 1683/1995 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado; Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

modificar profundamente su legislación. En Francia, el Derecho comunitario ha provocado notables cambios del contenido del “Código de entrada y de estancia de los extranjeros y del derecho de asilo”:⁷¹ procedimiento de examen de las solicitudes de asilo; condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; reagrupación familiar; estatuto de residente de larga duración; retorno de los extranjeros en situación irregular; mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional, etc. También tuvieron los tribunales franceses –del orden judicial como del administrativo– que adaptar su jurisprudencia a las normas comunitarias y a las sentencias del TJUE que, cada vez más interviene en la materia.

Concretamente, la supremacía del Derecho de la Unión respecto del Derecho constitucional puede plantear problemas cuya solución no es evidente. Por ejemplo, la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, corrientemente llamada “Directiva cualificación”, define el refugiado como “un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país”.⁷² Por su lado, el párrafo 4 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, que es parte del bloque de constitucionalidad, dice: “Cualquier hombre perseguido a causa de su acción a favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República”, y el artículo L. 711-1 del Ceseda precisa: “Se reconoce la calidad de refugiado a toda persona perseguida a causa de su acción a favor de la libertad y a toda persona [...] que satisface a la definición del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Estas personas estarán regidas por las disposiciones aplicables a los refugiados reconocidos con base en la Convención de Ginebra”.

Entre las disposiciones aplicables a los refugiados que satisfacen a la definición de la Convención de Ginebra figura el artículo L. 314-11 del Ceseda en virtud del cual se expide de derecho el permiso de residencia de diez años, automáticamente renovable, al extranjero reconocido refugiado, a su cónyuge y a sus hijos menores.

Ahora bien, ¿este permiso, que se expide con base en una ley interna francesa, estará oponible a los otros Estados miembros, a pesar de que ni la Directiva comunitaria, ni los Derechos nacionales lo prevén? En otras palabras, ¿puede Francia imponer el respeto de su Derecho doméstico de parte de sus socios sin el consentimiento de ellos? La respuesta tiene que ser negativa, pues el contrario sería contrario a los fundamentos del Derecho comunitario, pero también del derecho internacional.

⁷¹ En francés: Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, más adelante abreviado en « Ceseda ».

⁷² Directiva 2011/95/UE, art. 2, letra d. Esta definición es casi palabra por palabra la misma que la del artículo 1 A 2 de la Convención de Ginebra de 1951: “El término “refugiado” se aplicará a toda persona [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

V. Derecho de la Unión europea y Derecho del Convenio europeo de Derechos humanos

Desde la entrada en vigor de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea (CDFUE), en diciembre de 2009,⁷³ la Unión se ha dotado de un instrumento de reconocimiento y garantía de los Derechos y Libertades distribuidos en seis títulos: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia. Muchos de los Derechos y Libertades contempladas en la Carta, también lo son en el CEDH,⁷⁴ pero la Carta también reconoce Derechos no contemplados en el Convenio, como los derechos de los trabajadores⁷⁵ y de los ciudadanos europeos,⁷⁶ el derecho a una buena administración,⁷⁷ la protección de datos⁷⁸ y del medio ambiente,⁷⁹ etc.

En su último título (“Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta”), la Carta precisa que “está dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, es decir que se aplica cada vez que está en juego la aplicación o interpretación de una norma de Derecho comunitario por una de las instituciones de la Unión o por las autoridades de un Estado miembro. Su ámbito de aplicación, pues, es más restringido que el del CEDH. En efecto, en virtud de sus artículos 33 y 34, el Convenio puede ser invocado, o por “toda Alta Parte Contratante” en caso de “incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos [...] imputado a otra Parte Contratante”,⁸⁰ o “por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de

⁷³ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea fue proclamado por el Parlamento europeo, el Consejo de la Unión europea y la Comisión europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. La carta debía formar parte de la Constitución Europea, pero al no aprobarse ésta, no forma parte del Tratado de Lisboa (estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, solo pero al no pudo entrar en vigor junto con el Tratado de Lisboa. El artículo 6 del TUE revisado remite a la Carta diciendo: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

⁷⁴ Derecho a la vida (CDFUE, art. 2; CEDH, art. 2); Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (CDFUE, art. 4; CEDH, art. 3); Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (CDFUE, art. 5; CEDH, art. 4); Derecho a la libertad y a la seguridad (CDFUE, art. 6; CEDH, art. 5); Respeto de la vida privada y familiar (CDFUE, art. 7; CEDH, art. 8); Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia (CDFUE, art. 9; CEDH, art. 12); Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (CDFUE, art. 10; CEDH, art. 9); Libertad de expresión y de información (CDFUE, art. 11; CEDH, art. 10); Libertad de reunión y de asociación (CDFUE, art. 12; CEDH, art. 11); etc.

⁷⁵ Título IV “Solidaridad”, art. 27 y ss.

⁷⁶ Derecho de sufragio activo y pasivo, art. 39 y 40; Derecho de petición, art. 44; Libertad de circulación y estancia, art. 45.

⁷⁷ Art. 41.

⁷⁸ Art. 8 y 29.

⁷⁹ Art. 37.

⁸⁰ CEDH, art. 33.

particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”.⁸¹

Sin embargo, cada vez que una persona privada, física o jurídica, se considera víctima de una violación de uno de sus derechos contemplados en el Convenio y en la Carta, cometida por un Estado miembro de la UE al aplicar o una norma comunitaria, o una norma interna dictada con base en una norma comunitaria, la disputa puede resolverse por referencia a la Carta o al Convenio. ¿Cómo evitar, en este caso, las discrepancias de solución entre ambos órdenes jurídicos? Para encontrar una salida en lo que podría conllevar graves consecuencias, el artículo 52, párr. 3, de la CDFUE estipula: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. Ello quiere decir que la Carta debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del TEDH para asegurar la garantía de los Derechos contemplados por los dos instrumentos. Pero, ¿está dispuesto el TJUE a “obedecer” el TEDH? No es nada seguro, como lo muestran las contradicciones entre las jurisprudencias de ambos tribunales y la reticencia del TJUE a aceptar que la UE adhiera al CEDH.

En varias ocasiones, el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo coinciden en la solución de un mismo caso, con bases jurídicas distintas. Así fue, en el caso *Krombach y Bamberski*:⁸² el Sr. Krombach había sido condenado en Francia por homicidio, por una sentencia dictada sin que fuera presente ni representado por un abogado –había huido a Alemania–, ya que la ley francesa no prevé esta posibilidad en caso de rebeldía del acusado. En un primer tiempo, acudió al TEDH quien, en una sentencia de 2001,⁸³ declaró que había sido pisoteado el artículo 6 del CEDH, por violación al derecho a ser defendido por un abogado. Paralelamente se planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial acerca de la ejecución en Alemania de la condena del Sr. Krombach. En su sentencia, el TJUE invocó el artículo 6° del CEDH y la jurisprudencia del TEDH relativa al derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado como garantía de un proceso equitativo.⁸⁴ En este caso, pues, ambos tribunales dictaron sentencias que resolvieron el litigio en el mismo sentido, por la simple razón que la CJCE aplicó la jurisprudencia de la CEDH.

En cambio, en otras sentencias, el TJUE se ha pronunciado en contradicción con la jurisprudencia del TEDH. Fue el caso, por ejemplo, en el asunto *Hoescht AG vs Comi-*

⁸¹ *Ibid.*, art. 34.

⁸² CJCE, 28 de marzo de 2000, *Krombach vs Bamberski*, req. n° C7/98.

⁸³ CEDH, 13 de febrero de 2001, *Krombach vs Francia*, req. n° 29731/96.

⁸⁴ CEDH, 23 de noviembre de 1993, *Poitrinol vs Francia*, req. n° 14032/88; CEDH, 22 de septiembre de 1994, *Pelladoah vs Países Bajos*, req. n° 16737/90; CEDH, Gde. Ch., 21 de enero de 1999, *Van Geysegem v Bélgica*, req. n° 26103/95.

sion⁸⁵ que contradice las sentencias del TEDH en los asuntos Chappell⁸⁶ y Niemetz,⁸⁷ acerca de la aplicación a los locales empresariales de la protección del domicilio personal. También la sentencia Orkem⁸⁸ del TJUE y la sentencia Funke del TEDH,⁸⁹ en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo.

La cuestión de la adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo de Derechos humanos es más reveladora todavía de la resistencia del TJUE a aceptar someterse al respeto de otro ordenamiento jurídico que el comunitario.

Si bien todos los Estados miembros de la UE son parte al CEDH, la misma UE no lo es, pues el Convenio está abierto a ratificación de Estado y la UE no es un Estado ni tuvo personalidad jurídica hasta el Tratado de Lisboa de 2007 que inserta en el TUE un artículo 47 que dice: “La Unión tiene personalidad jurídica”. Y el artículo 6.2 del mismo TUE, también insertado por el Tratado de Lisboa, abre la puerta a la adhesión de la UE al CEDH en los siguientes términos: “La Unión se adherirá al Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pues, está claro que la Unión debe adherir al CEDH, con la única condición que esta adhesión no dé lugar a una modificación de las facultades de la UE.

La adhesión implicaría el inevitable sometimiento de la UE al respeto de los derechos contemplados en el CEDH y al control del Tribunal de Estrasburgo, una jurisdicción ajena a la Unión. Más precisamente, esta adhesión permitirá a los ciudadanos europeos y a los nacionales de terceros países presentes en el territorio de la Unión, someter al TEDH, sobre la base de las disposiciones del CEDH, los actos jurídicos emanados de los órganos de la Unión.

Para la implementación del artículo 6 del TUE, la Comisión pidió, en julio de 2013, al TJUE que se pronunciara sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión, que ella había elaborado, con los Tratados. En su dictamen del 18 de diciembre de 2014, el TJUE consideró que el proyecto de acuerdo no era compatible con el Derecho de la UE.⁹⁰

Para ello, el Tribunal de Luxemburgo señala en primer lugar: “Como quiera que el artículo 53 del CEDH reserva, en lo sustancial, a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio, es preciso garantizar la coordinación entre la citada disposición y el artículo 53 de la CDFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a

⁸⁵ CJCE, 21 de septiembre de 1989, Hoechst vs Comisión, req. n° 46/87.

⁸⁶ CEDH, 30 de marzo de 1989, Chappell vs Reino Unido, req. n°10461/83.

⁸⁷ CEDH, 16 de diciembre de 1992, Niemietz vs Alemania, req. N° 13710/88.

⁸⁸ CJCE, 18 de Octubre de 1989, Orkem vs Comisión, req. n° 374/87.

⁸⁹ CEDH, 25 de febrero de 1993, Funke vs Francia, req. n° 10828/84.

⁹⁰ Dictamen n° 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 relativo a la adhesión de la Unión al Convenio europeo de Derechos humanos.

los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.⁹¹ En otras palabras, el TJUE no acepta que, en caso de conflicto entre los dos niveles de protección, sea posible apoyarse en el CEDH para reivindicar la aplicación de disposiciones que ofrezcan un nivel de protección superior a los requirentes.

Casi dos años antes del Dictamen de diciembre de 2014, en el caso Melloni,⁹² el TJUE ya había expresado la idea que el nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de las normas constitucionales de los Estados miembros no puede ser superior al que garantiza el derecho de la Unión, conforme al principio de confianza mutua, en virtud del cual cada Estado miembro debe considerar que los otros Estados miembros respetan los derechos fundamentales garantizados por el derecho de la Unión. En el dictamen de 2014, el TJUE extiende el alcance de esta solución, al considerar que el principio de confianza mutua, extendido a las relaciones entre la UE y los Estados parte al CEDH, es requisito previo indispensable de su sumisión al control del TEDH.

En tercer lugar, el TJUE invoca su competencia exclusiva, afirmada en el artículo 344 del TFUE, para resolver “las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”. Según el, este artículo impide que se puedan someter al TEDH una demanda en relación con una violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la Unión cuando aplican el derecho de la Unión, pues, para el TJUE, las relaciones entre los Estados miembros o entre éstos y la Unión sólo pueden ser regidas por el derecho de la Unión, no por el CEDH.⁹³

En cuarto lugar, el TJUE reprocha al proyecto de adhesión que prevea el procedimiento de “implicación directa” por el cual el TEDH puede someter a al TJUE cuestiones relativas a la compatibilidad del derecho de la Unión con el CEDH, lo que garantiza que el TJUE conozca, de manera efectiva, de la validez de un acto de la Unión antes que el TEDH se pronuncie sobre la conformidad de este acto con el CEDH. Sin embargo, el TJUE considera que esta garantía es insuficiente porque la comunicación de las cuestiones de compatibilidad e interpretación de los actos de la Unión a los ojos del CEDH no es automática. Por lo tanto, el TJUE exige que todo caso pendiente ante el TEDH le sea comunicado para que él examine si ya se ha pronunciado sobre la cuestión planteada o no.⁹⁴

Finalmente, el último reprocho del TJUE se refiere a la posibilidad que la adhesión al Convenio otorgue al TEDH la posibilidad de ejercer un control exclusivo de

⁹¹ Dictamen n° 2/13, párr. 189.

⁹² CJUE, 26 de febrero de 2013, Melloni, req. n° C-399/11.

⁹³ Dictamen 2/13, § 212.

⁹⁴ *Ibid.*, § 196.

las medidas adoptadas en el marco de la política exterior y de seguridad común, que no competen al TJUE. Y a este propósito reitera que “la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión”.⁹⁵

El dictamen del TJUE es eminentemente criticable, pues equivale a declarar contraria al derecho de la Unión la adhesión al CEDH, prevista por el TUE, el cual incluso la erige en una obligación de la Unión. Es muy difícil imaginar cómo un artículo del Tratado fundador de la Unión puede ser contrario al derecho de la Unión. Y es más difícil todavía imaginar cómo esta declaración de contrariedad puede emanar del órgano encargado de asegurar el respeto del derecho de la Unión.

Conclusiones

El mecanismo de garantía de los derechos de los extranjeros, y de los Derechos humanos en general, en el continente europeo, es sumamente complejo, pues intervienen varios sistemas jurídicos de niveles diferentes⁹⁶ sin que sea muy clara la jerarquía que ha de establecer entre ellos. La consecuencia es que los justiciables, si bien tienen una cantidad impresionante de textos y jueces a su disposición para hacer valer sus derechos, no saben a quién deben dirigirse para obtener protección.

Cuando faltan los mecanismos de control, evidentemente están los ciudadanos expuestos a todos los abusos posibles e imaginables de parte de los gobernantes, especialmente los extranjeros que se hallan en una situación de vulnerabilidad por no conocer o conocer mal la lengua del país de acogida y su sistema jurídico. La toma de conciencia de la necesidad de garantizar los derechos de las personas a un nivel supranacional, para sustraer el individuo a la arbitrariedad de las autoridades nacionales, es indiscutiblemente un progreso y un elemento fundamental del Estado de derecho.

Pero “lo mejor es enemigo de lo bueno”. La multiplicación de las garantías y la complejificación del sistema, hace que el Derecho es menos accesible al extranjero, pero también al abogado y hasta al juez. Como decía Spinoza, “¿Por qué hacer complicado lo sencillo?” En otras palabras, como dicen los franceses, “¿Por qué hacer que sea sencillo cuando se puede hacer complicado?” Los juristas, los gobernantes y los representantes de los ciudadanos deberían tener en cuenta el imperativo de sencillez y accesibilidad del Derecho —condición indispensable para que los derechos sean efectivos—, y pensar que “demasiado derecho mata el derecho”.

⁹⁵ *Ibid.*, § 256.

⁹⁶ Por ello se habla a veces de “sistema multinivel de protección de los Derechos humanos”. Véase, por ejemplo: George Rodrigo Bandeira Galindo René Uruña Aida Torres Pérez (coord.), Protección multinivel de los Derechos humanos, Programa financiado por la Comisión europea, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (sin fecha); Paola Bilancia, Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los Derechos, Universidad de Milán, Cátedra de Derecho Público (sin fecha), <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/09paolabilancia.htm>.

Aplicación hermenéutica de la Justicia Constitucional a la jurisdicción especial para la paz

Jaime Alfonso Cubides Cárdenas¹

Angélica Grandas Ferrand²

Introducción

A propósito del momento histórico que está viviendo Colombia actualmente, realizando una importante transición a una era de Paz, dentro de las negociaciones realizadas en La Habana, Cuba se establecieron ciertos puntos relevantes con el fin de asegurar la verdad, la reparación y la no repetición a las víctimas del conflicto armado de una guerra que se suscitó en este país por más de 50 años, y en la cual participaron como victimarios los miembros de la Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia Ejército del Pueblo (en adelante, FARC-EP); puntos de negociación que se tradujeron específicamente en mecanismos de justicia dentro de un componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNRR) denominado la “Jurisdicción Especial para la Paz” más conocida como (JEP), “*que tiene la característica de ser el primer órgano jurisdiccional, es decir, un tribunal ad hoc, en Colombia con la función de investigar y juzgar a todos aquellos que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado*”.³ Dentro de la estructura de la JEP, se encuentra el Tribunal para la Paz facultado para ejercer las funciones jurisdiccionales correspondientes que se enunciaran en el desarrollo de esta investigación, el tribunal en mención se puso en marcha en el mes de febrero del año en curso con más de 6.400 solicitudes de casos para analizar.

¹ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires– Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co

² Estudiante de Derecho Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de Investigación del Investigación del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” e integrante del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: amgrandas59@ucatolica.edu.co.

³ Cubides, Jaime & Grandas, Angélica. La Jurisdicción Especial para la Paz. Un Tribunal Ad Hoc en Colombia en Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la paz. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2017. 148.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Ahora bien, todo lo anterior es resultado del Acuerdo Final para la Paz debatido por más de cuatro años entre el Gobierno colombiano y las FARC EP, acuerdo que se enmarca dentro de lo que se conoce como un pacto nacional, generando altas expectativas en la protección de derechos humanos vulnerados sucesivamente a las víctimas del conflicto armado, y sobre todo en la aplicación de una justicia que asegurará la reparación integral de las mismas. Es así como en el presente estudio a través de un método descriptivo e interpretativo, se analizará específicamente sí el SIVJRNR que surge como consecuencia del Acuerdo Final para la Paz (pacto nacional), es la materialización y correcta aplicación de una justicia constitucional; para lo cual se abordarán dos ejes temáticos principales, en primer lugar, se enunciará a grandes rasgos la estructura de la JEP ahondando específicamente en las competencias del Tribunal para la Paz, posteriormente, se conceptuará sobre la justicia constitucional, su origen, concepto y clasificación, para finalmente a modo de conclusión, dar respuesta al problema jurídico planteado.

Antecedentes y estructura de la JEP

Para abordar este tema, debemos dirigirnos de inmediato a las negociaciones realizadas desde el año 2012 entre el Gobierno de Colombia y las FARC - EP, en la que se proferían continuamente una serie de comunicados con el fin de publicitar algunos asuntos claves respecto a lo que se implementaría en el Acuerdo Final. El comunicado que da origen a la JEP es el identificado con el número sesenta (60) expedido el día 23 de septiembre de 2015, dentro del Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición, el cual, en palabras del Alto Comisionado para la Paz⁴ se compone de la siguiente manera:

Mecanismos Judiciales	Mecanismos Extrajudiciales	Medidas
Jurisdicción Especial para la Paz.	Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.	Reparación integral para la construcción de la paz.
	Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.	Garantías de No Repetición.

Fuente: Elaboración Propia.

La JEP tiene como objetivos principales el “*investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, para lograr los objetivos fijados de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica*”.⁵ Dentro de su estructura orgánica, está conformada por tres salas: Sala de Reconocimiento de Verdad, de

⁴ Gobierno Colombiano y FARC-EP. Acuerdo Final de Paz. 2016. 83.

⁵ *Ibidem*, 143.

Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sala de Amnistía o Indulto y Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, integradas con un total de 18 magistrados, en el mismo sentido, por un Tribunal para la Paz que lo integran 20 magistrados y se subdivide en las siguientes secciones:

- Sección de Primera Instancia para los Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidades,
- Sección de Primera Instancia para los Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad,
- Sección de Revisión de Sentencias y Sección de Apelación.

Eventualmente, podrá estar integrado por una quinta sección llamada de Estabilidad y Eficacia de las Resoluciones y Sentencias de la JEP.⁶

II. Justicia Constitucional

En un sentido amplio, el concepto de justicia se refiere a realizar actos enmarcados dentro de un régimen legal respetando las disposiciones normativas, en este caso, el objetivo de la justicia constitucional es el de proteger la Constitución.

II.1. Origen

El origen de la justicia constitucional radica en la época comprendida entre los siglos VIII y XIX, posterior a la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa,⁷ en donde se dice que surgieron diversos problemas de constitucionalización en el proceso que se llevaba a cabo en Inglaterra. No obstante, el gran impulsor de la justicia constitucional es Hans Kelsen ante la situación a la que se tuvo que enfrentar en razón a la crisis de idea de Constitución “*como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales y muy significativamente los derechos fundamentales y los derechos de las minorías frente a las mayorías parlamentarias*”;⁸ de igual manera, este origen va ligado con el Estado de Derecho que tuvo como protagonistas a los estados de Alemania y Francia, consecuencia directa del reconocimiento de derechos y libertades, como es el caso de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la cual se vislumbraron los primeros derechos que hoy conocemos como fundamentales.

⁶ Jurisdicción Especial para la Paz. Consultado el 20 de mayo de 2018 en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

⁷ Quiroga, Anibal. “La Justicia Constitucional”. Ponencia sustentada en el Seminario Derechos Humanos y el Sistema Jurídico realizado en Arequipa. Perú. 1987.

⁸ Pérez, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, Instituto de Derecho Público Comparado Universidad Carlos III Madrid. 2003. 15.

II.2. Concepto de Justicia Constitucional

Ahora bien, la justicia constitucional puede entenderse como un conjunto de técnicas que garantizan e interpretan la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales.⁹ Es así como supone la existencia de una jurisdicción o tribunal “*encargado de hacer efectivo el efecto útil de la Constitución a través de requisitos mínimos del proceso legal*”,¹⁰ en verdad lo que buscan principalmente los tribunales es procurar por la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales, en palabras de Rolla “*asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y el legislador*”.¹¹

En el mundo moderno, la justicia constitucional se ha implementado en varios estados, con la creación de tribunales constitucionales o la asignación de funciones jurisdiccionales constitucionales a tribunales ya existentes.

De la misma manera como se clasifica el control de convencionalidad, la justicia constitucional se distingue entre un modelo difuso y un modelo concentrado, el primero de ellos es de origen del common law por ende, es jurisprudencial, le impone al Juez una obligación de efectuar un control exhaustivo de carácter constitucional sobre la ley aplicable al caso,¹² y por otro lado, el modelo concentrado hace referencia al derecho continental, y es específicamente el que impone la creación de un Tribunal Constitucional especializado en el control de constitucionalidad de la ley y que el Estado reconozca la competencia que tiene sobre esta actividad. Es el caso que vivió Colombia, pues en el año 1910 le otorgaron a la Corte Suprema de Justicia la competencia de conocer acerca de asuntos constitucionales que tenían que ver meramente con protección a derechos, posteriormente, con la Asamblea Constituyente de 1991 se crea la Corte Constitucional, tribunal constitucional especializado en Colombia, asignándosele competencias específicas relacionadas con temas de tan gran importancia, como la protección de derechos fundamentales a través de mecanismos judiciales que puede incoar cualquier individuo cuando considere una vulneración a las garantías proscritas en la Constitución, como lo es la acción de tutela, asimismo, como la función asignada en el artículo 241 de la Carta Política, que consiste en la integridad y supremacía del mismo instrumento.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Loiano, Adelina. “El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad”. Revista Jurídica. 2014. 24.

¹¹ Rolla, Giancarlo. “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. 21.

¹² Velandia, Eduardo. “La Justicia Constitucional en Colombia”. Derecho y Debate. Consultado en: <http://derechodebate.com/admin/uploads/55ed98a16573b-eduardo-velandia-canosa-la-justicia-constitucional.pdf>

III. Fundamentos legales Internacionales y Nacionales de la JEP

En el desarrollo del Acuerdo de Paz del año 2016, se encuentran varios fundamentos normativos a los cuales podemos referirnos como constitucionales, estos son, nacionales e internacionales y dan un abrebocas a la necesidad de implementación de un acuerdo que permita la protección de los derechos humanos vulnerados a las víctimas del conflicto armado en un largo periodo de tiempo. El primer fundamento internacional que podemos evidenciar dentro del Acuerdo Final de Paz, es el del Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador, sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cita lo siguiente:

“Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”.¹³

Es entonces como se torna una necesidad innegable por parte de los Estados, no solo el respeto y protección de las víctimas y su reparación, sino también es una obligación el asegurar la paz, tal y como lo dispone el mismo Acuerdo Final de Paz *“en ejercicio de dicha autonomía el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos”*.¹⁴ Asimismo, el asegurar la paz está prescrito en el Preámbulo de la Constitución Política de Colombia precisamente: *“con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”*. No basta con solo enunciarla en el Preámbulo de la Constitución Política, sino que también la paz está contemplada dentro de la parte dogmática de la Carta Política, es decir, donde se encuentran los derechos fundamentales precisamente en el artículo 22: *“La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”*, gozando de una especial protección, como lo es el caso de la acción de tutela.

De igual manera, el entender el origen de un mecanismo como el de la JEP en Colombia tiene un desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, tribunal especializado en la protección de la Constitución, y también un apoyo doctrinal por parte de varios autores. Para Ambos, Malarino y Elsner, es indispensable el concepto de justicia transicional que pretende hacer efectivo el derecho de la paz en ciertos Estados donde su historia ha estado marcada por el conflicto, enjuiciando y reparando las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional

¹³ Voto concurrente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador (Sentencia de 25 de octubre de 2012)

¹⁴ Gobierno Colombiano y FARC-EP. Acuerdo Final de Paz. 2016. 144.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Humanitario, por lo que resulta sumamente necesario el implementar mecanismos judiciales o extrajudiciales de resolución de conflictos.¹⁵

En sentencia C-771 de 2011 de la Corte Constitucional admite la existencia de mecanismos de justicia transicional que aseguren la protección de los derechos de las víctimas y la realización de normas, valores, principios de la Carta Política como también los preceptos de los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, la paz resulta ser, no solo un valor constitucional, “(i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional, (ii) un fin fundamental del Estado colombiano, (iii) un derecho colectivo dentro de la tercera generación de derechos, (iv) un derecho subjetivo y (v) un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos”.¹⁶ Agudelo & León, expresan que en el ordenamiento interno, la paz¹⁷ se reconoce como un derecho humano por necesidad, en el que las víctimas del conflicto deben tener un papel fundamental en los procesos encausados a la realización, siendo factores determinantes para su realización.¹⁸ Por tal motivo, resultaría incluido en un marco constitucional, la creación de cualquier institución de justicia transicional que asegure el valor constitucional de la paz.

Resulta ser plenamente constitucional la adopción de dichas medidas en cuanto a que hacen efectivo el Estado Social de Derecho, modelo de Estado Colombiano que ha sido adoptado a partir de la Constitución Política de 1991, trayendo consigo características innovadoras como el principio de la dignidad humana, el respeto por los derechos fundamentales, la acción de tutela, mecanismos de participación, la creación de la Corte Constitucional, entre otros. “Al momento de determinar si hay una efectiva garantía de los derechos humanos y, en especial, que puedan ser disfrutados plenamente por sus titulares surgen cuestionamientos sobre tal efectividad en los Estados”.¹⁹ Para esto, el Estado tiene tres obligaciones para procurar la protección de los mismos, mencionadas en sentencia C-579 de 2013:

- i. Abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar su goce efectivo, no puede tomar medidas discriminatorias, que condicio-

¹⁵ Ambos, Kai. Malarino, Ezequiel & Elsner, G. Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. 2009. Consultado el 15 de mayo de 2018 en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-771 de 2011

¹⁷ Tiene dos definiciones conceptuales, por un lado, es un derecho inherente a los hombres que es garantizable por el Estado, por otro lado, se entiende como una de las directrices programáticas propias del Estado, para garantizar estabilidad, bienestar y toda clase de derechos así como deberes de acción para con los individuos que gobierna Agudelo, Oscar. & León, Jorge. Examen en clave neoconstitucionalista a la categoría normativa de la paz. Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia. 2016. 21. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

¹⁸ Martínez, Alfonso & Cubides, Jaime. “Una visión propositiva para la expansión del derecho procesal convencional de los Derechos Humanos”. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C. Consultado el 10 de mayo de 2018 en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/381/pdf>

¹⁹ *Ibidem*.

nen el acceso o el ejercicio de los derechos, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta.

- ii. Adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el ejercicio de un derecho por parte de su titular.
- iii. La obligación de garantía implica el deber del Estado de organizar todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos. A partir de la obligación de garantía se derivan a su vez cinco obligaciones: (i) prevenir su vulneración (no repetición); (ii) crear mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos en casos de amenaza o vulneración (tutela efectiva); (iii) reparar las violaciones y esclarecer los hechos (reparación y verdad); e (iv) investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH, y al DIH (justicia), entre otras.

Parafraseando a Cubides & Vivas, afirman que es una obligación que impone la comunidad internacional, el diseñar su propia política interna de protección a los derechos humanos por la existencia de un conflicto armado,²⁰ facultando al Estado de tomar medidas de cualquier índole que tenga como finalidad la garantía de los derechos de aquellas personas víctimas de la desprotección de derechos por cualquier circunstancia, en este caso, las víctimas producto del conflicto armado. La protección de los derechos de la persona requiere de “instituciones diseñadas específicamente para ello”,²¹ y la JEP es una de esas instituciones.

En lo que respecta a la implementación del Acuerdo Final de Paz al ordenamiento jurídico colombiano, es decir, a nuestra Constitución Política. El Congreso de la República mediante Acto Legislativo 01 de 2016, flexibiliza el procedimiento sobre toda la normatividad propia del Acuerdo y le brinda facultades al Presidente de la República para que lo expidiera. Teniendo en cuenta que el acto legislativo es un mecanismo para reformar la Constitución y está en cabeza del Congreso de la República, en este caso, el Acto Legislativo 01 de 2016 tiene el carácter de excepcional y transitorio en el que se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un tiempo definido de seis meses que pueden ser prorrogados por otros seis meses. Básicamente, lo que se busca es agilizar y facilitar la consolidación del Acuerdo Final de Paz, en cuanto a que todas las leyes o actos legislativos que se tramiten en razón a este, tendrán prelación en el debate del Congreso de la República.

Durante este tiempo, se ha evidenciado la polémica que ha existido para determinar si el Presidente de la República estaba legitimado o no, para expedir el Acuerdo Final de Paz y si era constitucional la implementación del Acuerdo Final de Paz a la Constitución Política de Colombia, mediante acto legislativo.

²⁰ Vivas, Tania. Pulido, Fabio. & Cubides, Jaime. “Perspectivas actuales para el estudio de los derechos humanos desde sus dimensiones. Revista Logos Ciencia & Tecnología”.2013. 69.

²¹ *Ibidem*, 113.

Para responder al primer interrogante, debemos remitirnos a la normatividad del Acto Legislativo 01 de 2016, exactamente a su Artículo 2.

Artículo 2. Artículo Transitorio. Facultades presidenciales para la Paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Es evidente que por mandato legislativo, se faculta al Presidente de la República el adoptar estas decisiones pero de manera transitoria, por eso se fija un término de 180 días desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo, lo que comprueba que es plenamente legítimo el conferir estas funciones por parte del órgano legislativo como lo es el Congreso de la República.

Para dar respuesta al segundo problema planteado, se debe traer a colación la sentencia C-699 de 2016, en la que se demanda la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2016. Sin embargo, la Corte Constitucional expone razonablemente su tesis, del porqué si se podría realizar la implementación del Acuerdo Final de Paz mediante Acto Legislativo, sustentando que fue sometido a refrendación popular con los siguientes requisitos;

“un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores”²²

Además este tendría completa validez sí se sometía al procedimiento de tres etapas, de acuerdo a la sentencia C-699 de 2016: una refrendación popular, una etapa parlamentaria y una instancia de control constitucional automático. La justificación precedente afirma la legitimidad y constitucionalidad del Acuerdo Final de Paz, debido a que existió una participación ciudadana, cumpliendo con los requisitos asignados, que asegurará el Estado Social y Democrático de Derecho.

Conclusiones

En Colombia se verifica la existencia de una justicia constitucional, en primer lugar, la que ejerce el órgano jurisdiccional supremo en la materia como lo es la Corte Constitucional, pues dentro de las mismas funciones que le ha concedido la Constitución, está inmersa la de respetar y asegurar su supremacía, por lo tanto, este Tribunal al momento de realizar un análisis exhaustivo del caso en concreto, como lo es el resolver una sentencia de inconstitucionalidad o una acción de tutela, procurará el velar siempre

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 699 de 2016. M.P. Jesús Pérez González.

por el respeto de normas constitucionales y convencionales que garanticen la protección de los derechos humanos de los nacionales y extranjeros del país.

En el mismo sentido, y resolviendo el problema jurídico planteado, la justicia constitucional se está haciendo efectiva en la actualidad, precisamente en relación al mecanismo judicial derivado del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC EP, como lo es la Jurisdicción Especial para la Paz y en consecuencia el Tribunal para la Paz, teniendo como función principal las de asegurar la protección de las víctimas del conflicto armado y procurar por hacer efectiva la verdad, la reparación y la no repetición, encaminado directamente a asegurar no solo un valor de la Constitución, sino también un principio y un derecho fundamental como lo es la Paz.

El Acuerdo Final de Paz, puede entenderse como un pacto nacional suscrito entre el Gobierno Colombiano y las FARC EP protagonistas en los últimos cincuenta años de violencia en el país, en donde se negociaron y acordaron fórmulas fundamentales para la transición de una guerra a una paz estable y duradera, entre ellas, a destacar la del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), con un mecanismo de justicia bastante importante para el cumplimiento de obligaciones internacionales y nacionales en relación a la protección de derechos humanos que a lo largo de todo este tiempo fueron vulnerados, entre ellos, el de la vida, la libertad, la paz, la integridad física y moral. Por lo tanto, es de resaltar los alcances de este Acuerdo Final de Paz, pues logró con un mecanismo que hasta la fecha cuenta con cuatro meses de funcionamiento, pero que se encuentra fundamentado en el respeto de la Constitución Política de Colombia y por ende, en la implementación de una verdadera justicia constitucional.

Bibliografía

- Agudelo, Oscar. & León, Jorge. Examen en clave neoconstitucionalista a la categoría normativa de la paz. *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público. 2016. 21.
- Ambos, Kai. Malarino, Ezequiel & Elsner, G. *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. 2009. Consultado el 15 de mayo de 2018 en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador (Sentencia de 25 de octubre de 2012).
- Cubides, Jaime & Grandas, Angélica. *La Jurisdicción Especial para la Paz: Un Tribunal Ad Hoc en Colombia en Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la paz*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2017. 464.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales
y la justicia constitucional

Gobierno Colombiano y FARC-EP. *Acuerdo Final de Paz*. 2016. 310.

Loianno, Adelina. “El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad”. *Revista Jurídica*. 2014. 24.

Martínez, Alfonso & Cubides, Jaime. “Una visión propositiva para la expansión del derecho procesal convencional de los Derechos Humanos”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.* Consultado el 10 de mayo de 2018 en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/381/pdf>

Pérez, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, Instituto de Derecho Público Comparado Universidad Carlos III Madrid*. 2003. 15.

Quiroga, Anibal. “La Justicia Constitucional”. Ponencia sustentada en el Seminario Derechos Humanos y el Sistema Jurídico realizado en Arequipa. Perú. 1987.

Rolla, Giancarlo. “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. 2004. 21.

Velandia, Eduardo. “La Justicia Constitucional en Colombia”. *Derecho y Debate*. Consultado el 20 de mayo de 2018, en: <http://derechoydebate.com/admin/uploads/55ed98a16573b-eduardo-velandia-canosa-la-justicia-constitucional.pdf>

Vivas, Tania. Pulido, Fabio. & Cubides, Jaime. “Perspectivas actuales para el estudio de los derechos humanos desde sus dimensiones. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*”. 2013. 69.

Revisión discrecional y proceso normativo, en la Corte Suprema de los Estados Unidos

*Peter J. Messitte*¹

Cada vez que acepto invitaciones para hacer ponencias en el exterior sobre instituciones legales estadounidenses, invariablemente me parece conveniente empezar con el siguiente descargo de responsabilidad: mi misión no es vender un producto, ni aun para elogiar las virtudes de nuestro sistema. Simplemente quisiera compartir experiencias. En años recientes, de avance del movimiento pro Estado de Derecho, este tipo de intercambio ha ocurrido con mayor frecuencia entre los países del mundo, particularmente en vista del derrumbe a nivel internacional de sistemas autoritarios ya sean comunistas o de carácter militar.

Sin embargo, el fenómeno no es precisamente nuevo. Así, es posible mencionar la recepción que tuvo el derecho romano en Europa después del siglo doce, para percibir la interacción a gran escala de instituciones legales. Asimismo, en el siglo diecinueve el código civil francés se convirtió en modelo para toda Europa, y alcanzó también a difundirse por las emergentes repúblicas de América Latina incluyendo, en alguna medida, Argentina.

En realidad, y teniendo mayor relevancia para el tema que voy a exponer, juristas extranjeros han estudiado e imitado la experiencia constitucional en los Estados Unidos desde los primeros días de la República Norteamericana. Argentina es un ejemplo excelente. Siguiendo el modelo norteamericano, adoptó:

- Un sistema de gobierno federal;
- Una estructura tripartita que consta con tres poderes el ejecutivo, legislativo y judicial;
- Un sistema jurídico independiente;
- El concepto de revisión judicial;
- Y en el pasado, su Corte estaba integrada por 9

Ministros, así como nosotros tenemos 9 ministros que componen nuestra Corte Suprema (sé que hoy la Corte Argentina está compuesta de 5 ministros.)

También he leído que desde la creación de la primera Corte Suprema de Justicia en Argentina aproximadamente entre 1853 y 1860, la Corte Argentina frecuente-

¹ Juez federal de Washington (EE.UU.).

mente ha consultado las costumbres y decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos para ver que pueden aportar dichos razonamientos, así como el significado que tales decisiones y costumbres pueden tener con respecto a las cuestiones que considera la Corte Argentina.

Indudablemente que existen muchísimos temas que podrían captar nuestro interés. Al preparar mis comentarios le solicité a varias personas aquí en la Argentina sugerencias acerca de los temas específicos que podría abordar. Una de estas personas me planteó 23 áreas de investigación, cuyos componentes se dividían en múltiples sub-partes, o sea un total de aproximadamente 50 preguntas distintas. Me imagino que podría pasar mucho tiempo con solo leer cada pregunta en voz alta y luego con-testarla con una o dos oraciones. Así que no voy a abordar el tema de esa manera. No obstante, lo que sí pienso hacer es analizar la mayoría si no todos estos temas a través de una exposición del proceso de revisión judicial que llamamos de “*certiorari*” o “*cert*”. Es el proceso discrecional que usa nuestra Corte Suprema para poder, en efecto, pasar revista efectiva a todas las causas que se elevan para su consideración. Terminaré con algunas palabras sobre el poder que ejerce la Corte en la elaboración de reglas.

Sin embargo, voy a empezar con algunas palabras preliminares sobre como la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó a ser poderosa institución que es hoy en día. Indirectamente esto me servirá para explicarles como el proceso de *certiorari* llegó a ser el método más frecuente de revisión de la Corte durante los tiempos modernos.

En mayo de 1787 los representantes de los 13 estados originales convocaron a una convención constitucional en Philadelphia. James Madison del Estado de Virginia, y quien luego fue el cuarto presidente de los EE.UU., fue el principal redactor de la Constitución, proponiendo el “Plan Virginia”, compuesto de un gobierno tripartito nacional muy fuerte, incluyendo una Corte Suprema. Hubo poco debate por parte de los delegados a la convención sobre la Corte Suprema establecida en el Artículo III de la Constitución. El poder judicial de la Corte se extendió a causas que “emanen de la Constitución y las leyes federales”. Hasta ese momento los tribunales de los estados (no los tribunales federales ya aún no les había) tramitaban la mayoría de las causas, principalmente el procesamiento penal, así como las disputas contractuales y sobre derecho de propiedad. El Artículo VI de la Constitución dictaba que la Constitución sería la “ley suprema del país”. Vale decir que los delegados a aquella convención seguramente previeron la magnitud del poder que llegaría a tener dicha Corte, el poder, por ejemplo, de anular leyes estatales y federales que infringieran la Constitución federal.

La Constitución fue ratificada por los estados en 1788 y luego se le adjuntó la Declaración de Derechos en 1791. Debo señalar que Alexander Hamilton, James Madison y John Jay se desempeñaron en una campaña muy activa a favor de la ratificación. Sus esfuerzos se reflejaron en una serie de escritos conocidos como Documentos Federalistas y urgían la adopción de la Constitución. Alexander Hamilton, en el ensayo Documento Federalista Número 78, elogia las virtudes de la revisión judicial. La revisión judicial, no mencionada en la Constitución, llegó a implantarse

como doctrina en 1803 cuando el Presidente de la Corte Suprema, John Marshall, anunció la doctrina en el famoso caso *Marbury contra Madison*. En ese caso la Corte anuló una ley del Congreso que discrepaba con la Constitución. (La ironía es que la Corte anuló una ley del Congreso que pretendía brindarle a la Corte autoridad para que esta pudiera impartir una determinada orden al Secretario del Estado. La resolución de la Corte declaraba que esta concesión de jurisdicción no tenía fundamento en el texto constitucional.) En el caso de *Marbury*, el Presidente Marshall declaró que era la “competencia y obligación” de la Corte “determinar lo que la ley dice”.

Después de este evento la Corte emitió varias decisiones en casos históricos que resultaron del crecimiento rápido de la población y de la economía. Por ejemplo, en *McCulloch contra Maryland*, la Corte falló que el Congreso sí tenía la autoridad bajo la cláusula de “necesidad y autoridad” del Artículo I, Sección 8 de la Constitución, para promover objetivos “legítimos” del gobierno nacional, en este caso aprobar estatutos para un banco nacional. En el caso *Cobens contra Virginia* (1819), la Corte dictaminó que le competía revisar decisiones de tribunales estatales relacionados con la Constitución o la jurisprudencia federal.

Para bien o mal, la Corte emitió muchas decisiones importantes con el pasar de los años. En el tristemente famoso caso *Dred Scott*, decidido en 1857 –la Corte falló que el derecho del ciudadano de interponer demandas judiciales no podía extenderse a personas negras–, ya fuesen esclavas o libres. Las intensas divisiones sobre la esclavitud, recalçadas y enardecidas por este caso, se volcaron en la Guerra Civil de 1861. La jurisprudencia del final del siglo 19 y principios del siglo 20 trató temas económicos tal como la doctrina de libertad de contratos, consecuencia del intento del Congreso de intervenir en aspectos de la vida económica, así como límites sobre la libertad de expresión a través del concepto de que era permisible controlar la libertad de expresión cuando el contenido representaba un peligro “obvio e inmediato”.

Para el año 1925 la Corte se encontraba con una cantidad excesiva de causas de revisión obligatoria (aproximadamente 270 al año). Por ejemplo, apelaciones en las cuales Ministros de la Corte tenían que estudiar alegatos escritos, escuchar argumentos orales y emitir resoluciones escritas. El Ministro Frankfurter dijo alguna vez que esta situación afectaba gravemente el tiempo que la Corte disponía para dedicar “suficiente estudio,” “suficiente reflexión,” “suficiente debate” y para emitir “resoluciones distinguidas y admirables”. Así pues, en el año 1925 el Congreso aprobó el “Proyecto de Ley de los Jueces” (conocido como tal debido a que fue redactado por una comisión compuesta de ministros de la Corte) que de manera considerable reducía el número de apelaciones obligatorias entre las causas de la Corte. Al mismo tiempo esta ley extendió la jurisdicción discrecional de la Corte o sea la jurisdicción *certiorari* (que había sido originalmente creada en 1891), proporcionándole a la Corte la autoridad de controlar sus causas, o sea su volumen de trabajo. En el año 1988 el Congreso redujo aún más la jurisdicción obligatoria de la Corte a tal punto que hoy casi toda la jurisdicción de la Corte se ha convertido en discrecional, o sea *certiorari*.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Las razones que motivaron al Congreso a tomar paso de permitirle a la Corte considerar solo causas “de gravedad e importancia amplia”, y de principios que afectan ya sea al público o al estado, se ven reflejadas en las normas que rigen la revisión *cert*. Consideremos brevemente estas normas.

Primero que nada, fíjense en que es una Regla de la propia Corte Suprema la que establece las pautas que determinan la probabilidad de que conceda *cert*, y no una ley del Congreso. Asimismo, pero rara vez, la Corte da a conocer las razones que motivaron la concesión o negativa de *cert*.

La Corte recibe entre siete mil y ocho mil recursos de *certiorari* (técnicamente, recursos de revisar o autos de avocación) en cada período de sesiones, entre los meses de octubre y junio.

La mayoría de estas peticiones provienen de presidiarios que no tienen fondos para pagar los costos del litigio ante la Corte, Solo se da lugar a un promedio de 5 de estas peticiones anualmente, un número insignificante.

Aproximadamente dos tercios de estos recursos son *in forma pauperis*, lo que significa que la parte actora no puede solventar el pago de los \$300 dólares estadounidenses de la tasa de registro del recurso (para la tramitación del expediente). En los últimos años, la Corte ha emitido dictamen por escrito en menos de una centena de casos por cada período de sesión.

La Regla 10 de la Corte Suprema afirma para empezar que “la petición para una orden de *certiorari* se otorgará solo por razones convincentes”. Las consideraciones que se encuentran en la lista de reglas “ni controlan ni miden completamente la discreción de la Corte”, son simplemente un indicio “del tipo de razones” que se consideran. Estos son los factores que según la Regla aumentan las posibilidades de obtener *cert*:

- a. Resoluciones discrepantes entre las cortes de apelaciones regionales sobre la misma cuestión federal;
- b. Resoluciones discrepantes entre las cortes supremas estatales, o entre una corte suprema estatal y una corte federal sobre una cuestión federal;
- c. Alguna cuestión jurídica federal no resuelta.

Según la Regla, una petición “se concede muy rara vez cuando el error consignado es fáctico o dice relación con algún error de interpretación de jurisprudencia establecida”.

Algunos ejemplos de los casos que la Corte en su última sesión determinó:

- En el caso *Masterpiece Cakeshop Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, se solicitó a la Corte que decidiese si la ley de acomodaciones públicas del estado de Colorado violaba los derechos constitucionales de un pastelero que se rehusó —basándose en sus creencias religiosas— a preparar una tarta nupcial para una boda entre personas del mismo sexo. La Corte evitó pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, señalando en cambio que la Comisión de Derechos

Humanos de Colorado “evidenció elementos de clara e intolerable hostilidad hacia las sinceras creencias religiosas que motivan la negativa del pastelero”. Por ello, y en un fallo de 7 votos a favor y 2 en contra, la Corte revirtió la decisión de la Corte Suprema de Colorado, que sostenía que el pastelero había violado el estatuto anti-discriminación del estado de Colorado.

- En el caso *Carpenter v. United States*, y en un fallo de 5 votos a favor y 4 en contra, la Corte decidió que el cumplimiento de la ley por lo general requiere de una orden judicial para recolección de información de torres de telefonía celular para determinar la localización física de clientes de empresas operadoras de servicios de telefonía. Muy probablemente, el fallo tendrá importantes implicancias en el acceso a otros tipos de información personal en poder de terceros, incluyendo e-mail y mensajes de texto, búsquedas en internet, así como registros bancarios y de tarjetas de crédito.
- Tanto durante la campaña de la elección presidencial como ya habiendo sido electo, el presidente Trump manifestó en diversas oportunidades su intención de impedir el ingreso de musulmanes a los Estados Unidos. En el caso *Hawaii v. Trump*, y en un fallo de 5 votos a favor y 4 en contra, la Corte Suprema decidió que el presidente había legítimamente ejercido la amplia facultad discrecional que le otorga el Acta de Inmigración y Nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés), cuando firmó una proclamación presidencial suspendiendo el ingreso de ciudadanos de determinados países de población mayoritariamente musulmana a los Estados Unidos.
- La Corte dictaminó que dicha proclamación no era violatoria de la cláusula de establecimiento (Establishment Clause) de la primera enmienda de la Constitución estadounidense, la que prohíbe al gobierno federal la aprobación de toda ley que tratase el establecimiento de una religión oficial o que diese preferencia a una religión sobre otra.
- La mayoría de los jueces de la Corte consideró que, además de tomar en consideración las declaraciones de un determinado presidente, también se debía considerar la autoridad presidencial en sí misma. Así, dicha mayoría arribó a la conclusión de que el gobierno federal había establecido una justificación de seguridad nacional en grado suficiente para aprobar la revisión legal.

¿Quién puede exigir una revisión por *certiorari*?

La respuesta es: cualquier persona, física o jurídica, que piensa que ha sido perjudicada debido al fallo final de una cámara de apelación federal, o tribunal de última instancia estatal, o en cualquier causa ya sea penal o civil, puede presentar una petición de *cert* ante la Corte Suprema.

El trámite de *cert* es diferente para litigantes en condiciones de pagar el costo del litigio y aquellos que no pueden. Aquellos litigantes que no pueden afrontar el costo del litigio pueden solicitar proceder *in forma pauperis*, lo que implica que deben

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

completar una declaración jurada muy extensa sobre sus haberes y deberes, sus ingresos y gastos mensuales. Si se concede la petición *in forma pauperis*, basta con que el recurrente presente el original de la petición de *cert* con 10 copias; en cambio el presidiario sin representante legal puede proceder enviando solamente el original de la petición (Regla 39.) En todo caso, es obligatorio enviarle una copia de la petición a toda parte afectada (Regla 29.3.) Se exime de la tasa administrativa de \$300 a personas que procedan *in forma pauperis* (Regla 38^a.)

A recurrentes que sí pueden afrontar los gastos, se les exige la tasa de \$300 y además tienen que presentar 40 copias de la petición, preparadas en forma de folleto así como se explica en otra regla (Regla 33.1.) Las copias de la petición deben ser presentadas oficialmente a todas las partes (Regla 29.5.) Inmediatamente después de interpuesta la petición, el recurrente debe notificar a todas las partes del hecho, por medio de un formulario suministrado por el Actuario.

A los treinta días de haber recibido la petición, (este período puede ser extendido sin límite, existiendo justificación), la parte contraria puede, pero no está obligado a hacerlo, presentar 40 copias en de su oficio de oposición a la petición o una petición recíproca de *certiorari*.

Se le permite al recurrente presentar un alegato de réplica al oficio de oposición a la petición—sin plazo— pero se entiende que debe hacerlo lo más pronto posible o se arriesga a que la Corte decida la cuestión sin mayor alegato.

Por último, mientras esté pendiente la petición de *cert*, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede presentar un oficio suplementario para informar a la Corte de nuevas resoluciones o legislación que puedan afectar el litigio (Regla 15.8.)

Después de un período de tiempo no especificado, la Corte puede emitir una orden concediendo o denegando la petición de *cert*. No existe ningún plazo específico para que la Corte conceda o deniegue el *cert*, tampoco existe plazo para que la Corte haga saber su decisión una vez haya concedido el *cert*.

Puede ser tan pronto como 2 semanas después de haber sido interpuesto el oficio de oposición. Generalmente los casos en *cert* se deciden en la misma sesión en la que se concede la vista (entre octubre y junio), pero hasta 40 casos por año pasan al año siguiente.

Si se deniega la petición de *cert*, el recurrente tiene la oportunidad de solicitar una reconsideración pero rara vez tienen éxito estas solicitudes y no voy a referirme a esa eventualidad.

Se pueden mencionar muchas cosas que resultan en peticiones que merecen el *cert* (En inglés decimos “*certworthy*”, el neologismo quiere decir “*merecedor de cert*”). Supongo que el elemento más interesante para ustedes, es en qué grado el recurrente debe argumentar los méritos de su causa en su petición. Evidentemente la respuesta es que forzosamente alguna parte de la petición tiene que referirse a los méritos de la causa. Pero repito, lo más importante es demostrar por qué existe discrepancia entre los tribunales inferiores sobre el tema en cuestión, y cuál es el interés público en una resolución de la Corte Suprema.

Antes de indicarles lo que ocurre después de la interposición de una causa con concesión para *cert*, quiero mencionar dos puntos breves.

Primero: ¿Qué pasa con las actas del proceso en el tribunal inferior cuya decisión se está apelando? ¿Cómo se transmiten esas actas a la Corte en conexión con la petición de *cert*? El hecho es que el recurrente no tiene, o en realidad no puede, solicitar que las actas se eleven con la petición de *cert*.

La transmisión de las actas no forma parte del proceso de presentación de *cert*. Según la Regla 12.7 de la Corte Suprema, se le ordena a la corte inferior que conserve sus actas que el Actuario de la Corte Suprema solicite que se certifiquen y envíen. El Actuario, por orden de la Corte, puede hacer esa solicitud en cualquier momento mientras esté pendiente el proceso de *cert*. Antiguamente se le requería al recurrente a *cert* enviar varias copias de las actas a la Corte, pero este uso no sólo era oneroso y caro, en realidad no era necesario puesto que los ministros rara vez revisaban las actas en esa etapa de la causa. Sin embargo, si el abogado decide que ciertas partes del acta son muy pertinentes a la presentación de la petición de *cert*, esas partes de las actas se pueden incorporar o citar en el texto de la petición. Existe sin embargo un pequeño problema con este proceso. Si uno de los ministros desea examinar las actas, le solicita al Actuario que se certifiquen y envíen las actas del tribunal inferior. En efecto si después de haber concedido el *cert*, y las actas llegan a la Corte Suprema, y se demuestra que las cuestiones a decidir son diferentes o menos importantes de lo que pretendía la petición de *cert*, la Corte puede cambiar su posición y denegar el *cert* previamente concedido, explicando que fue concedido sin debido fundamento.

Otro asunto que han dicho puede interesarles es el alegato de *amicus curiae* o “amigos del tribunal”. Estos alegatos son presentados por individuos, pero más comúnmente por organizaciones que intentan elucidar ante la Corte aspectos pertinentes de la causa que las partes no han discutido. La Corte ha expresado la opinión que estos alegatos “pueden ser de ayuda considerable,” sin embargo aquellos alegatos que simplemente repiten el argumento de las partes son una “carga” y “no son bien recibidos”.

En el caso *Masterpiece Cakeshop*, por ejemplo, docenas de escritos de *amicus* fueron presentados tanto por grupos religiosos, de derechos humanos y de derechos civiles como por una gran variedad de industrias, compañías, establecimientos gastronómicos, empresas de tecnología, de servicios financieros, aerolíneas, tiendas de ropa, hoteles, empresas de productos de consumo, proveedores de servicios y comerciantes.

De hecho, estudios han comprobado que la presentación de alegatos *amicus* puede aumentar la probabilidad de que se conceda el *cert*. Debería indicarles que con frecuencia las partes acceden a la presentación de un alegato de *amicus* durante la etapa de petición. En tal evento, se obvia la necesidad de que el interesado interponga un recurso pidiendo intervenir en calidad de ‘amigo’. Pero si las partes del litigio no dan su consentimiento a la presentación de un alegato *amicus*, la parte que desea presentar un alegato de *amicus* tiene que presentar un recurso obteniendo permiso para intervenir.

También deberían estar conscientes del hecho que de vez en cuando, especialmente en los últimos años, la Corte invita a las partes, normalmente a los Estados Unidos o un estado en particular, a que intervengan con un alegato *amicus* en conexión con una petición de *certiorari*. Esta invitación sugiere que posiblemente exista algún interés del gobierno en la causa y que las partes privadas no representan ese interés de manera adecuada.

¿Qué ocurre una vez que la Corte recibe la petición para el *cert* así como cualquier oposición o alegato de *amicus*?

Antes de 1925 cada uno de los nueve ministros examinaba los documentos y luego preparaba un memorándum indicando su opinión. Debido a la expansión de la jurisdicción de la Corte y consecuente aumento de tales peticiones (de 300 a 400 en cada sesión, hasta finalmente de 4 a 5 veces esa cantidad) esto se hizo imposible. Por lo tanto, hoy en día, no menos de 10 días después de la presentación del alegato de oposición, se les envía a los ministros copias de la petición, así como demás alegatos. Estas peticiones se distribuyen durante todo el año incluyendo el receso de verano. En teoría, todos los ministros consideran todas las peticiones; no se dividen en cámaras, comisiones o paneles. (En las palabras del ministro Brennan, “Nuestra Constitución le confiere el poder judicial a una sola Corte Suprema”.)

Sin embargo, ya no sucede que cada ministro revisa cada una de las peticiones de *cert*. La tarea de leer cientos de peticiones que circulan cada semana recae sobre los pasantes ayudantes de los ministros (cada ministro tiene 4 pasantes con la excepción del Ministro Presidente que tiene 5.) Estos pasantes entre todos se dividen las causas y preparan un memoranda para cada causa y para todos los ministros. El memorándum consta de un resumen de los hechos, el fallo de la corte inferior, así como el argumento de las partes ante la Corte Suprema. También contiene las recomendaciones del pasante en cuanto a si conceder o denegar consideración de la causa. Claro que, aunque quisiera delegar la responsabilidad en sus pasantes, cada ministro debe ejercer su propio criterio con respecto a cada causa. El ministro White una vez mencionó que esto “no es tan difícil como parece”. La realidad es que se calcula que más de 60% de las causas de costo pagado de *certiorari*, y más del 90% de las causas *in forma pauperis* resultan ser “completamente sin mérito de revisión alguna”.

Existe también otro recurso que les ayuda a los ministros a concentrarse en las causas que más merecen el *cert*, y este recurso se llama “la lista de discusión”. Esta lista preparada por el Presidente de la Corte, identifica las causas que él considera merecen ser debatidas durante un acuerdo de los Ministros. Incluye todas las causas que el grupo de pasantes ha recomendado para revisión, además de las causas que el Presidente considera importantes. Cualquiera de los Ministros puede añadir una causa a esta lista antes del acuerdo para debatir las peticiones. Cualquier causa que no se encuentre en la lista un día antes del acuerdo se deniega automáticamente sin debate. Esta “lista de discusión” nunca se hace pública.

No se les permite a los abogados presentar ningún argumento oral, o ponerse en contacto de cualquier manera con un Ministro para intentar convencerlo de que respalde o se oponga al *cert*.

Lo normal es que se actúe sobre la petición en 8 semanas (aunque repito, esto no es un plazo fijo.)

¿Qué ocurre en las conferencias de la Corte?

La costumbre es que la Corte considere todas las peticiones en la “lista de discusión” durante el acuerdo semanal del día viernes, luego anuncia las decisiones el siguiente lunes, a menos que se postergue consideración de alguna petición hasta la siguiente conferencia. A propósito, los Ministros son los únicos que asisten a estas conferencias, sin la presencia de pasantes o secretarías y sin que haya grabadoras o algún otro dispositivo similar.

La Corte tiene una curiosa costumbre al principio del acuerdo semanal. Todos los Ministros se saludan dándose la mano al entrar a la sala de conferencias. Luego el Ministro Presidente da un resumen breve de las circunstancias y puntos de debate de cada caso en la lista de discusión y da su recomendación acerca de la conveniencia de hacer lugar o no a la petición. Luego los otros Ministros pueden hacer comentarios según antigüedad y después someten los casos a votación.

Los Ministros se rigen según lo que se conoce como “la regla de cuatro”, o sea con 4 de los 9 Ministros a favor, se da lugar a una revisión a fondo de la causa. Esto no es una regla escrita de la Corte, sino más bien una tradición muy antigua y se han denegado muchas peticiones de *cert* incluso cuando hasta 3 de los Ministros están a favor de concederlas. El fondo filosófico de esta regla es que si una “minoría sustancial” opina que se debe resolver sobre la causa (ya sea a favor o en contra) la Corte debería considerar y decidir la causa.

Normalmente la Corte no ofrece ninguna explicación acerca de la razón por la cual ha concedido un *cert*, aunque sí puede declarar que sólo revisará partes de las preguntas presentadas en la petición, o bien preguntas que la Corte misma se formula a raíz de la petición.

Si la Corte concede la petición de *cert*, el Actuario de la Corte prepara y firma una orden a tal efecto y notifica al abogado y al tribunal cuyo fallo se revisará (Regla 16.) Luego se fija fecha para presentación del alegato escrito y del argumento oral de la causa. Si las actas de la corte inferior no han sido transmitidas a la Corte Suprema, el Actuario las solicita al Actuario del tribunal inferior para que las certifique y envíe.

Como ya les indiqué, normalmente la Corte no da razón por haber denegado una petición de *cert*. El Ministro Frankfurter una vez observó que el mandamiento judicial se puede denegar por varias razones —pueden ser razones técnicas limitadas—, tal como prescripción o demora; puede ser la falta de una resolución finalizada de algún trámite; o la existencia de suficientes fundamentos estatales para justificar una decisión previa. Además, y justamente por tales razones, la Corte ha enfatizado en varias ocasiones que la negativa de revisar alguna resolución de otro tribunal no tiene implicancias de ningún tipo. La denegación solo implica que la Corte ha rehusado

recibir la causa. La denegación no se puede entender como aprobación de la decisión de la corte inferior, aunque en efecto esta denegación mantiene en vigencia la resolución del tribunal inferior.

De vez en cuando, sin embargo, alguno de los Ministros hace pública su disidencia con la decisión de la Corte de negar *certiorari*. Esta disidencia se ventila sencillamente registrando el hecho, o puede ser a través de una opinión elaborada. La disidencia, como se imaginarán, no se refiere a cómo resolver finalmente la cuestión, sino que nota la importancia del tema de la petición y a la razón por la cual debe revisarse la decisión de la instancia inferior. Por otra parte esta disidencia, sin duda, puede señalarle al público la postura del Ministro con respecto a algún aspecto de la petición, si se presentara la cuestión en el futuro.

Permítanme brevemente remarcarles la siguiente observación. Entiendo que es posible que la Corte Suprema de Justicia de Argentina pueda revisar una causa *per saltum*, o sea recibir la causa directamente de un tribunal inferior a la corte de apelaciones y antes de que éste dicte su fallo. La Corte Suprema de los EE.UU. tiene competencia jurisdiccional parecida. Puede conceder *cert* antes de dictar su fallo la Corte de Apelaciones, pero siempre que la Corte de Apelaciones tenga pendiente la causa. Pero para que esto ocurra el caso tendría que ser de suma importancia al público, por ejemplo de gran importancia constitucional (p.ej. la causa elevada a la Corte cuando el Presidente Truman trató de incautar las fábricas de acero durante la guerra de Corea. O de graves repercusiones, p.ej. la causa que cuestiona la constitucionalidad de las pautas federales de condenas.) En otras palabras estas situaciones son extremadamente raras. Ni siquiera se concedió *cert* en el caso *Jones contra Clinton*, donde estaba en cuestión si procedía una demanda civil en contra del presidente de la nación en pleno ejercicio de sus funciones.

Ahora permítanme volver al proceso normal de *cert*.

Después de haber concedido el *cert*, hay varias formas de proceder. Primero, según la Regla 16, se puede disponer de la causa de manera sumaria basándose en los textos escritos sin solicitar alegatos o argumentos orales. En las últimas tres sesiones la Corte ha procedido de esta forma aproximadamente 50 veces. Esta disposición sumaria no necesariamente indica que el fallo del tribunal inferior se ratifica, de hecho, todo lo contrario. Es más común ver revocaciones sumarias. Ratificaciones sumarias después de haber concedido el *cert* ocurren muy rara vez, y se emiten por ejemplo cuando se encuentran pendientes un número de peticiones relacionadas entre sí y una nueva resolución afectaría el resultado de todas. (Comentario: una ratificación después de haber concedido el *cert* sí tiene valor como precedente.) Lo que sugiere una revocación sumaria después de haber concedido el *cert* es que la mayoría de la Corte piensa que la opinión del tribunal inferior es tan errónea, que alegatos y argumentos serían un desperdicio de tiempo.

Después de conceder el *cert*, la Corte puede simplemente dejar sin efecto lo obrado p.ej. devolver la causa al tribunal inferior para que reconsidere de acuerdo con alguna nueva resolución de la Corte Suprema.

Además, la Corte puede disponer de la causa de manera sumaria usando lo que se conoce como una opinión “*per curiam*.” Esto puede ocurrir aún antes de que las partes hayan presentado alegatos o hayan argumentado la causa; ni siquiera se les advierte que su causa puede ser decidida de esa manera. Normalmente en estas causas la Corte deja sin efecto la decisión del tribunal inferior, p.ej. decide a favor del recurrente, pero discute las circunstancias y la jurisprudencia del caso y resuelve en base a los méritos de la causa. Durante la sesión del 2003-04 la Corte emitió 5 decisiones *per curiam*.

Sin embargo, en 80 a 90 de las causas *cert* cada año, habrá presentación de alegatos formales ante la Corte, tanto escritos como orales, y finalmente una resolución de la Corte. Claro, podría extenderme sobre cada uno de esos pasos del proceso, pero no tenemos tiempo suficiente. Sin embargo, para completar el panorama, pasemos una breve revista a algunos puntos.

Si se concede el *certiorari* el Actuario de la Corte informa a las partes de los plazos para recibir los alegatos escritos sobre los méritos de la causa. También se les dice en qué mes probablemente se oirán los argumentos orales, y les da instrucciones en cuanto a la presentación del apéndice conjunto. A los 65 días más o menos, dependiendo de las órdenes de la Corte, se tiene que presentar el alegato del recurrente sobre los méritos de la causa y el apéndice conjunto, luego a los 30 días de esa fecha se debe presentar el alegato de la oposición. Repito, se deben entregar 40 copias de cada alegato.

La Regla 33 de la Corte Suprema es muy explícita en cuanto a la manera que se deben presentar alegatos –tiene que ser en forma de folleto escrito en papel tamaño estándar con peso y tipo de imprenta determinado–. También existe un límite de páginas dependiendo del alegato, (50 páginas para el alegato del recurrente sobre los méritos, 50 páginas para el apelado, y 20 páginas para el alegato de respuesta.) Aun los colores de la carátula de los expedientes están reglamentados –azul claro para el recurrente, rojo claro para el apelado–.

Aunque no existen formularios para presentar escritos a la Corte, las reglas son muy precisas. De acuerdo con la Regla 24, el alegato debe presentar las cuestiones que se han de revisar, una lista de las partes al proceso, un índice de materias, citas a cualquier informe del tribunal inferior sobre las opiniones en la causa, una declaración sobre la base de la jurisdicción, el texto de las partes de la Constitución o ley en cuestión, una narración concisa de los hechos, un resumen del argumento, el argumento mismo y la conclusión –en la cual la parte respectiva debe especificar con singularidad la asistencia que desea–.

También se les requiere a las partes –en conjunto– la presentación de 40 copias de un apéndice a los alegatos –que contiene copias de los documentos pertinentes del tribunal inferior–, o sea, anotaciones y alegatos, u en resumen, cualquier parte de las actas que las partes deseen presentar ante la Corte. Cualquier elemento de prueba que se incluya en el apéndice conjunto puede estar en un tomo o tomos separados.

A partir de entonces —pero de todas maneras no antes de 2 semanas después de la presentación de los alegatos de oposición del apelado— la causa pasará al calendario de la Corte para oír argumentos orales. La Corte está en sesión desde primer lunes de octubre hasta fines de junio o principios de julio, y empieza a escuchar argumentos orales inmediatamente (para fines de junio del año siguiente el número de causas en las cuales la Corte emite opinión habiendo oído argumentos orales varía entre 80 y 90.) Si existen causas relacionadas se fija la audiencia para los argumentos al mismo tiempo.

Existen distintos puntos de vista sobre si los argumentos orales son influyentes o no. Generalmente se le permite media hora a cada parte. Se puede solicitar más tiempo, pero casi nunca es permitido. Se les urge a los abogados a “enfaticar y clarificar” sus argumentos escritos al hacer sus presentaciones, y deben suponer que los Ministros han leído todos los alegatos antes de oír los argumentos orales (Regla 28.) “Argumentos orales leídos de un texto preparado son mal mirados”. (*Id.*) Y es cierto que los Ministros pueden y de hecho interrumpen a los abogados en cualquier momento con preguntas (por alguna razón el Ministro Clarence Thomas casi nunca hace comentarios.) Estas preguntas pueden consumir una parte o todo el tiempo del abogado. Sin embargo, abogados experimentados casi siempre están preparados para tales preguntas. Ensayan sus argumentos exhaustivamente a menudo ante ex-pasantes de los Ministros, quienes tratan de aconsejarles sobre qué preguntas esperar de algún Ministro u otro.

Después del argumento oral los Ministros convocan un acuerdo esa misma semana para debatir las causas presentadas y luego se asignan los casos para redacción de la sentencia. El Presidente de la Corte es quién decide quién redacta la opinión siempre y cuando él sea parte de la mayoría; si no es parte de la mayoría, el Ministro de mayor antigüedad que sí es parte de la mayoría asigna el autor de la sentencia.

Los borradores de sentencia circulan entre los Ministros (así como sus pasantes), los Ministros agregan comentarios, sugerencias y críticas, y finalmente se emite sentencia. Las opiniones ya sean concurrentes o en disidentes, como ustedes ya bien lo saben, son muy comunes y se publican también. El dicho es que la posición discrepante de hoy puede ser la opinión mayoritaria de mañana, a pesar de que los que creemos en la estabilidad de la ley siempre tenemos la esperanza de que estos cambios no sean así abruptos. Pero como decían en la radio, hay que seguir sintonizados. En los últimos años muchas de las causas importantes ante la Corte han sido decididas por una votación de 5 a 4 Ministros. Si se cambiara un solo voto de la mayoría a la minoría los resultados francamente muy distintos.

En vista de lo expuesto, en los últimos años ha cobrado una monumental importancia a nivel nacional la nominación de un posible candidato a ocupar un asiento en la Corte Suprema. Los nominados son minuciosamente investigados, y mientras la nominación está pendiente, cada detalle referente a la misma recibe una amplia, y casi diaria, cobertura de los medios. La política partidaria juega un importante rol en este proceso, y mientras hay quienes apoyan la designación de jueces más liberales (o incluso neutrales), otros respaldan a magistrados más conservadores, que sean estrict-

tamente construccionistas. En este sentido, un capítulo muy triste fue recientemente escrito: faltando aún más de un año para la conclusión de su segundo mandato, el entonces presidente Obama nominó a un juez de un tribunal de apelaciones –un magistrado sumamente respetado y de tendencias centristas– para la Corte. Pero el líder de la mayoría del partido Republicano en el Senado se negó a permitir que dicha nominación fuese sometida a votación. (El Senado debe hacer recomendaciones y dar su acuerdo para la designación.) El líder en cuestión intentaba reservar dicho asiento en la Corte para un magistrado muy conservador, algo que sería posible bajo un presidente republicano. Y fue exactamente lo que, en definitiva, ocurrió: el presidente Trump nominó a un muy conservador juez de un tribunal de apelaciones, quien rápidamente obtuvo el acuerdo del Senado –controlado por una mayoría de senadores republicanos– y aun habiendo tenido que cambiar las reglas para permitir la nominación mediante una mayoría simple de 51 votos, en vez de la mayoría calificada de 60 votos originalmente requerida. (El presidente Trump ha reiteradamente declarado que su intención es nominar individuos conservadores no sólo para la Corte Suprema, sino también para todas las cortes federales.) Fue a fines del mes de junio de este año que el presidente Trump tuvo, nuevamente, la oportunidad de hacerlo una vez más, cuando el juez A. Kennedy, ministro de la Corte considerado como un magistrado centrista con tendencia a la derecha, anunció su retiro. Es importante destacar que la jueza R.B. Ginsburg tiene 85 años y el juez S. Breyer tiene 80 años, la edad alrededor de la cual la mayoría de los jueces del máximo tribunal se han jubilado. Así las cosas, e independientemente de quién resulte ser el candidato que el presidente Trump nomine, puede afirmarse que el proceso de confirmación del dicho candidato será una verdadera y virulenta batalla.

Así que es seguro decir que el nombramiento de nuevos Ministros de la Corte tendrá un gran impacto sobre la vida norteamericana.

Quiero terminar con un comentario sobre el poder de nuestra Corte Suprema para determinar normativa procesal.

La Corte suprema desempeña un papel muy importante en la aprobación de reglamentación jurídica procesal así como el Reglamento de Admisibilidad de Pruebas. En 1934, el Congreso o sea la legislatura nacional, reconociendo la pericia del poder judicial en materia de derecho procesal, expresamente autorizó al poder judicial nacional, y por lo tanto a la Corte Suprema a promulgar la reglamentación jurídica procesal. El Congreso lo hizo a través de una ley orgánica que creó reglamentación judicial. No se trata de que la Corte Suprema simplemente se atribuya esta facultad. Es más, una delegación de autoridad inicial a la judicatura Federal en conjunto, con la autoridad final siempre en manos del Congreso.

Se debe recalcar la importancia que la judicatura federal actúa de acuerdo con la autoridad que le ha sido delegada por el Congreso. Las políticas de la judicatura federal, incluyendo el desarrollo de las reglas en referencia –queda en manos de la Conferencia Judicial Federal–, o sea la rama ejecutiva de la Judicatura cuyo presidente es el Ministro Presidente y está compuesta de Ministros Presidentes de las 13 Tribunales

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

de Apelaciones Federales además de otros representantes. La Conferencia Judicial tiene una Comisión Permanente sobre Reglas, así como Comisiones de Asesoría que se encargan de asuntos relativos a las reglas de apelación, bancarrota, civil, penal, y reglas procesales de admisibilidad de pruebas. Esas comisiones están compuestas de jueces federales, abogados en ejercicio, presidentes de cortes supremas estatales, representantes del Ministerio de Justicia de los EE.UU. y un catedrático de derecho que es el reportero de la Comisión. Las reuniones de esta Comisión están abiertas al público en general y se anuncian con gran publicidad.

Existen varios trámites para redactar las reglas o cambiarlas.

- En el Paso 1, cualquier parte interesada presenta sugerencias para algún cambio ante una de las Comisiones de Asesoría, quienes, por medio del reportero, redactan las propuestas en base de las sugerencias que, en su opinión, tengan mérito.
- En el Paso 2, se publican las reglas propuestas y se invita al público a hacer comentarios respecto a las mismas.
- En el Paso 3, la Comisión de Asesoría considera los comentarios públicos y luego decide la versión final, luego presenta las reglas propuestas a la Comisión Permanente sobre Reglas.
- En el Paso 4, la Comisión Permanente aprueba las reglas, con o sin revisiones, y recomienda la aprobación a la Conferencia Judicial.
- En el Paso 5, la Comisión Judicial también aprueba las reglas, con o sin revisiones, y recomienda la aprobación de la Corte Suprema.
- Sólo en el Paso 6 empieza a participar la Corte Suprema. Luego la Corte también revisa, aprueba, desaprueba, modifica, y finalmente prescribe las reglas que aceptan. A partir de entonces, por ley, a más tardar el 1 de mayo del año en el cual se propone entre en vigencia la regla o enmienda, la Corte debe transmitir al Congreso la regla propuesta.
- En el Paso 7 se trata de la revisión final y supervisión del Congreso. Por ley el Congreso tiene por lo menos 7 meses para tomar acción sobre cualquiera de las reglas prescritas por la Corte Suprema. El Congreso puede aprobar, rechazar, modificar, o diferir de las reglas propuestas. Si no hay acción alguna del Congreso, la regla se convierte en ley.

Antiguamente el Congreso con frecuencia participaba en el proceso de formación de reglas, ya sea desaprobandando, demorando, y otra vez redactando las enmiendas propuestas a las leyes, con frecuencia respondiendo a los esfuerzos de cabildo de varios grupos de interés, p.ej. después de haber recibido las Reglas Procesales en Materia de Pruebas propuestas por la Conferencia Judicial y aprobadas por la Corte Suprema, el Congreso redactó extensivamente estas reglas y al final las aprobó por ley, en vez de entrar en vigencia como “regla”.

Se podrán preguntar si las acciones de la Corte Suprema con respecto a las reglas procesales contravienen la doctrina de la separación de poderes. Por cierto, se ha cuestionado, sin éxito, el papel de la Corte en esta empresa. En el derecho consuetudinario, es un hecho histórico que los jueces siempre han tenido autoridad para elaborar reglas procesales. Pero aparte de esto —la Corte— aunque promulga as reglas, reconoce que su validez, su significado o sus consecuencias se puede controvertir —señal que la Ley de Autorización solo le permite a la Corte autoridad para crear reglas que no contradigan las leyes federales o la Constitución de los Estados Unidos—. Así que se hace necesario distinguir entre materia procesal, sujeta a reglamentación de la Corte y cuestiones sustantivas reservadas al Congreso. El derecho procesal incluye procedimientos administrativos judiciales ordenados, imparciales y eficientes. El derecho sustantivo trata sobre aquellas materias que el Congreso no delega a las cortes, p.ej.:

- Derechos que tradicionalmente el Congreso ha regulado y no las Cortes, p.ej. leyes estableciendo jurisdicción o prescripción legal;
- Derechos establecidos directamente por políticas legislativas que las reglas de la corte socavarían;
- En los casos en los cuales los tribunales federales tienen que aplicar la ley estatal, derechos tradicionalmente aprobados por los Estados que quedarían desplazados debido a los fallos de la corte; y
- Derechos implicados por políticas extrínsecas del trabajo de las cortes, p.ej. asuntos regidos por la Constitución.

Como podrán imaginarse, no siempre es fácil distinguir entre asuntos procesales y aquello que es sustantivo.

He intentado ofrecer, de manera breve y a grandes rasgos, un pantallazo de la Corte Suprema de los EE.UU., de su funcionamiento y de algunas de sus tradiciones. Se han escrito libros y artículos completos sobre los temas que yo apenas he empezado abordar. Aun así, la presentación de esta visión a grandes rasgos sobre estos temas espero nos lleve a reflexionar y discutir.

Quiero terminar presentando un punto de vista que yo sé que especialistas de la Corte Suprema de los Estados Unidos y Argentina comparten, y es el siguiente. No hay nada mágico en el funcionamiento o en las tradiciones de la Corte Suprema de los EE.UU. A fin de cuentas, sus características no garantizan en todos los casos un proceso judicial con celeridad; ni siquiera en todos los casos aseguran la imparcialidad o la justicia. De la mayor importancia es el compromiso con el Estado de Derecho que existe entre Ministros, los abogados, el personal de la judicatura, y finalmente los ciudadanos de buena voluntad en toda la nación.

Bibliografía

- La Corte Suprema de los Estados Unidos* - Versión en español (Washington, DC: Supreme Court): 13. <https://www.supremecourt.gov/visiting/foreigntranslations/spanishtranslation.pdf>
- Messitte, Peter J., “El recurso de certiorari, o de revisar decidir cuáles casos examinar”, in “La Corte Suprema de Estados Unidos: el tribunal máximo del país”, in *Temas de la Democracia - eJournal USA* (Washington, DC: State Department, 2005): 18-21. https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/Supreme_Court_United_States_0405sp.pdf
- Campos Martínez, Alicia Jessica, “El Certiorari”, Poder Judicial del Perú https://www.pj.gob.pe/wps/wem/connect/e5028a8043eb964b9414f40365e6754e/El_certiorari_Dra_Jessica_Campos.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e5028a8043eb964b9414f40365e6754e
- Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014): 1259. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/25.pdf>
- Glossary of Legal Terms (English - Spanish) https://www.courts.wa.gov/programs_orgs/pos_interpret/content/glossary/Glossary%20of%20Legal%Terms%20-%20English-Spanish.PDF
- “View Forms”, *Formularios e instrucciones judiciales en español*, Colorado Judicial Branch. https://www.courts.state.co.us/Forms/Espanol/By_AlphabeticalEspanol.cfm
- “La ley de Estados Unidos, según la letra y la época”, *La Nación*, October 14, 2000. <https://www.lanacion.com.ar/37001-la-ley-de-estados-unidos-segun-la-letra-y-la-epoca>

El amparo mexicano y la doctrina de la reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Karime Pérez Guzmán¹

Sumario

I. Introducción; II. La reparación integral según la doctrina de las reparaciones desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; III. Compatibilidad de las medidas de reparación integral con el juicio de amparo, a la luz de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México; IV. Conclusiones; V. Fuentes.

Resumen

Este trabajo es un sencillo análisis de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en una ejecutoria en la que se pronunció sobre el juicio de amparo mexicano y su compatibilidad con el concepto de reparación integral (*restitutio in integrum*) desarrollado en la doctrina sobre las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ello, a efecto de establecer si de acuerdo con las consideraciones de la Corte Suprema mexicana, la Ley de Amparo regula figuras que hacen las veces de medidas de reparación no pecuniarias, y como consecuencia, si el juicio de amparo constituye un recurso efectivo e idóneo para obtener la reparación a que se ha referido la Corte Interamericana en su interpretación del artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Violaciones a derechos humanos, reparación, restitución integral, efectos de la sentencia de amparo, medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

I. Introducción

En sesión de 18 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión 568/2016, en cuya ejecutoria, efectuó un estudio sobre la compatibilidad entre la doctrina de reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Juicio de Amparo.

¹ Candidata a Doctora en Ciencias Políticas por el Colegio de Morelos, Maestranda en Derecho Constitucional en el programa de División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Secretaria de Tribunal del Poder Judicial de la Federación.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

El asunto se originó en el Estado de Baja California Sur, cuando en 2014, algunas personas que se ostentaron como homosexuales promovieron un juicio de amparo indirecto, en el que reclamaron la inconstitucionalidad de los artículos 150 y 330 del Código Civil de dicha entidad, al considerar que eran discriminatorios puesto que no admitían la posibilidad de que las parejas del mismo sexo se unieran en matrimonio o concubinato.

Entre otras cosas, los promoventes del juicio alegaron que el Estado mexicano está obligado a reparar de manera integral las violaciones de derechos humanos, por lo que también demandaron la inclusión de medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición e indemnizaciones a fin de lograr la reparación integral de la afectación generada y asegurar que no vuelva a ocurrir en lo futuro, tales como la revisión y reforma de leyes discriminatorias, emisión de políticas públicas y capacitación de los funcionarios estatales.

El Juez de Distrito del conocimiento otorgó el amparo solicitado, pues determinó que las porciones normativas impugnadas, que establecen que “el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una mujer” y “el concubinato es la unión de un sólo hombre y una sola mujer” eran inconstitucionales por contener una distinción que excluía injustificadamente a las parejas del mismo sexo para acceder al vínculo conyugal, pues se basaba en las preferencias sexuales de las personas, vulnerando así los principios de igualdad y no discriminación.

La protección constitucional tuvo como efecto principal que se desaplicaran a los quejosos las porciones normativas declaradas inconstitucionales y se aplicaran las partes restantes de los preceptos impugnados, pero interpretados de conformidad con los principios de igualdad y no discriminación, estableciendo la obligación de los Oficiales de Registro Civil en Baja California Sur, de celebrar el matrimonio en caso de solicitarse.

Inconformes con la resolución, los quejosos interpusieron un recurso de revisión, en el que señalaron que el Juez de Distrito violó el principio de exhaustividad pues no resolvió su solicitud respecto a las medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición e indemnizaciones que demandaron a fin de lograr la reparación integral de la afectación generada.

Dicho recurso se admitió por un Tribunal Colegiado; no obstante, sus Magistrados integrantes solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que reasumiera su competencia originaria para conocer del asunto.

De esta forma, a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondió determinar si la omisión de establecer medidas de reparación (restitución, satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición e indemnización) en la sentencia de amparo, representa una violación al derecho a la reparación establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Para resolver esta cuestión, el Alto Tribunal mexicano analizó si la doctrina de la reparación integral desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es compatible con la regulación constitucional y legal del juicio de amparo.²

El objeto de este estudio académico es la ejecutoria dictada en el amparo en revisión 568/2016, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación mexicana, en la que ése órgano efectuó un análisis de compatibilidad entre la doctrina de reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Juicio de amparo; a efecto de dilucidar si en ese ejercicio, el máximo tribunal mexicano se apega o no a la noción de reparación integral que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y si esta postura coloca al juicio de amparo como un recurso efectivo e idóneo para colmar el derecho a la reparación contenido en el artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las incógnitas que se tratarán de abordar y despejar para sustentar este trabajo de investigación y análisis son las siguientes:

- a. ¿Cuál es el contenido del término “*restitución integral*”, dentro de la doctrina de las reparaciones ante violaciones de derechos humanos que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos?;
- b. De acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ¿los efectos del juicio de amparo son compatibles con la noción de reparación integral que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos?;
- c. ¿La postura asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los efectos del amparo se encuentra apegada a la doctrina e las reparaciones desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, y en todo caso, ¿el juicio de amparo se sitúa como un recurso efectivo e idóneo para alcanzar la reparación integral de los derechos fundamentales violados?;

Con base en las respuestas a estas premisas se sustenta la hipótesis siguiente:

No obstante la compatibilidad sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los efectos restitutorios del juicio de amparo, éste no se ubica como el recurso efectivo e idóneo para obtener la reparación integral a un derecho fundamental violado, en términos de la doctrina que sobre el tema ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² Ejecutoria del juicio de amparo en revisión 568/2016.

Vid. Crónicas del Pleno y de las Salas. Análisis de compatibilidad entre la doctrina de la reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el juicio de amparo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cronista: Alma Leticia Cisneros Ramírez.

II. La reparación integral según la doctrina de las reparaciones desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

II.1 El contenido de la obligación de reparar en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos

En palabras de Claudio Nash, frente a la concurrencia de una infracción a una obligación internacional que sea atribuible al Estado, se genera responsabilidad internacional. Esto da origen a una obligación compleja para el Estado infractor. Por una parte, debe cumplir con la obligación primaria, que no cesa por el incumplimiento; y por otra, surge una obligación secundaria, la obligación de reparar. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ambas obligaciones conviven, de forma tal que ambas deben ser satisfechas por el Estado, tanto en sede nacional como internacional.³

La conclusión anterior, no se encuentra en una norma general y expresa que fije las consecuencias de las violaciones a los derechos y libertades consagradas en el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sino que la ha construido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con base en el artículo 63.1 de dicho pacto,⁴ que constituye la adopción de un principio del derecho internacional y, en general, del Derecho sobre la responsabilidad en orden a que quien daña a otro debe ser obligado a reparar los perjuicios causados, indemnizando.⁵

De esta forma, la obligación de reparar contenida en el artículo 63.1 de la Convención, comprende dos situaciones contenidas en la primera y segunda oración, a saber, la de *garantizar los derechos y libertades conculcados* y la de *reparar tales violaciones*. Sin embargo, esta distinción ha sido, en parte, superada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana por la noción de *reparación integral*.⁶

Sobre el tema, la Corte Interamericana ha sostenido el criterio de que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la **plena restitución** (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior; y de no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así

³ Cfr. Nash Rojas, Claudio, “Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009, p. 31.

⁴ “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁵ Cfr. Nash Rojas, Claudio, *op. cit.*, p. 32.

⁶ Correa, Cristian, “Comentario al artículo 63”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Editores) Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario, Conrad Adenauer Stiftung y Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Perú, 2016, p. 824.

como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.⁷

Claudio Nash Rojas considera que de este concepto de reparación que nos da la Corte Interamericana podemos extraer sus elementos centrales y característicos, vinculados con la protección de los derechos humanos y no sólo con la relación entre Estados. De esta suerte, la reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica al menos dos acciones: la primera, consistente en dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible, y la segunda relativa a indemnizar a título compensatorio los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial o extra patrimonial.⁸

Ahora bien, del contenido del artículo 63.1 de la Convención, también podemos extraer que los requisitos para que se genere la obligación de reparar, son los siguientes:

- a. La determinación sobre la existencia de una violación a un derecho protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos,
- b. Que esa violación sea imputable al Estado; y
- c. Que exista un daño.⁹

Por cuanto al primero y segundo de esos requerimientos, ello deriva del análisis del caso que la Corte Interamericana realice, en la que concluya que efectivamente, existió la violación a Derechos Humanos y que aquella es imputable al Estado, ya sea por acción o por omisión.

En lo que hace a la existencia de un daño, este no puede explicarse sin hacer referencia a las víctimas. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana entiende que la parte lesionada, es aquella a quien se le viola un derecho consagrado en la convención y por ende, a quien se le debe reparar.¹⁰

De esta forma, toda víctima declarada así por la Corte Interamericana en el caso de que se trate, es parte lesionada y por ende, beneficiaria de la reparación.¹¹

Una vez que la Corte Interamericana ha determinado a las víctimas del caso y, cuando proceda, a otros posibles beneficiarios que hayan sufrido una afectación con

⁷ Este criterio se ha sostenido en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como la recaída al Caso Trujillo Oroza (párr. 61); Caso Bámaca Velásquez (párr. 39); Caso Cantoral Benavides (párr. 41); Caso Durand y Ugarte (párr. 25); Caso Barrios Altos (párr. 25); Caso Velásquez Rodríguez (párr. 25).

⁸ Cfr. Nash Rojas, Claudio, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

⁹ Correa, Cristian, *op. cit.*, pp. 825 a 828.

¹⁰ Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la Reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013, p. 27.

¹¹ *Ídem*, p. 28.

motivo de la violación incurrida por el Estado, como base fundamental del concepto de reparación integral, corresponde analizar e identificar los daños sufridos.¹²

La Corte ha reconocido que con motivo de una violación a los derechos humanos se pueden generar afectaciones en dos categorías principales: material e inmaterial. En lo que atañe al carácter inmaterial, la Corte ha condenado a la reparación de daños en las esferas moral, psicológica, física, al proyecto de vida y colectiva o social, mientras que el daño material incluye daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar, reintegro de costas y gastos.¹³

Con base en las consideraciones anteriores, puede concluirse que en términos prácticos, frente a la acreditación de responsabilidad del Estado, ya no sólo se tiene el deber de reparar por parte del aquel, sino las víctimas cuentan con el derecho a exigir una *reparación integral*, misma que, de ser procedente, el Estado deberá cumplir a cabalidad.¹⁴

Aunque no hay un reconocimiento expreso del derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a ser destinatarias de reparación, en primer lugar, este se puede formular sobre la base de la obligación que asumen los Estados de respetar y asegurar que se respeten y aplican las normas internacionales de derechos humanos cuando ratifican los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos y, en segundo lugar, del derecho de las víctimas a un remedio efectivo cuando se produce una violación de aquellos.¹⁵

Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en decisiones muy ilustrativas respecto del derecho a la reparación, entre las que destaca la sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988).¹⁶

Este derecho de las víctimas a un remedio efectivo también aparece recogido en los principales instrumentos de derechos humanos, de entre los que destaca el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “... *toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo...*”.¹⁷

¹² Ídem, p. 36.

¹³ Ídem.

¹⁴ Gómez Isa, Felipe, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, *El Otro Derecho* no. 37 (2007), Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2007, p. 15.

¹⁵ Ídem pp. 18 y 19.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Artículo 2

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

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de

También fue así reconocido en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2005. Allí se les denominó “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Y se ha transformado en una norma de *soft law*, con cierta tendencia a ser de costumbre internacional. En este conjunto de principios se reconocen los siguientes tipos de reparaciones:

- a. **La *restitutio in integrum***, consistente en regresar las cosas al estado que guardaban antes de la violación, como máxima aspiración, la que por desgracia, es prácticamente de imposible realización.¹⁸ Ante imposibilidad de eliminar total y definitivamente las consecuencias de la violación de derechos, la Corte Interamericana ha establecido ciertas medidas para resarcir, en lo posible, la afectación producida a la víctima;
- b. **Indemnización**, en términos del artículo 63.1 de la Convención, que refiere expresamente que ante la violación de derechos humanos, debe realizarse el “*pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”. Es decir, una cantidad económica que compense por el daño sufrido tanto en el plano material como en el inmaterial, al mismo tiempo que compensar por los gastos realizados en la búsqueda de justicia tanto en el plano nacional como el internacional, así como los principios que regirán el pago de la indemnización;¹⁹
- c. **Medidas de restitución**, que implican el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de que ocurriera la violación, a través de medidas como: a) el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o

otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

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

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

¹⁸ Cfr. Benavides Hernández, Marcela, “Reparaciones por violaciones a derechos humanos. Criterios y jurisprudencia interamericanos de derechos humanos”, en García Ramírez Sergio, Islas de González Mariscal, Olga, Peláez Ferrusca, Mercedes (coordinadores), Criterios y Jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 422 y 423.

¹⁹ *Ibidem*, p. 424.

policiales y cancelación de los registros correspondientes, y f) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal;

- d. **Medidas de rehabilitación**, destinadas a brindar atención médica y psicológica necesaria para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, lo cual deben hacer de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos, y en su caso, suministros de bienes y servicios;
- e. **Medidas de satisfacción**, dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufrimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). También comprenden actos de reconocimiento de responsabilidad, disculpas públicas a favor de las víctimas y actos de conmemoración de las víctimas, pretendiendo de esta manera la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos;
- f. **Garantías de no repetición**, tendientes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso, materia de estudio de la Corte. Estas garantías tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, en beneficio no sólo de las víctimas del caso sino también de otros miembros y grupos de la sociedad; y,
- g. **Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar**; que se trata de la obligación que tienen los Estados de garantizar la investigación efectiva de los hechos violatorios y, en su caso, determinar los autores materiales e intelectuales de los mismos, así como aplicar las sanciones correspondientes.

Estos conceptos han sido desarrollados por la Corte en su esfuerzo por responder a las secuelas que las víctimas experimentan a partir de las violaciones sufridas, así como a los planteamientos que ellas y la Comisión hacen respecto de sus expectativas de reparación. Ellos coinciden además con la evolución que el concepto de reparación ha tenido en el sistema universal de protección a los derechos humanos, y que se ha plasmado en los Principios Básicos del Derecho a Reparación de Naciones Unidas.

III. Compatibilidad de las medidas de reparación integral con el juicio de amparo, a la luz de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México

III.1. el criterio de la Corte Suprema Mexicana

Al resolver el amparo en revisión 568/2016, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, debió determinar si la omisión de establecer medidas de reparación, tales como restitución, satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición e indemnización en la sentencia de amparo, representaba una violación al derecho a la reparación establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Para dilucidar el tema en cuestión, el Alto Tribunal mexicano analizó si la doctrina de la reparación integral emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es compatible con la regulación constitucional y legal del juicio de amparo.

En ese tenor, la Primera Sala enfatizó que las medidas de reparación utilizadas por la jurisprudencia interamericana pueden agruparse en tres grandes rubros: 1) la restitución del derecho violado, 2) la compensación económica por los daños materiales e inmateriales y 3) de carácter no pecuniario o de reconstrucción (dentro de las cuales están las medidas de satisfacción y de no repetición).

Indicó que desde la perspectiva del juicio de amparo, la reforma constitucional de 2011 al artículo 1º, impone al Estado la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos, en los términos que establezca la ley, por lo tanto, las medidas de reparación utilizadas por la Corte Interamericana deberán ser analizadas a la luz de las disposiciones que rigen este medio de defensa nacional.

III.1.1. Restitución

Al respecto, la Primera Sala apuntó que la Ley de Amparo contempla que este juicio debe tener efectos restitutorios, pues los efectos jurídicos de la sentencia definitiva que concede el amparo, es volver las cosas al estado que tenían antes de la violación de garantías, nulificando el acto reclamado y sus consecuencias.

Añadió que cuando el acto reclamado versa sobre normas generales declaradas inválidas, la restitución no se conseguirá anulándola, sino desaplicándola al quejoso y extendiendo los efectos de la inconstitucionalidad a los actos cuya validez dependa de dicha norma; ya que la restitución del derecho es la medida que se asocia a los efectos reparadores del juicio de amparo.

III.1.2. Compensación económica

Respecto de la compensación económica, la ejecutoria objeto de estudio precisa que se trata de una indemnización por el daño causado en casos en que la violación de un derecho fundamental no ha podido ser reparada a través de la restitución, o cuando ésta resultó insuficiente; y que esta medida sólo puede decretarse una vez que se han establecido los presupuestos de los juicios de atribución de responsabilidad, la actualización del daño y la existencia de una relación causal entre el daño experimentado por la víctima y la acción u omisión del agente dañador.

En ese orden, la Suprema Corte mexicana estableció que no existe disposición dentro de la Ley de Amparo que permita a los juzgadores decretar compensaciones económicas en estas situaciones, pues una sentencia estimatoria de amparo no prejuzga sobre la responsabilidad civil de la autoridad por la realización del acto reclamado, sino que ello debe determinarse en otros procesos ordinarios que tengan esa finalidad.

Añadió, que las víctimas de este tipo de violaciones cuentan con la posibilidad de acudir al Sistema Nacional de Víctimas, donde podrán iniciar el procedimiento correspondiente para obtener una reparación integral.

Por otro lado, determinó que si bien existe el incidente de cumplimiento sustituto, mediante el cual se tiene por cumplida la ejecutoria través del pago de daños y perjuicios, éste sólo se puede decretar de manera excepcional en los casos en los que no es posible restituir al quejoso en el goce del derecho violado.

III.1.3. Medidas de reparación no pecuniarias

En lo relativo a las medidas de reparación no pecuniarias desarrolladas por la Corte Interamericana, la Primera Sala consideró que no es posible dictarlas dentro de una sentencia de amparo, en virtud de las diferencias que existen entre el tipo de violaciones que resuelven ambas sedes; además de que no existe fundamento legal para llevarlo a cabo, pues como lo establece el artículo 77 de la ley de la materia, la finalidad de este medio de control constitucional es la restitución del quejoso en el goce del derecho trasgredido; de ahí que un juzgador no puede otorgar medidas de satisfacción tales como disculpas públicas, publicación de la sentencia, celebración de actos públicos o conmemorativos de las víctimas, etcétera.

Sostuvo que los jueces de amparo tampoco están facultados para decretar garantías de no repetición, en el sentido de realizar reformas legislativas o constitucionales, tipificar delitos o adecuarlos a estándares internacionales, establecer programas de formación y capacitación de funcionarios, adoptar políticas públicas, o bien, adoptar campañas de concientización y sensibilización de la población.

No obstante lo anterior, el Máximo Tribunal expresó que si bien no se pueden aplicar como tal, las medidas no pecuniarias de reparación contempladas por la doctrina internacional, sí se puede realizar un ejercicio interpretativo a fin de darles cabida dentro del marco de la vigente Ley de Amparo.

III.1.4. Medidas de satisfacción

La Primera Sala consideró que una sentencia estimatoria de amparo, constituye en sí misma una medida de satisfacción, ya que contiene una declaratoria oficial de la existencia de una violación a los derechos fundamentales, lo que contribuye a restaurar la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima.

Se destacó que en casos en que la violación a derechos humanos pueda ser constitutiva de algún delito, la vista que están obligados a dar los jueces de amparo a las autoridades competentes para que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables, también puede verse como una medida de satisfacción.

III.1.5. Garantías de no repetición

Al abordar las garantías de no repetición, la Sala consideró que dentro de la Ley de Amparo se pueden encontrar diversos sistemas que pueden ser considerados como medidas de no repetición, tales como: sanciones, la declaratoria general de inconstitucionalidad y las sentencias de amparo.

Las sanciones a que hace referencia, se encuentran comprendidas en un régimen de responsabilidades administrativas y penales en casos de incumplimiento de sentencia, que hacen las veces de garantías de no repetición, toda vez que funcionan

como incentivos para que las autoridades eviten volver a vulnerar los derechos de la persona que cuenta con una sentencia de esta naturaleza.

Por otra parte, se destacó que la declaratoria general de inconstitucionalidad, también representa una medida que puede interpretarse de esta manera, ya que al expulsar del ordenamiento jurídico a la norma calificada de inconstitucional por ser violatoria de derechos humanos, evita que ésta pueda ser aplicada a otras personas en casos futuros.

Respecto de las sentencias de amparo, se señaló que cuando el acto reclamado versa sobre una norma de carácter general, el remedio contemplado en la Ley de la materia se dirige hacia la desapplicación de la norma que ha sido declarada inválida, sobre la persona que cuente con la protección constitucional, lo que a su vez, cumple el objetivo de garantizar la no repetición, pues no podrá aplicársele nuevamente en situaciones posteriores.

Así las cosas, se dijo que en caso de que el acto reclamado sea una resolución judicial, la declaratoria inconstitucionalidad de un acto legislativo contenida en una sentencia de amparo, constituye un precedente constitucional, el cual garantiza la no aplicación del mismo, tanto para el quejoso, como para otras personas que se encuentren en circunstancias similares.

IV. Conclusiones

Como se anticipó, el objeto de este estudio es la ejecutoria dictada en el amparo en revisión 568/2016, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación mexicana, en la que ese órgano efectuó un análisis de compatibilidad entre la doctrina de reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el juicio de amparo.

Ello, a efecto de dilucidar si en este estudio, el máximo tribunal mexicano se apega o no a la noción de reparación integral que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y si esta postura coloca al juicio de amparo como el recurso efectivo e idóneo para cumplir con la obligación de reparar prevista en el artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, en relación con la primera interrogante que motivó éste trabajo, se obtuvo que el contenido del término "*restitución integral*", dentro de la doctrina de las reparaciones ante violaciones de derechos humanos que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene como punto de partida la obligación de reparar contenida en el artículo 63.1 de la Convención, el cual comprende la de garantizar los derechos y libertades conculcados y la de reparar tales violaciones.

A partir de aquí, se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana la noción de reparación integral, que incluye la restitución del derecho violado, así como la reparación de los daños sufridos, que pueden ser de carácter material e

inmaterial; en función de los cuales la Corte Interamericana ha implementado compensaciones económicas, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

Del mismo modo, se destacó que derivado de la obligación de reparar, surge también el deber del Estado de contar con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el acceso a una reparación integral en su derecho interno.

Respecto a la segunda cuestión planteada, se tiene que al emitir la ejecutoria que es materia del presente estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo que los efectos de una sentencia de amparo deben limitarse a la restitución del derecho violado en favor del agraviado, sin que pueda contemplarse alguna otra medida como podría ser una compensación económica o cualquier otra de carácter no pecuniario.

No obstante esta afirmación, el Máximo Tribunal mexicano realizó un ejercicio interpretativo del cual obtuvo que el incidente de cumplimiento sustituto previsto en la Ley de Amparo, excepcionalmente puede equivaler a una compensación económica.

De igual modo, la Corte mexicana también sostuvo que la sentencia estimatoria de amparo, en sí misma, puede equipararse a una medida de satisfacción, al igual que la vista que se ordene dar al Ministerio Público en aquellos casos en los que se aprecie que, además de violar garantías, los hechos pueden ser constitutivos de algún delito.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que algunas de las sanciones previstas en la Ley de Amparo, la declaratoria general de inconstitucionalidad y la sentencia de amparo en sí misma, pueden considerarse garantías de no repetición, en tanto que, a su juicio, comparten los efectos de estas últimas.

Una vez disipadas la primera y segunda interrogantes, debe darse respuesta al tercer planteamiento, para lo cual, es necesario realizar un análisis del criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De dicho examen, se obtiene que la restitución del derecho violado es la única medida de reparación integral compatible con la Ley de Amparo, pues tanto la Constitución Mexicana como la ley de la materia, le atribuyen ese efecto.

Máxime que de conformidad con la Ley de Amparo, el juicio es improcedente cuando se promueve “*contra actos consumados de modo irreparable*”, que son los que al momento de la promoción del juicio de amparo, han producido todos sus efectos, de manera que no es posible restituir al quejoso en el goce del derecho violado. Esto da a la restitución del derecho violado, una importancia vital para el juicio de amparo.

Respecto de la compensación económica, consideramos que se trata de una medida totalmente incompatible con el juicio de amparo, pues la ley que lo regula no admite la posibilidad de dar al fallo protector algún efecto adicional a la restitución. De ahí que, desde una óptica personal, el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo puede equipararse a una forma de indemnización excepcional, en aquellos casos en los que no es posible restituir al quejoso en el goce del derecho violado.

Ello, pues lo más que se puede obtener con la sentencia de amparo es la restitución del derecho violado y la anulación del acto reclamado, y cuando lo primero no es posible, el cumplimiento sustituto reemplaza los efectos restaurativos de la sentencia amparadora, pero de ninguna manera los complementa.

Además, no todos los supuestos que dan lugar al incidente de cumplimiento sustituto tienen relación con la reparación de los derechos humanos violados, sino que además de la imposibilidad material o jurídica para restituir al quejoso en el goce del derecho violado, se relacionan con la desproporción entre el beneficio que el agraviado obtendría con la restitución y el perjuicio que se causaría a la sociedad o a terceros con el mismo.

En lo relativo a las medidas de reparación no pecuniarias, se considera que una sentencia estimatoria de amparo no siempre constituye en sí misma una medida de satisfacción, pues la declaración que se haga en ella de la existencia de una violación de derechos humanos no implica un reconocimiento público realizado por parte de la autoridad que cometió la violación.

Tampoco se comparte la idea de que en casos en que la violación a derechos humanos pueda ser constitutiva de algún delito, la vista que están obligados a dar los jueces de amparo a las autoridades competentes para que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables, puede verse como una medida de satisfacción; en tanto que la llamada “vista” constituye un mero informe que no vincula a la autoridad investigadora por lo que no se considera suficiente para garantizar que se investigará, juzgará y en su caso se sancionará a los responsables de actos violatorios de derechos humanos.

En lo referente a las garantías de no repetición, se estima que las sanciones previstas en la Ley de Amparo relacionadas con conductas que atenten en contra del cumplimiento de los fallos amparadores, no tienen por objeto desincentivar la violación de derechos fundamentales, sino que se limitan a sancionar a las autoridades que pretendan burlar la ejecución de la ejecutoria emitida por un órgano de amparo ya que en todo caso, impedirán que las autoridades incumplan sentencias de amparo y apliquen dolosamente normas declaradas inconstitucionales por declaratoria general de inconstitucionalidad.

Lo anterior es así, también en relación con la sanción que corresponde a la conducta de reiterar un acto que fue declarado violatorio de derechos fundamentales en sentencia firme; ya que el delito en cuestión solo se actualiza respecto de un asunto en el que ya existe sentencia ejecutoria, pero nada impide que emitan y ejecuten ese tipo de actos en contra del resto de los gobernados.

Respecto a la declaratoria general de inconstitucionalidad, debe decirse que si bien es cierto que el expulsar del ordenamiento jurídico a la norma por ser violatoria de derechos humanos evitaría que ésta pueda ser aplicada a otras personas en casos futuros; lo cierto es que se trata de un procedimiento distinto, adicional al juicio de amparo, por lo que no podría sostenerse que constituye uno de sus efectos. Ello, sin soslayar que desde su implementación (2011) a la fecha no existe en México alguna norma que haya sido objeto declarada inconstitucional con efectos generales mediante este procedimiento, además de que no está precisado si la ejecutoria respectiva tendría el efecto de evitar que las autoridades emisoras de la norma, emitieran otra diversa de contenido similar.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Finalmente, en lo que hace a la sentencia de amparo, es cierto que cuando el acto reclamado se trata de una norma de carácter general, uno de los efectos de la ejecutoria que la declara inconstitucional se traduce en la desaplicación de la misma, durante todo el tiempo que la norma esté vigente, respecto de la persona que cuente con la protección constitucional.

Sin embargo, esa medida aplica únicamente en relación con la persona que promovió el amparo. Incluso, en caso de que el acto reclamado sea una resolución judicial, la declaratoria inconstitucional de un acto legislativo contenida en una sentencia de amparo, se reduce a la determinación judicial reclamada, y no abarca otros actos dirigidos al propio quejoso.

No se soslaya que una sentencia de amparo constituye un precedente constitucional, el cual eventualmente puede ser tomado en cuenta para resolver casos similares; pero desde nuestro punto de vista, ello no garantiza la no aplicación del precepto declarado inconstitucional para otras personas que se encuentren en circunstancias similares; ya que el precedente solo será eficaz para tal fin, en la medida que los particulares promuevan juicios de amparo reclamando la misma norma, lo cual solo puede acontecer, después de que les ha sido aplicada y no antes.

Además de que la obligatoriedad de los precedentes judiciales está sujeta a las reglas que al efecto establece la Ley de Amparo al regular la jurisprudencia; de ahí que, por ejemplo, lo resuelto por los jueces de distrito, con independencia del número de precedentes que existan, nunca alcanzará la obligatoriedad que garantice ya no la inaplicación de ciertas normas generales, sino siquiera la seguridad de su inconstitucionalidad.

En este orden de ideas, la manera en cómo se encuentra regulado el juicio de amparo, no lo sitúa como un recurso efectivo e idóneo para alcanzar la reparación integral de los derechos fundamentales violados.

Se sostiene este aserto en virtud de que los efectos que tanto la Constitución como la ley le confieren son eminentemente restitutorios y no de otro tipo.

De esta guisa, el deber impuesto al Estado Mexicano de reparar las violaciones a los derechos humanos no se realiza integralmente a través de este medio de control constitucional; pues para que ello ocurra así, sería necesario que se reformularan sus alcances y efectos, lo cual, no queda a cargo de los órganos de amparo.

Lo anterior, por más que diversas figuras reguladas en la ley de la materia cuenten con algunas características que de manera global contribuyan a restablecer el derecho afectado, ya que en todo caso, giran en torno a los efectos restitutorios, pero no pueden sustituir a otras medidas de reparación integral, tanto pecuniarias como no pecuniarias, tales como la indemnización económica, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

De esta forma, no basta el juicio de amparo para obtener la reparación integral a que se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su doctrina de las reparaciones, ya que los gobernados deben acudir a diversas instancias, a instaurar

varios procedimientos de los cuales obtendrán las distintas medidas que en su conjunto, constituyen una reparación integral de su derecho.

Así, por ejemplo, si buscan que se les restituya en el goce del derecho humano violado, eso pueden obtenerlo mediante el juicio de amparo; pero si por otro lado, pretenden una medida de satisfacción que alivie su afectación moral y restaure su dignidad, deberán acudir a tramitar un procedimiento ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos; del que válidamente pueda resultar tal medida.

Del mismo modo, cuando lo que se persiga es el resarcimiento económico de los daños causados durante todo el tiempo que duró la violación, debe instarse un juicio de responsabilidad patrimonial del Estado o su inclusión en el programa previsto en la Ley Nacional de Víctimas.

Finalmente, si buscan que se investigue y sancione a los responsables de la violación, los gobernados tienen la opción de acudir ante el Ministerio Público a solicitar la apertura de una investigación y posterior judicialización de lo investigado.

Ante este panorama, subyace el cuestionamiento de determinar si el deber de reparar violaciones a los derechos humanos a cargo del Estado, y en contrapartida, el derecho a contar con un recurso efectivo para obtener tal reparación de que gozan los particulares, se colman en la medida que no basta un solo procedimiento para obtener la reparación integral del derecho conculcado.

Fuentes bibliográficas

- Benavides Hernández, Marcela, “Reparaciones por violaciones a derechos humanos. Criterios y jurisprudencia interamericanos de derechos humanos”, en García Ramírez Sergio, Islas de González Mariscal, Olga, Peláez Ferrusca, Mercedes (coordinadores), *Criterios y Jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.
- Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la Reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013.
- Correa, Cristian, “Comentario al artículo 63”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Editores) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*, Conrad Adenauer Stiftung y Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Perú, 2016.
- Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales
y la justicia constitucional

Fuentes hemerográficas

Gómez Isa, Felipe, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, *El Otro Derecho* no. 37 (2007), Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2007.

Fuentes legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Fuentes electrónicas

Suprema Corte de Justicia de la Nación www.scjn.gob.mx

www2.scjn.gob.mx/ministrogudino/documents/articulos/formula_otero.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe anual, 2011. Consultado en:
http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2011.pdf

**La Convención Americana de Derechos Humanos
y el sistema de enjuiciamiento criminal.
Una revalorización del paradigma constitucional argentino**

Matías M. Deane¹

La reforma constitucional de 1994 impactó de lleno, como es sabido y no podía ser de otra manera, en el ámbito jurídico argentino no solo porque introdujo instituciones novedosas en nuestro país —y que no necesariamente eran propias del sistema pensado por el constituyente originario, como por caso la creación del Consejo de la Magistratura, cuyas facultades de administración del Poder Judicial entraron en seguida en colisión con la condición de máxima autoridad judicial de la CSJN,² o la creación de la figura del Jefe de Gabinete, institución novedosa en el medio de un sistema fuertemente presidencialista como el nuestro, e incluso la creación de un “cuarto poder” constitucional como el Ministerio Público— sino además porque otorgó rango constitucional a una serie de pactos y convenciones internacionales a partir de los cuales los jueces de cualquier fueron y grado, ya no solo tienen la obligación de realizar un control constitucional sino también convencional del derecho interno, so riesgo de generar responsabilidad internacional del Estado.³

En el campo del derecho penal esta incorporación fue modelando y profundizando un perfil de sistema de enjuiciamiento que, a partir de las raíces continentales de nuestra cultura en general y de nuestra cultura jurídica en particular, en rigor era

¹ Matías M. Deane. Abogado. Especialista en Derecho Penal. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados y Director del Instituto de Derecho Penal, Procesal Penal y Juicio por Jurados de la AAJC. Juez de Tribunal Oral en lo Criminal de la Provincia de Buenos Aires. Contacto: matias.deane@pjba.gov.ar |.

² Sobre el tema puede consultarse la exposición del Dr. HARO, Ricardo, *El Poder Judicial en la reforma constitucional argentina: El Consejo de la Magistratura*. Este problema de competencias ha sido abordado por la más destacada doctrina. Así GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*. Comentada y concordada, 3° ed., Bs. As., La Ley, 2005, p. 934; BIELSA, RAFAEL A. - GRAÑA, EDUARDO, *Manual de la Justicia Nacional*, Bs. As., 1999, pp. 117 y 259; BIANCHI, ALBERTO B., *El Consejo de la Magistratura (primeras impresiones)*, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Bs. As., Depalma, 1995, pp. 257-289 y fue, en definitiva, resuelto por la propia CSJN en diversas acordadas de tipo administrativa donde bien “delegaba” atribuciones al Consejo o bien invalidaba algunas decisiones del propio cuerpo por entenderlas propias de su condición de cabeza del Poder Judicial. Así por caso, Ac. 24/2004, del 6/7/2004; 12/2004, del 25/3/2004; 11/2004, del 25/3/2004; 9/2004, del 25/3/2004; 11/2011, del 5/7/2011, entre muchas otras.

³ CorteIDH, “Almonacid Orellano vs. Chile” del 2006.

exigido desde el inicio de la independencia. Es que la Constitución no solo contenía pocas pero claras y profundas directrices en materia penal, estableciendo un límite formal a la política criminal⁴ y un paraguas material al amparo del principio de reserva⁵ que tan rica doctrina motivó de la Corte Suprema en fallos muy conocidos como “Ponzeti de Balbín”,⁶ “Bazterrica”⁷ o el más reciente “Arriola”⁸ y en un sinfín de casos en donde quedaba expuesto el conflicto interferencia estatal / libertad individual y dignidad humana. También contenía la Constitución claros mandatos en cuanto a los fines de la pena, adscribiendo a un modelo de prevención especial positiva.

Pero además, como decíamos, nuestro texto fundamental consagraba, no en una sino en tres ocasiones, un claro mandado de instaurar el juicio por jurados como paradigma de enjuiciamiento al menos en materia criminal. Así lo hicieron nuestros constituyentes en los viejos artículos 24, 67 inciso 11 y 102 (actuales 24, 75 inciso 12 y 118) lo que llevó a Binder a exhortarnos para que “leamos la Constitución al revés” para así darnos cuenta que ésta en tres ocasiones dice que los casos criminales **no deben ser juzgados por jueces profesionales**.

Como puede intuirse esta preferencia del constituyente no fue casual ni antojadiza. Se corresponde por el contrario con los antecedentes patrios porque todos los intentos constitucionales anteriores mencionaban al juicio por jurados como el sistema a adoptar. Así ocurrió con el Decreto de la libertad de imprenta de 1811;⁹ el Proyecto de la Comisión especial de 1812, preparatoria de la Asamblea General Constituyente de 1813;¹⁰ el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en América del Sud (1813);¹¹ la Constitución de las Provincias Unidas de Sud América de 1819 y la Constitución de la Nación Argentina de 1826¹² e incluso el “Plan General de Organización Judicial para Bs. As. y hasta la sanción del Código Rural de 1866 rigió en Buenos Aires un “Jurado de abigeato” instaurado por el Gobernador Las Heras.

⁴ Este límite viene impuesto por el art. 18 de la C.N. en cuanto consagra el principio de legalidad en materia penal y sus derivados de ley cierta, previa, precisa, etc.

⁵ Art. 19 de la C.N. y su subprincipio de lesividad derivado.

⁶ Fallos 306:1752.

⁷ Fallos 308:1392 –sobre todo Considerando 11º) del voto del Dr. Petracchi–.

⁸ Fallos 332:1963.

⁹ Art. 3: «Para evitar los efectos de la arbitrariedad en la calificación y graduación de estos delitos se creará una junta de nueve individuos con el título de Protectora de la libertad de la Imprenta. Para su formación presentará el Excmo. Cabildo una lista de cincuenta ciudadanos honrados, que no estén empleados en la administración del gobierno...».

¹⁰ “el proceso criminal se hará por jurado y será público” y “los jueces en lo criminal aplicarán la ley después de que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales”.

¹¹ Entre otras referencias al instituto establecía que “el juicio criminal se establecerá por jurados...” contemplándolo expresamente como garantía de “seguridad individual”.

¹² Ambas en forma similar establecían que “El Cuerpo Legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por Jurados ...”. (arts. 114 de la primera y 164 de la segunda)

Pese a estas claras directivas y los antecedentes existentes, el legislador nacional al tiempo de consagrar la independencia normativa que le reclamara el art. 24 constitucional para completar el proceso de independencia política iniciado con la Revolución de Mayo, incumplió, y continúa haciéndolo a nivel federal, aquel mandato. Esto no fue casual ni gratuito. No fue casual porque la disputa entre lo que la constitución quería y lo que le siguió se dio tanto en el campo del derecho penal –donde un proyecto juradista encomendado por Sarmiento fue dejado hacia finales de 1800 de lado por el código Obarrio de tipo escriturista e inquisitivo que rigió durante más de 100 años la justicia nacional– como en el ámbito del derecho civil, lo que motivara una crítica que Alberdi hizo al que luego fuera el Código Civil de Vélez Sarsfield porque se inspiraba no en el ideario liberal de la constitución sino en el Código Napoleónico y la obra de Fleitas del imperio brasileño.

Y tampoco fue gratuito porque el sistema de enjuiciamiento así creado reprodujo los males del sistema inquisitivo que precisamente la constitución quería aventar. Entonces, nuestros procesos penales se rigieron por los principios de la escritura por sobre la oralidad¹³ con la consecuente delegación de tareas del juez en sus colaboradores y una correlativa burocratización de la administración de justicia; de la concentración de la funciones de probar y juzgar en un solo órgano, el juez de instrucción, que tuvo en sus manos todo el poder, apareciendo la fiscalía como un mero apéndice de aquél para luego confundirse desde lo administrativo al juez y al fiscal equiparando las garantías de estos a las de aquellos, en tanto la defensa como un actor más o menos molesto, lo que sin dudas pone en crisis las exigencias del principio de imparcialidad.¹⁴

Se excluyó a la ciudadanía de las salas de los tribunales y entonces no fue necesario desarrollar un lenguaje claro y accesible para todos, dando lugar a una manera encriptada de comunicación que dificultó la comprensión del resto de la población de la naturaleza de los problemas y de las soluciones tomadas y el acceso a justicia que también es una exigencia convencional.

Desde lo estructural, el Poder Judicial se erigió como un sistema piramidal y delegativo, que se reprodujo tanto hacia adentro como hacia afuera de la oficina judicial. El recurso se pensó entonces, no como derecho de toda persona condenada a que otro órgano revisor analizara sus agravios¹⁵ sino antes bien como un método de control de las instancias superiores.¹⁶

¹³ Dificultando así el derecho del acusado a confrontar a los testigos de cargo en un juicio oral y público del art. 8.2.F de la CADH.

¹⁴ Art. 8.1 de la CADH.

¹⁵ Derecho al recurso amplio. Art. 8.2.H de la CADH.

¹⁶ Sin ser el único, a modo de ejemplo paradigmático, el “Código Jofré” que rigió hasta 1998 en la Provincia de Buenos Aires establecía que en caso de condenas a penas de prisión perpetua, el Juez estaba obligado a elevar “en consulta” el expediente a la Cámara para que revise su decisión aun cuando no haya recurso de ninguna de las partes.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Con este cuadro de situación, los Pactos han impactado en numerosos institutos regulatorios de la actividad persecutoria del Estado, que se debieron ir *aggiornando* para no desencajar con las nuevas exigencias convencionales. Es que si bien aquellos no obligan a los Estados a adoptar uno u otro modelo –y de hecho bajo el paraguas de la Convención Americana de Derechos Humanos y sometidas a la competencia de la Corte Interamericana convivimos países con tradiciones y modelos diferentes– sí dejaron en evidencia la necesidad de superar un modelo inquisitivo que, en rigor y tal lo dicho, venía siendo una exigencia ya de la Constitución Nacional de 1853/1860.

Así varias jurisdicciones provinciales cubrieron la omisión del legislador nacional y sancionaron leyes de jurado –con Córdoba a la cabeza, aunque con un sistema escabinado, o sea mixto de jueces y jurados populares, y luego Neuquén y la Provincia de Buenos Aires, a la que luego siguieron Chacho, Río Negro, Chubut, entre otras– en tanto que otras tienen en sus legislaturas locales diferentes proyectos con mucha chance de sancionarse. En otros casos, los cambios no han partido del legislador sino del Poder Judicial. Recordemos a esta altura la discusión generada a partir de los fallos “Tarifeño”, “García” y “Cattonar” en los cuales la Corte Suprema fue fijando el criterio por el cual sin acusación fiscal el tribunal no podía dictar una condena válida; o bien el caso “Llerena” a partir del cual se “reinterpretó” el Código Procesal Penal de la Nación de suerte tal que en materia correccional el Juez que instruía no podía dictar sentencia, debiendo desinsacularse otro juez del fuero para ello. En esta línea se inscribe también la zaga iniciada con “Matte”, génesis de la consideración del instituto de la prescripción como una herramienta apta para preservar, aún en caso de no darse los presupuestos legales taxativamente fijados, el derecho a un pronunciamiento judicial dictado en tiempo razonable y sin dilaciones indebidas.

En el campo del recurso, la Corte “reescribió” el recurso de casación en el orden federal, “ordinarizándolo” –si vale la expresión– indicando que para que satisfaga el estándar de revisión amplia convencional el órgano revisor debía conocer en todas las cuestiones que no dependan de la intermediación, “teoría del máximo rendimiento”, sin diferenciar cuestiones de hecho ni de derecho ni exigir excesivos recaudos formales.¹⁷

En todo caso es importante rescatar que estas exigencias convencionales, en rigor, se encuentran ampliamente cubiertas –y siempre debió ser así, de ser fieles a los mandatos de nuestros constituyentes– a partir de la adopción de un modelo de enjuiciamiento de tipo acusatorio, bilateral, con control horizontal, obviamente oral y ante jurados populares. Valga como ejemplo de lo dicho que en el mundo anglosajón que el acusado es el titular del derecho al recurso es aceptado desde los inicios constitucionales norteamericanos, donde siempre fue concebido como una garantía individual y no como una forma de control. Y que allí el órgano revisor puede ingre-

¹⁷ Fallo “Casal” de la Suprema Corte, que es consecuente con las exigencias del derecho al recurso en el ámbito interamericano, conforme lo resuelto por la Corte IDH en “Herrea Ulloa vs. Costa Rica”.

sar a cualquier cuestión que haga a los agravios de la parte, sean estas de hecho, de derecho, sustancial o procesal, también es admitido desde siempre¹⁸

Tal lo dicho el impacto de los tratados internacionales que nuestra constitución adoptó en 1994 ha sido mayúsculo; y continuará influenciando la actividad de todos los poderes del Estado, no solo la judicial. Existe en este tema una responsabilidad de todos los órganos de la administración de adecuar sus decisiones a los estándares convencionales. En lo que toca al Poder Judicial específicamente hemos visto —y lo seguiremos haciendo, de no tomar el legislador las riendas del asunto— cómo los diferentes tribunales locales, nacionales y continentales, vía decisiones jurisdiccionales y administrativas, velan por el cumplimiento de aquellos estándares continentales que, en el ámbito del derecho penal en particular, son consustanciales con una forma de juzgamiento que ya se encontraba previsto en la Constitución Nacional, por lo que el margen para que no se adecúen nuestros sistemas criminales a dichos mandatos son cada vez menores y su omisión más difícil de justificar.

Aquel bloque convencional, además, continuará trayendo desafíos a nuestra legislación y nuestras prácticas. El derecho a la doble instancia y a una revisión amplia con la inmotivación del veredicto del juicio por jurados, los límites de la autonomía fiscal (¿puede el tribunal imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal?, ¿existe en el derecho penal la regla de la *plus petitia*?) el rol de la víctima y su autonomía como fuente de la acusación y presupuesto de una pena legal, etc., son cuestiones problemáticas sobre las que pensar porque antes o después deberán ser abordadas por el sistema.

La tarea, como se ve, no ha sido menor, y no lo será en el futuro. No otra cosa podía pensarse luego del hito que significó, en el marco de la reforma de 1994, consagrar los tratados internacionales de derechos humanos como instrumentos de jerarquía normativa superior. Es claro que desde aquel Pacto de Olivos ya nada volvió a ser igual en el entramado jurídico argentino.

¹⁸ En este sentido ya en 1882 un tribunal de apelaciones analizó no solo el veredicto de culpabilidad adoptado pro el Jurado, y su razonabilidad a la luz de las evidencias producidas en el juicio, sino incluso la actuación del abogado del acusado que había sostenido que “probaría” la inocencia de aquél, lo que valió una reprimenda del juez en virtud de la presunción constitucional de inocencia. Vid “Hatchett vs. Commonwealth”, Corte de Apelaciones de Virginia, U.S. 76 Va. 1026 (1882), en BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés, El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional, Colección Jurados y Participación Ciudadana en la Administración de Justicia, N° 5, Ad Hoc, Bs.As. 2016, p. 345 y ss.

Constitucionalismos y derechos en los ámbitos nacional e internacional¹

Ezequiel José Eiben Martín²

*“Las sociedades que esperan su felicidad de la mano de sus Gobiernos
esperan una cosa que es contraria a la naturaleza”.*

JUAN BAUTISTA ALBERDI

I. Introducción

I.1. Abordaje

En el presente trabajo trataremos el paso del constitucionalismo liberal originario al constitucionalismo social, lo que implicó el relegamiento de los derechos individuales en pos del reconocimiento y promoción de los derechos sociales; y a su vez, analizaremos la manera en que ambas tendencias influyeron en el desarrollo del derecho internacional y, por consiguiente, en los tratados y pactos entre países. *A posteriori*, evaluaremos la importancia de recuperar la teoría individualista, y en consonancia efectuaremos nuestra propuesta para volver a considerar la posición *liberalismo constitucional - derechos individuales* como la indicada para la granazón individual y nacional.

I.2. Consideraciones previas

Escribió el académico Ricardo Haro: “Siempre que analicemos un tópico vinculado a las ideas y a las instituciones políticas, lógicamente debemos tener presente o en su caso, desentrañar, cuál es el pensamiento y la vertebración filosóficos que las anima”.³ Afirmación con la cual estoy completamente de acuerdo. Ir al espíritu,

¹ Ponencia presentada para el Tercer Congreso Argentino de Justicia Constitucional organizado por la Asociación Argentina de Justicia Constitucional, los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2018 en Vicente Lopez, Provincia de Buenos Aires. Eje temático: Pactos Nacionales e Internacionales y Nuevas Tendencias.

² Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC); maestrando en Derecho Administrativo de la Economía en la Universidad Católica de Cuyo sede San Juan (UCC), Investigador del Instituto de Investigaciones Administrativas y Contables (IIAC) de la Universidad Nacional de San Juan (UNSJ). ezequieleiben87@gmail.com - +9112644771931

³ Haro, Ricardo; “El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y el Derecho Público Provincial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Sitio web: [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artalberdiyelderechopublico]. Fecha de consulta: 29/05/2018.

la esencia, el fundamento mismo de nuestro objeto de estudio, es un requerimiento ineludible si queremos explicar el fenómeno en cuestión de manera óptima. Al efecto, no podremos ahondar con éxito en los temas referidos a los derechos que trataremos en esta exposición, si primero no nos dedicamos a definir filosóficamente lo que entendemos cuando aludimos a “un derecho”.

En este punto seguiremos la definición de la filósofa Ayn Rand esbozada en su libro de provocador título “La virtud del egoísmo”, que dice: “Un “derecho” es un principio moral que define y confirma la libertad de acción de un hombre en un contexto social. Sólo existe un derecho fundamental (todos los demás son su consecuencia o sus corolarios): el derecho de un hombre a su propia vida”.⁴ A simple vista salta que para tal concepción, un derecho no es una ilimitada servidumbre que el individuo impone sobre el resto para que este le provea de todo lo que necesita. Más bien, un derecho es una posibilidad de actuación sin coerción para lograr los propios fines, una invitación que el individuo se hace a sí mismo para obrar de acuerdo a su juicio y entendimiento en la consecución de aquello que valora para su vida. Volveremos sobre esto.

II. Desarrollo constitucional

II.1. Carácter de la Constitución

Observar una Constitución es mucho más que observar un texto con normas jurídicas. Ella es un reflejo de pensamientos, creencias e ideas circundantes en el país, y tiende a establecer derechos, obligaciones, garantías y limitaciones para una convivencia social acorde a su espíritu valorativo. Analizar una Constitución implica también analizar un trasfondo cultural. En palabras del constitucionalista alemán Peter Häberle:

“Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de auto representación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”.

“...la realidad jurídica de todo Estado Constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales. De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz cultura como sustantivo proviene del verbo latino cultivare) para que devengan auténtica Constitución”.
“[La cultura constitucional es] la suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que al nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución”⁵

⁴ Rand, Ayn; La virtud del egoísmo, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2006, p. 135

⁵ Häberle, Peter; Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, traducción e introducción de Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000. Citado en: La cultura de la Constitución en Argentina - Antonio María Hernández. Sitio web: [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cultura-de-la-constitucion-nacional/at_download/file]. Fecha de consulta: 29/05/2018.

Esta manera de ver a la Constitución resulta conducente para desarrollar un pensamiento sobre la “cultura constitucional”, que exige ciudadanos activos e instituciones pujantes en el ejercicio de lo que aquella prescribe y en el respeto ante lo que proscribire. Una Constitución viva, relevante y culturalmente representativa de las ideas en boga, debe contar con una sociedad dispuesta a asumirla y enaltecerla.

II.2. Supremacía constitucional

La suprema ley que una nación se da a sí misma es la Constitución. Toda la normativa restante debe adecuarse a ella y no puede contradecirla en lo más mínimo. Aclara el profesor venezolano Brewer-Carías:

*La Constitución (...) en un Estado de derecho, en todo caso y por sobre todo tiene que ser dotada de supremacía en relación con cualquier otra norma jurídica o cualquier acto que emane del Estado, lo que implica que los actos del Parlamento y de absolutamente todos los demás órganos del Estado no pueden violar las normas de la Constitución, y los principios constitucionales que de ellos derivan.*⁶

Solamente con rigidez en el cumplimiento del postulado y la subsanación de situaciones que atenten en su contra, puede decirse que una Constitución funciona como ley suprema y mantiene su imperio sobre todo lo demás que compone el ordenamiento jurídico del país.

II.3. Origen liberal del constitucionalismo

Para el Dr. José Alberto Garrone, constitucionalismo es “el proceso de institucionalización del poder mediante una Constitución (...)”.⁷ El primer constitucionalismo, que hizo su aparición en los siglos XVIII y XIX, fue el denominado *constitucionalismo liberal*. Sus notas son resumidas en el siguiente párrafo del profesor Martín E. Paolantonio:

El Estado constitucional —producto del constitucionalismo— se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. Esa limitación está dada, por un lado por el reconocimiento de ciertos derechos básicos en la parte llamada “dogmática” de la Constitución y por el otro por la división de poderes, la existencia de contralores recíprocos, la periodicidad de los encargados del gobierno, etcétera. Por eso es correcta la aseveración de Friedrich cuando dice que la función del derecho constitucional más que organizar el poder es limitarlo o restringirlo.

*El constitucionalismo primitivo —no en sentido peyorativo sino cronológico— asume la forma del constitucionalismo liberal (...).*⁸

⁶ Brewer-Carías, Allan R.; *La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 29. Sitio web: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/7.pdf]. Fecha de consulta: 29/05/2018.

⁷ Garrone, José Alberto; *Diccionario Manual Jurídico Abeledo Perrot*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 213.

⁸ Paolantonio, Martín E.; “Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social”, *Lecciones y Ensayos*, N° 47, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 201.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Límites al poder del gobierno y respeto por los derechos individuales fueron entonces las características sobresalientes de este constitucionalismo. Un ejemplo palpable lo encontramos en el devenir filosófico-jurídico de los Estados Unidos de América. Los *Founding Fathers* dejaron asentadas las ideas tanto en los textos legales originarios de la República como en los artículos y ensayos publicados para favorecer la ratificación de la Constitución. La *Declaration of Independence* de 1776 establece:

*Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.*⁹

A su vez, la Constitución de 1787 exhibe la siguiente introducción:

*NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América.*¹⁰

En *The Federalist*, James Madison explica que “La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía”;¹¹ y habla de poner a salvo los derechos privados y la forma de gobierno popular como el propósito de sus investigaciones.¹²

Otro caso de constitucionalismo liberal originario es el de la Argentina. La constitución de la Confederación de 1853, entre sus puntos liberales, asumía la forma republicana de gobierno en el primer artículo, y reconocía el derecho a trabajar, comerciar y disponer de la propiedad en el artículo 14.¹³ El prócer en cuyas ideas se embebieron las tendencias filosófico-políticas de la Ley Suprema nacional fue el jurista Juan Bautista Alberdi quien, reivindicando al individualismo y al “egoísmo bien entendido”; sostenía:

⁹ Declaración de Independencia de Estados Unidos de América. Sitio web: [https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html]. Fecha de consulta: 02/06/2018.

¹⁰ La Constitución de los Estados Unidos de América 1787. Sitio web: [https://www.archives.gov/espanol/constitucion]. Fecha de consulta: 02/06/2018.

¹¹ Madison, James; “El Federalista XLVII. Estructura de Gobierno”, 1788. Sitio web: [http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf]. Fecha de consulta: 02/06/2018.

¹² Madison, James; “El Federalista X”, 1787. Sitio web: [http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf]. Fecha de consulta: 04/06/2018.

¹³ Constitución de la Confederación Argentina, 1853.

*Por la naturaleza de las cosas, cada hombre tiene el encargo providencial de su propio bienestar y progreso, porque nadie puede amar el engrandecimiento de otro como el suyo propio; no hay medio más poderoso y eficaz de hacer la grandeza del cuerpo social que dejar a cada uno de sus miembros individuales el cuidado y poder pleno de labrar su personal engrandecimiento.*¹⁴

La confianza en la iniciativa individual descentralizada, la protección de derechos básicos e inalienables respaldados moral y legalmente, y la demarcación del campo acotado de actuación del gobierno a fronteras institucionalmente vigiladas, compusieron la liberal y realista melodía del constitucionalismo protagonista en los primeros dos siglos de desenvolvimiento. Después comenzaría otra época engañosa de antojadizas canonizaciones.

II.4. Constitucionalismo social

El siglo XX inauguró el constitucionalismo social. Este movimiento se presentaba como la superación ética y jurídica del constitucionalismo liberal —que solamente fijaba su atención en los derechos individuales—, e incorporaba al rango constitucional los derechos sociales. De tal tendencia nació la pionera Constitución de México de 1917, que en su artículo 3 estableció enseñanza primaria gratuita en establecimientos oficiales; en el artículo 5 “justa retribución” por trabajos personales; en el artículo 27 la propiedad originaria de la Nación de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional con derecho a transmitir el dominio a los particulares, y regulaciones sobre la propiedad privada; y en el artículo 123 —colocado en el título “Del trabajo y de la previsión social”— las bases para la legislación laboral de “obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo” (incluyendo jornada máxima, día de descanso, salario mínimo, igual salario por igual trabajo, normativa para los patrones en las negociaciones, y consideraciones de utilidad social).¹⁵ La nueva Constitución simbolizaba las alegadas conquistas de los trabajadores tras la “Revolución Mexicana”, que explotó con enfrentamientos armados en 1910. Luego de este caso, la ola de los derechos sociales se expandió a otros países.

En la Argentina, el constitucionalismo social se juridificó con la Constitución de 1949 del gobierno de Juan Domingo Perón. El catedrático Carlos Miguel Herrera repasa el clima que se vivía en los momentos previos y cómo finalmente se sancionó:

Los primeros proyectos parlamentarios, que surgen en marzo de 1947, buscaban incorporar al art. 14 la nueva «Declaración de derechos del trabajador» que el general Perón había proclamado un mes antes, pero ya por entonces, la oposición política estimó que el eje de la propuesta era consolidar un nuevo modelo institucional de tipo autoritario, o al menos asegurar la reelección inmediata del presidente de la República, por entonces prohibida. (...) Siempre en un mismo plano formal, se objetaba asimismo que la citada ley 13.233 [de necesidad de reforma] no indicaba los artícu-

¹⁴ Alberdi, Juan Bautista; “La Omnipotencia del Estado es la Negación de la Libertad Individual”, 1880. Sitio web: [https://www.panarchy.org/alberdi/estado.1880.html]. Fecha de consulta: 04/06/2018

¹⁵ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

los a modificarse, contentándose con declarar genéricamente que las reformas tendrían por fin «la mejor defensa de los derechos del pueblo y el bienestar de la Nación». Sin duda, el recurso a dichos conceptos («derechos», «bienestar», «pueblo») indicaban la orientación que se buscaba dar al texto constitucional.

Estas circunstancias marcaron de antemano el proceso constituyente que comienza a fines de enero de 1949. Por lo pronto, la principal fuerza política de izquierda, el Partido Socialista había decidido abstenerse de participar en la reforma, llamando a boicotear las elecciones de convencionales constituyentes de diciembre de 1948, ganadas ampliamente por el peronismo. Por su parte, la fuerza política que había alcanzado la minoría en dichos comicios, el radicalismo, retiró sus 49 convencionales poco después de iniciadas las deliberaciones de la Convención Constituyente, dejando a los representantes peronistas la elaboración del nuevo texto. Lo que sin duda facilitó la tarea: el 11 de marzo era aprobada la nueva constitución, que comenzó a regir poco después.¹⁶

A esta Constitución se la conoce como “Constitución Peronista”. Bien se ha dicho que cuando se le agrega un apellido a cierta palabra, esta suele quedar deformada, como es el caso del término “Justicia” (dar a cada uno lo suyo) desvirtuado por la expresión “Justicia social” (sacarle a unos para darle a otros). Pues bueno, aquí el apellido “peronista” vino a deformar la idea originaria de la Constitución (reemplazando al liberalismo por el peronismo), y si se quiere, al concepto mismo de Constitución (si se entiende a esta como una objetiva carta de derechos ciudadanos y limitación del poder político que no debe obedecer a los exclusivos intereses del gobierno de turno).¹⁷ Pero, ya que la Constitución iba a tener un apellido, lo menos que se podía hacer era identificarlo correctamente, y en este sentido, “peronista” era el que encajaba a la perfección, puesto que la confección de la nueva ley suprema había sido, como dicen los ingleses, *tailor-made*.

Más que una reforma constitucional, lo de 1949 fue un reemplazo ideológico. La flamante Constitución¹⁸ agregaba en el preámbulo que promovería la “cultura nacional” y ratificaba “la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. La concepción liberal de auto-realización, libre comercio y gobierno escueto era sustituida por la concepción de organizaciones populares, redistribución de la riqueza, e intervencionismo estatal.

¹⁶ Herrera, Carlos Miguel; “En los orígenes del constitucionalismo social argentino: Discursos en torno a la Constitución de 1949”, *Historia Constitucional*, n° 15, 2014, p. 393. Sitio web: [http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/407]. Fecha de consulta: 05/06/2018.

¹⁷ En el caso del constitucionalismo, decir “constitucionalismo liberal” no sería lo mismo que agregar un apellido, ya que la única función del término “liberal” es identificar el origen filosófico-jurídico del movimiento constitucional y distinguirlo del posterior “constitucionalismo social” que sí agrega el apellido “social” a una noción de existencia previa. En un principio, “constitucionalismo” era equivalente a decir hoy “constitucionalismo liberal”, y no se requería necesariamente mencionar lo “liberal” del movimiento ya que la autoría de los liberales estaba clara y el “constitucionalismo social” todavía no nacía para disputar el alcance y significado del constitucionalismo.

¹⁸ Constitución de la Nación Argentina, 1949.

En el capítulo III se consagraban los “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, y de la educación y la cultura”. Los derechos del trabajador incluían, entre otros, el “derecho a trabajar” (que se le proveyera ocupación a quien la necesitara), “derecho a una retribución justa” (moral y material para satisfacer necesidades vitales), y “derecho al bienestar” (cuya expresión mínima era que el trabajador dispusiera de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, y pudiera gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales). Para la familia, el Estado formaría la “unidad económica familiar”, y garantizaría “atención y asistencia de la madre y del niño”. En cuanto a ancianidad, se garantizaban derechos a la vivienda, al cuidado de la salud física y moral, y al esparcimiento. Respecto de la educación, el Estado se comprometía a crear las instituciones que guiaran a los jóvenes hacia las actividades para las que poseyeran “naturales aptitudes y capacidad”, con el fin de que la adecuada elección profesional redundara “en beneficio suyo y de la sociedad”. Las universidades debían preparar a “la juventud para el cultivo de las ciencias al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de la Nación y para el ejercicio de las profesiones y de las artes técnicas en función del bien de la colectividad”, y asimismo encargarse de enseñar “la esencia de lo argentino” y la “misión histórica de la República Argentina” con vistas a que los alumnos fueran conscientes de los fines que debían alcanzar de acuerdo a la máxima ley. En ciencia y cultura, el Estado protegía su desarrollo y fomento, y alegaba que su ejercicio era libre al tiempo que imponía “deberes sociales” a los artistas y hombres de ciencia. Las riquezas artísticas e históricas, y los paisajes naturales, cualquiera fuera su propietario, formaban parte del “patrimonio cultural de la Nación”, quedaban bajo tutela del Estado, y este último podía decretar las “expropiaciones necesarias para su defensa”.

En el capítulo IV se trataba la “función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”. El Estado sometía la propiedad privada a regulaciones con “fines de bien común”, podía intervenir y distribuir el campo para desarrollarlo “en interés de la comunidad”, ponía al capital “al servicio de la economía nacional”, y fijaba la organización de la riqueza y su explotación para el “bienestar del pueblo argentino”.

En definitiva, la inclusión de los llamados “derechos de segunda generación” (complementarios y superadores de la primer generación, los derechos individuales) y la nueva orientación social de la legalidad, modificaron para siempre la tradición constitucional argentina. Las directrices en pos del egoísmo e individualismo de Alberdi quedaron relegadas frente al colectivismo con elementos fascistas y socialistas del modelo peronista. Incluso cuando la Constitución peronista perdió vigencia, tras la proclama de la Revolución Libertadora en 1956 que la excluyó y reestableció la Constitución de 1853 y sus modificaciones de 1860, 1866 y 1898 (a cuyo texto el gobierno provisional ajustaría su acción en tanto y en cuanto no se opusiera “a los fines de la Revolución”), la ley suprema de 1949 dejó su impronta, y el constitucionalismo social quedó albergado en la consideración de la cultura constitucional de la nación. Por eso no tardó en aparecer el artículo 14 bis, que mediante la reforma de

1957 incorporó constitucionalismo social al viejo texto de 1853. De esta manera, se agregaron derechos sociales como la protección contra el despido arbitrario, estabilidad para el empleado público, salario mínimo vital y móvil, vacaciones remuneradas, y las bases para un sistema de seguridad social.

Como resulta cristalino tras la lectura de la Constitución vigente, y palpable mediante la evaluación jurídico-política de la actualidad, el constitucionalismo social que caló hondo hace décadas no ha dejado de tener peso en el acervo legal de la nación y de las provincias (que adaptaron sus cartas según la tendencia).

III. La influencia de los constitucionalismos en los instrumentos y organizaciones internacionales

III.1. El contexto durante el siglo XX

Finalizada la Segunda Guerra Mundial en 1945, la humanidad se miraba en el espejo luego del horror. Genocidio, masacres, crímenes hasta el momento sin nombre, vejaciones, torturas y esclavitud eran las terribles y amargas expresiones de maldad que los hombres y países habían presenciado. Con el propósito de evitar la reiteración de enfrentamientos que menoscababan la dignidad humana, un conjunto de naciones acordaron el establecimiento de ciertas pautas y el reconocimiento de inviolables derechos que resignificaran la persona. El período de posguerra debía ser de pacificación, reconstrucción y universalidad, lo que implicaba lógicamente alejarse del belicismo y la sumisión pregonados por los nacionalismos totalitarios como el nacionalsocialismo y el fascismo. Ahora bien, ello sucedió parcialmente, y el proceso fue manchado durante el camino, por tres motivos que enunciaremos a continuación. Primero, el mundo permaneció en tensión por la polarización de la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Si bien por magnitud e incumbencia ninguna volvió a ser catalogada como “mundial”, las guerras continuaron y la miseria se esparció en distintos continentes. Segundo, hubo un totalitarismo que sobrevivió a la Segunda Guerra, más aún, salió fortalecido, y se le reconoció voz cantante en el concierto de las naciones: el comunismo soviético. Y tercero, las posiciones del constitucionalismo social que ahogaban la libertad individual y subordinaban el interés propio a la voz de mando de la jefatura de la comunidad, ejercieron notoria influencia en el devenir del derecho internacional que intentaba ordenar al mundo de posguerra, y por ende, los terrenos jurídicos no siempre resultaron fecundos para el espíritu liberal originario.

Si bien el gran conflicto bélico mencionado *ut supra* significó un punto de quiebre a partir del cual se intensificó la visión social, este trabajo pecaría de incompleto si encarara la cuestión únicamente concentrándose en la segunda mitad de siglo. Por ello, además de la evolución del constitucionalismo social a la que aludimos en secciones anteriores, resulta pertinente aquí señalar que durante la primera mitad de siglo la institucionalidad internacional también se vio empapada de esta concepción colectivista. Testimonio de lo dicho es el nacimiento, en 1919 (dos años después de

la Constitución social de México y el mismo año de la Constitución social de Weimar en Alemania), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este internacionalismo laboral, que se afincaba en el precedente de la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores establecida en Basilea en 1901,¹⁹ surgió tras negociaciones que incluyeron representantes de gobiernos, sindicatos y empleadores, y en el preámbulo de su Constitución puede leerse:

- *Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;*
- *Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado (...);*
- *Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:*
- *Las Altas Partes Contratantes (...) convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.*²⁰

Podemos decir entonces que el impulso brindado a la justicia social como valor cardinal, y la instrumentación del constitucionalismo social como vehículo político-jurídico para plasmarlo, fueron dando origen a nuevas instituciones o tiñendo de su color a otras ya existentes. Y ya fuera por reclamos laborales con pretensiones universalistas ante la identificación de necesidades comunes en distintas partes del planeta, o por el trazado de lineamientos para ahuyentar los fantasmas de las contiendas que habían decretado la muerte de millones de personas, el enfoque del derecho internacional y el fomento de entidades supranacionales uniformadoras y homogeneizadoras de principios elementales se fue imponiendo. El 24 de octubre de 1945 nació oficialmente la Organización de las Naciones Unidas (ONU),²¹ y a partir de allí vendría la incesante redacción de documentación sobre derechos humanos, derechos de segunda y tercera generación, y variada normativa internacional sobre incontables aspectos que antes eran dejados al mercado y la privacidad.

¹⁹ Orígenes e Historia - Organización Internacional del Trabajo. Sitio web: [<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>]. Fecha de consulta: 08/06/2018.

²⁰ Constitución de la OIT. Sitio web: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO]. Fecha de consulta: 08/06/2018.

²¹ En esa fecha la Carta de las Naciones Unidas fue ratificada por la mayoría de los países firmantes. Previamente, el texto se había suscripto el 26 de junio de 1945. La expresión “Naciones Unidas” es incluso anterior a ambos sucesos: fue utilizada por primera vez por Franklin Roosevelt, en calidad de Presidente de los Estados Unidos de América, el 1 de enero de 1942, cuando naciones comprometidas en luchar contra los países que conformaban el Eje durante la Segunda Guerra Mundial firmaron la “Declaración de las Naciones Unidas”. Chequear: Historia de las Naciones Unidas. Sitio web: [<http://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/index.html>]. Fecha de consulta: 08/06/2018.

III.2. Declaraciones y Pactos internacionales

Si le preguntamos a la gente no vinculada al derecho cuál es el concepto jurídico que más conocen o les suena de algún lado, quizás muchos respondan “derechos humanos”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos,²² sancionada por la Asamblea General de la ONU en 1948, es notablemente famosa, y en ella podemos rastrear aquello de lo que venimos hablando. Su letra es prueba palmaria de que importantes concepciones liberales atraviesan el cuerpo del instrumento en lo que podríamos considerar una primera parte: libre circulación (art. 13), derecho de propiedad (art. 17), libertad de pensamiento (art. 18), libertad de opinión y expresión (art. 19), libertad de asociación (art. 20). Ahora bien, como es un texto híbrido (debido a la coexistencia de diversas corrientes de pensamiento y la pluralidad de culturas participantes en su auspicio) también resulta innegable la participación ideológica del constitucionalismo social en la segunda parte: reconocimiento del derecho a la seguridad social y a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22), derechos sociales laborales (art. 23), derecho al nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar, a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, y a seguros en caso de pérdida de medios de subsistencia (art. 25), derecho a la educación gratuita (art. 26), deberes respecto de la comunidad (art. 29).

Las décadas posteriores a la declaración fueron testigo del choque de concepciones filosófico-doctrinarias entre el bloque de países occidentales y el de países orientales. Unos ponían el acento en los derechos de primera generación y los otros en los derechos de segunda generación. Lo cual derivó en la aparición de dos pactos internacionales, cuya necesidad se discutió en Naciones Unidas en la década de 1950, su adopción se produjo en la década de 1960, y su entrada en vigor en la década de 1970. Esto no era otra cosa que la demostración —ahora en el ámbito internacional— de la puja todavía vigente entre constitucionalismo y constitucionalismo social, y de las negociaciones y discusiones tendientes a instalar sus posiciones en la agenda.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), nacieron el 16 de diciembre de 1966, y entraron en vigor el 23 de marzo y el 3 de enero de 1976 respectivamente. Ambos exhiben el mismo preámbulo e idéntico artículo inicial. Las diferencias se proyectan en el contenido restante, lo que a vez se traduce en disímil terminología, como analiza el abogado Daniel Cerqueira:

*Mientras el lenguaje del PIDCP es similar al de las declaraciones de derecho promulgadas tras las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX (toda persona tiene derecho a...), el PIDESC se basa en el reconocimiento estatal sobre ciertos derechos (los Estados parte reconocen el derecho de toda persona a...).*²³

²² La Declaración Universal de Derechos Humanos. Sitio web: [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>]. Fecha de consulta: 08/06/2018.

²³ Cerqueira, Daniel; “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Antecedentes históricos, fundamento legal y suposiciones equivocadas”. Sitio web: [<http://asuntosdelsur.org/opinion/derechos-eco->

En el PIDCP, en su Parte III, figuran el derecho a la vida (art. 6), libertad y seguridad personales (art. 9), libre circulación (art. 12), debido proceso (art. 14), libertad de pensamiento (art. 18), entre otros.²⁴ En el PIDESC, en la Parte III los Estados Parte reconocen el derecho a trabajar (art. 6), condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), seguridad social (art. 9), nivel de vida adecuado y mejoramiento continuo en las condiciones de existencia (art. 11), salud física y mental (art. 12), educación (art. 13), y más.²⁵

Desde los tiempos de sanción de los pactos hasta los días que corren, la ONU ha seguido creciendo hacia el lado del intervencionismo y la regulación. En su Consejo Económico y Social (ECOSOC) funcionan comisiones orgánicas de Desarrollo Social, Condición Jurídica y Social de la Mujer, entre otras. En las comisiones regionales destaca la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que se ha caracterizado por sus recetas y asesoramientos de intervención estatal en la economía. Y dentro de sus organismos especializados, funciona la ya mencionada OIT. A su vez, la Asamblea General cuenta entre sus iniciativas con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Los aspectos sociales, económicos, laborales, ambientales y de género, están cubiertos por las directrices, reglamentaciones, consultorías y planificaciones de las Naciones Unidas.²⁶

Para cerrar el apartado, resulta conveniente efectuar una aclaración. Si bien somos espectadores de un enfrentamiento entre concepciones, vale decir que no hay una pureza absoluta en ambos campos, sino que en cada uno se ha realizado un proceso de absorción de elementos del otro. Por ejemplo, dentro del bloque oriental donde estaba representado el totalitarismo soviético y sus satélites, no se reconocía el debido proceso ni un creíble y extenso derecho a la libertad. Circunstancia que fue cambiando con la finalización de la Guerra Fría, la caída del Muro de Berlín, y la disolución de la Unión Soviética. Hoy en día, ciertos países cuentan con más grados de libertad que en la época soviética (el caso de Estonia), y mejores procesos judiciales con garantías de defensa en juicio (el caso de la Alemania unificada después de la experiencia en Alemania oriental), elementos originariamente liberales que se han asentado en culturas jurídicas otrora hostiles. A su vez, en Occidente no solamente nació el constitucionalismo liberal, sino también el constitucionalismo social, y en diversos países han proliferado regulaciones repudiadas a los ojos del sistema liberal que se condicen más con políticas socialistas, progresistas y socialdemócratas (Cons-

nomicos-sociales-y-culturales-antecedentes-historicos-fundamento-legal-y-suposiciones-equivocadas]. Fecha de consulta: 11/06/2018.

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sitio web: [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>]. Fecha de consulta: 11/06/2018.

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sitio web: [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>]. Fecha de consulta: 11/06/2018.

²⁶ El sistema de las Naciones Unidas. Sitio web: [http://www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/unchart_11x17_sp_color.pdf]. Fecha de consulta: 11/06/2018.

tatamos Argentina y Chile en nuestro continente). En el plano de la ONU, podemos decir que si bien se mantienen ciertas bases liberales en algunos documentos y declaraciones, la creciente tendencia regulatoria sigue los pasos del constitucionalismo social. Formalmente se reconocen los derechos a la vida, libertad y propiedad (no se propone abiertamente el genocidio, la esclavitud y la expropiación a mansalva),²⁷ pero fácticamente los derechos individuales quedan minimizados cuando se ponen en práctica hojas y hojas, kilos y kilos de legislaciones y regulaciones sustentadoras del Estado interventor, director y aspirante a omnipresente. En el cuadro total vemos valores liberales que pelean por mantenerse a flote en aguas convulsionadas, y abundantes producciones jurídicas afines al constitucionalismo social que van ganando la pulseada en relación al tamaño del Estado que hace falta para sostenerlas.

IV. Teorías de los derechos individuales y derechos sociales

IV.1. Entendimiento del individuo y sus derechos

Como ya mencionamos, entendemos a los derechos en el sentido individualista de Ayn Rand. A partir de ello, desarrollemos un poco más nuestra concepción.

El individuo es una entidad independiente y auto-sustentada. La persona misma lleva adelante las acciones que se encaminan a su subsistencia, preservación y mejoramiento de las condiciones vitales. El mundo no le ha impuesto grilletes que la aten a una voluntad externa, ni le ha concedido el privilegio de imponerlas a sus semejantes. Nuestra comprensión de lo que es un derecho, se afina precisamente en esta noción, y en consecuencia reconoce el hecho de que la libertad de acción es indispensable para que alguien pueda literal y figuradamente moverse en pos de su realización como persona.

El hombre, como cada cosa en el universo, tiene su naturaleza específica. De la comprensión de su naturaleza como ser individual, racional y único, se deriva la idea de persona con derechos inalienables: derecho a la vida como el primordial, del cual se desprenden en una sucesión lógica el resto: derecho a la libertad, y el derecho de propiedad. El derecho a la vida es el reconocimiento del individuo como ser existente y animado con facultades para mantenerse; y la protección frente a toda acción encaminada a interrumpir su proceso vital. El derecho a la libertad es el reconocimiento del individuo como su propio dueño, capaz de tomar sus propias decisiones; y la protección frente a las amenazas que pretenden vulnerar su soberana voluntad. El derecho de propiedad es el reconocimiento del hombre como director de su mente y poseedor de su cuerpo, y conservador de los resultados obtenidos en la naturaleza de acuerdo a su obrar; y la protección frente a la rapacería ajena.

²⁷ Es el caso de los países más civilizados o incluso de aquellos que detentando un gobierno tiránico saben lavarse la cara antes de presentarse ante el mundo (donde cuentan con amigable complicidad). Otros Estados que son manejados con verborragia disimulan menos, y sus para nada sutiles expresiones con miras al genocidio y la expropiación patentan su verdadera intención, como son los casos de Irán y Venezuela.

IV.2. Lo social como violación a lo individual

Los mal llamados derechos sociales, además de no ser estrictamente hablando derechos, implican una violación a los derechos originales.

Un derecho individual define un marco de acción dentro del cual el individuo puede obrar acorde a su criterio y un campo de libertad donde no debe ser obstaculizado por ello. Lo único que cabe al resto es abstenerse de violar el derecho (lo que equivale a decir, no iniciar el uso de la fuerza ni cometer fraude). En cambio, el derecho social parte de un lugar distinto. Al consagrar prestaciones en favor del beneficiario (seguridad social, derecho a ser empleado y percibir un salario digno, educación gratuita), no es este quien debe conseguirse lo que necesita actuando en libertad, sino que el resto está obligado a proveerlo. Los derechos sociales, en rigor, son prestaciones impuestas en cabeza de algunas personas que deben sacrificarse para que otras destinatarias de los bienes y servicios legalmente prometidos gocen de ello. El desfase es evidente cuando vemos que los productores no pueden conservar lo producido y los receptores de la riqueza no son los generadores de la misma; la libertad de acción individual es reemplazada por el direccionamiento de conductas y resultados que hace la autoridad (gobierno, Estado); el sistema sostenedor de lo social impone cargas económicas y sociales que no han sido libremente asumidas ni son voluntariamente cumplidas. Los derechos sociales no son derechos porque contradicen la mismísima definición de lo que es un derecho: no respetan la libre iniciativa, y el delineamiento del marco de actuación queda en una nebulosa que puede ser rápidamente desdibujada y luego moldeada a gusto por la autoridad encargada de definir las obligaciones en cabeza ajena que pasarán a enarbolarse como derechos.

¿Y por qué decimos que los derechos sociales son una violación a los auténticos derechos individuales? Porque imponerles normas de conducta a unos para satisfacer necesidades existenciales (o incluso lujos) de otros es una violación a la libertad; y organizar un mecanismo redistribuidor que impida al creador/productor/trabajador disponer de todo lo suyo porque una parte forzosamente se destina a engrosar el patrimonio ajeno, es una violación del derecho de propiedad. Y quien utiliza el poder para quitar lo legítimamente adquirido que sirve como sostén de la existencia, e impone trabajos o contribuciones forzosas que recortan la esfera de actuación, en última instancia está violando el derecho de una persona a ser dueña de su propia vida. El derecho social, para cumplirse, necesita conculcar el derecho individual. Y no puede alabarse una contradicción semejante, como que exista el derecho a violar otro derecho. Si los derechos son tales, no puede haber otro “derecho” a pisotearlo.

El derecho individual nace de la propia naturaleza humana; el derecho social de una imposición burocrática. El derecho individual solamente requiere del resto abstención de violarlo para que pueda ejercerse en plenitud; el derecho social requiere constreñir y forzar. El derecho individual se ejerce en un clima de respeto mutuo entre personas; el derecho social propone que la política haga por la fuerza lo que no

hicieron libremente el mercado y la autonomía de la voluntad. El derecho individual es proclive a la civilización; el derecho social maneja en dirección al autoritarismo.

IV.3. Abandonar el antojo para concentrarse en la realidad

Los derechos sociales son presentados como intrínsecos a la persona, que por su dignidad inherente los merece. Mas hemos dicho que en realidad son violaciones a los verdaderamente inalienables derechos del individuo. Si somos coherentes en defender la libertad humana, tenemos que entender que cada persona juzga y construye, invierte y corrige. El correlato a la libertad es la responsabilidad, hacerse cargo de lo que se hace y de lo que toca. El derecho social pretende obliterar las relaciones causales y los contextos: si alguien toma malas decisiones, otros deben acudir en su rescate; si alguien nació en una familia con fortuna, deberá pagar por la “suerte” en la natalidad.

Los derechos sociales no son más que expresiones de deseos: alguien *quiere* que las personas tengan vivienda, alguien *quiere* que las personas tengan salud, alguien *quiere* que las personas tengan educación. Mientras que los derechos individuales reconocen la libertad para obtener todo eso, los derechos sociales se postulan como promesas del Estado cuyo cumplimiento dependerá de los esfuerzos y energías de gente que no necesariamente comulga con la decisión de autoridad. El derecho individual permite la acción y premia el esfuerzo habilitando al individuo a conservar los resultados obtenidos. Se realiza en el camino (libertad) y se ostenta en el final (propiedad). En cambio el derecho social solamente puede realizarse en el final (cuando los bienes ya han sido producidos y los servicios ya pueden prestarse), y violenta los derechos individuales en el camino.

Un Estado mínimo, circunscripto a pocas funciones de seguridad, defensa y resolución pacífica de conflictos, es el marco acorde para el respeto de los derechos individuales, y una posibilidad para un óptimo funcionamiento gubernamental. Pero los derechos sociales exigen lo contrario: un Estado grande y creciente, que se vuelve propietario acaparador, empleador colosal e interventor endémico, ergo de nula limitación legal. Más derechos implican más leyes, más leyes más burocracia, y todo eso significa menos libertad.

Los derechos sociales que se creen un avance científico en verdad implican un retroceso, porque se desvían del entendimiento de la persona humana y de la ciencia jurídica que en su etapa previa liberal la defendía correctamente a través de la declaración de derechos individuales. Su falaz composición, y el compartir o usurpar nombre, llevan a confusiones. Por ello es menester contar con una teoría individualista que reconfigure el tablero y vuelva a poner el acento en los originales derechos.

IV.4. Necesidad de una teoría receptora de la naturaleza del individuo

Si vamos a entender al individuo como ser con derechos, necesitamos la consagración sistemática de esa concepción a los fines de que sea presentada y respetada.

Una teoría de derechos individuales que los reconozca y defina resulta imprescindible por tres razones principales, de carácter metafísico, ético, y social. Estas se encuentran entrelazadas, pero por motivos didácticos es conducente su tratamiento en un orden determinado.

La primera razón, de tipo metafísica, consiste en el reconocimiento del hombre y su naturaleza racional. El hombre es hombre, no una bestia; y debe vivir como hombre, no como bestia. Esto es, en base a la razón y no a la violencia. Su individualidad le permite elegir de acuerdo a su criterio personal y decidir su propio camino ante la gama de alternativas que se le presentan. Es su juicio crítico la guía que determina sus acciones y el faro que ilumina el horizonte.

La segunda razón, de orden ético, refiere a que los derechos son principios morales que delinean el marco de actuación legítima de los hombres cuando están en sociedad. Definen el círculo de acción dentro del cual la persona se mueve *a gusto y piacere* en búsqueda de su propia felicidad y alcanzando sus objetivos fijados.

La tercera razón, de índole social, apunta concretamente a las relaciones humanas, es decir, la manera en que los hombres tratan los unos con los otros. Los derechos permiten fijar las reglas de juego en los vínculos sociales, y establecen límites de actuación y posibilidades de ampliación o disminución, según se decida, de los márgenes vinculares.²⁸

V. Conclusiones

V.1. La vuelta a las raíces constitucionales

Aunque suene a paradoja, para avanzar tenemos que retroceder: de los supuestos progresos del constitucionalismo social, al supuestamente incompleto constitucionalismo liberal originario —con menos prensa pero con mucha razón—.

Si los derechos sociales son una violación de los derechos individuales, el constitucionalismo social es una violación a los postulados del constitucionalismo liberal. Las cartas constitucionales tienen que volver a su sentido original que es limitar al poder, y nuevamente ser compatibles con las declaraciones de derechos individuales. Desenmascarar y eliminar los derechos sociales es reivindicar los verdaderos derechos inalienables de las personas; limitar el poder del estado es aumentar la libertad de la sociedad civil y posibilitar el buen funcionamiento del mercado.

No es casualidad que una dictadura en Alemania haya tenido como preludeo al constitucionalismo social, ni que una dictadura en Venezuela quiera ser campeona en el rubro. Verdad es que no todos los constitucionalismos sociales han derivado en dictaduras, pero también verdad es que le han abierto las puertas al autoritarismo político e intervencionismo económico, ambos atentatorios de las libertades individuales. En todo caso, ha sido y será el constitucionalismo liberal quien resistió y

²⁸ Eiben, Ezequiel; “Derechos y Responsabilidad”, 2014. Sitio web: [ezequieleiben.com]. Fecha de consulta: 29/05/2018.

deberá resistir para evitar que el Estado se transforme en el indeseable monstruo persecutorio que tantas prerrogativas y facultades oficiales van sembrando.

Un imperativo de la teoría jurídica liberal tiene que ser redescubrir las raíces constitucionales, pulirlas, mejorarlas, y volver a sus enseñanzas.

V.2. La proyección en el derecho internacional

En una época de presencia y respeto por los organismos internacionales, de celebraciones de tratados y acuerdos entre países, y de adaptación de las soberanías nacionales a iniciativas mundiales, la idea individualista no puede quedarse afuera. Son sus principios básicos sobre individuos los que, proyectados al concierto de las naciones, permiten la paz y el comercio globalizado. Por ende, le haría honor a su trayectoria el reclamar el lugar que le pertenece, y nuevamente empezar a moldear el derecho internacional para ponerlo al servicio y no al mando de la gente. Mediante una sólida concepción liberal, se podrá pujar para que el derecho internacional sea una herramienta útil para el respeto de derechos, y no una plataforma de expansión estatal desmedida. Los pactos internacionales mejorarán en la medida que mejore el nivel de respeto por aquello que el constitucionalismo liberal tan afanosamente nos legó.

La negación o el final del control de convencionalidad

Alberto Hergott

Introducción

El orden jurídico de un Estado republicano se construye sobre la base de una ley fundamental denominada Constitución o Carta Magna. Esta es la columna vertebral de un sistema de repartos de poder que, a fines del siglo XVII, se originó en Estados Unidos después de su declaración de independencia (1776) de la Corona inglesa y, en Europa, en consonancia con la revolución francesa que derrocó a la monarquía absoluta de Luis XVI.

El siglo XIX significó el fortalecimiento de un nuevo sistema de poder llevado a la práctica mediante las enseñanzas de los recordados intelectuales Rousseau (El Contrato Social), Montesquieu (El espíritu de las leyes) y, antes, Locke (Tratados sobre el gobierno civil), y que valió para el reconocimiento de los derechos civiles fundamentales.

Posteriormente, el constitucionalismo social de fines del siglo XIX, se cristalizó mediante las Constituciones de Querétaro (México-1917) y Weimar (Alemania-1919), que fueron las primeras cartas magnas que incluyeron derechos sociales y garantías individuales que se proyectaron en los continentes de América y Europa inmersos en una crisis internacional basada en las confrontaciones militares.

En ese escenario mundial de principio del siglo XX, la culminación de la primera guerra mundial (1914-1918), significó el compromiso de distintos países de diversos continentes de proteger los valores esenciales de la persona mediante instrumentos internacionales.

Para ello, se creó un nuevo sujeto de derecho internacional como la Sociedad o Liga de las Naciones (1920), integrada por naciones que había vencido en el conflicto militar (EEUU, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, entre otros), y, para preservar la paz y resolver conflictos se constituyó la Corte Permanente de Justicia Internacional.¹

Este órgano de naturaleza judicial de carácter internacional, en el “Caso de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca”, sentenció: “para el derecho internacional y para la Corte que es el órgano de éste, las leyes nacionales son simples

¹ Barbero Natalia, con cita de Lasaga Sanz, Análisis Dogmático-jurídico de la tortura, p. 66.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

“hechos”, manifestaciones de voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas”.²

Por consiguiente, el derecho internacional basado en la voluntad de brindar soluciones a los conflictos que atañen a los Estados y sus ciudadanos ha sido determinante en propiciar una soberanía reducida en términos de defensa de intereses de las personas o incluso de reconocimiento de derechos civiles.

En este tal sentido, la Corte Internacional en el “Caso del intercambio de poblaciones griegas y turcas”, expresó: “Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos contraídos (...). Es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre el tratado.”³

Por consiguiente, desde el principio y durante diversos períodos del siglo XX, a partir de la aparición de algunos órganos supranacionales comenzó a debatirse con mayor profundidad los límites de la soberanía absoluta de las naciones, sus intereses nacionales y la defensa de los derechos de sus habitantes.

No es menos cierto que en términos políticos, durante la primera parte de ese siglo XX y el advenimiento de la segunda guerra mundial basada en flagelos ideológicos de naturaleza irracional (la primacía de una raza superior sobre otras, el exterminio de semejantes para conquistar reivindicaciones territoriales, las prácticas de actos aberrantes contra la condición humana), hubo un grave retroceso en la civilización.

Y en aquel contexto, aparecieron los conceptos doctrinarios fundados en la relación entre el ordenamiento jurídico interno o nacional con el derecho internacional que se expresó en las denominadas teorías o conceptos divergentes de monismo y dualismo.

La problemática asentada en las relaciones entre ambos sistemas normativos ha sido estudiada y aplicada sobre el modelo que cada nación ha considerado como prioritario para preservar su idiosincrasia nacional en un mundo en evolución en el milenio.

En nuestro país, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido conteste en resolver este ámbito de jerarquías normativas para dar solución a los conflictos humanos de manera difusa y contradictoria en una primera etapa, pero, finalizando el siglo XX, adoptó dictámenes novedosos y acertados.

Por consiguiente, en el siglo actual la aparición de un nuevo modelo de obligaciones estatales que procuran asegurar la vigencia de los derechos fundamentales y que se expresa bajo el concepto genérico de control de convencionalidad, vale para tratar de realizar una contribución reflexiva sobre si estamos o no terminando el ciclo de compromisos con los órganos supranacionales cuya misión es defender los derechos de las personas.

² Rey Cantor Ernesto, Control de Convencionalidad de las Leyes, p. 62.

³ CPIJ, 1925, serie b, n 10.

Escuelas doctrinarias que abordaban la interrelación de los sistemas jurídicos nacionales e internacional

Precisamente para interpretar la realidad actual, es necesario recordar que la Corte Suprema a mediados del siglo XX (1948), con posterioridad a la declaración de guerra de nuestro país contra las potencias del eje, tuvo que intervenir para resolver si había una violación al derecho de propiedad que esgrimía el actor en representación de los laboratorios “Merck”.

En aquella ocasión, la Corte hizo referencia a la dicotomía que expresaban las escuelas monistas y dualista que jerarquizaban un orden jurídico distinto a la tradicional pirámide jurídica que había presentado Kelsen en sus teorías filosóficas sobre el derecho.⁴

El jurista austríaco sostenía que las normas del derecho internacional y las disposiciones nacionales constituían un sistema jurídico único. Aunque, cabe recordar, también Wenzel propiciaba alguna preferencia al derecho interno en contraposición con el derecho internacional, pero insistía en la unidad de un orden jurídico determinado.

La pirámide jurídica –figura emblemática elaborada por Kelsen– permitía justificar la existencia de normas jurídicas inferiores que requerían su validación con aquellas normas superiores y que culminaba en la denominada “Grundnorm” o ley fundamental.

El autor explicaba que la norma base –fuere por cuestiones de justificación política o circunstancias de naturaleza ética dependía de cada sistema– debía basarse en el derecho internacional.

Otro autor de esa escuela –Alfred Verdross–⁵ sostuvo una postura más amplia dado que ampliaba la pirámide iniciada por su maestro y fundaba su interpretación de fundamentación del sistema en el derecho internacional que otorgaba validez y jerarquía a los sistemas jurídicos nacionales.

De esta manera, para la aplicación del derecho internacional no se necesitaba actos legislativos internos para su reconocimiento pues siempre aquella prevalecía sobre el derecho interno cuando se presentase un determinado conflicto.

Las opiniones divergentes para interpretar las interrelaciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales fueron formuladas por Anzilotti y Triepel⁶ quienes postulaban que no existía un sistema jurídico unitario, sino que ambos sistemas tenían distinciones propias que las identificaban entre sí, tales como sus fuentes y los sujetos fueren públicos o privados donde estaban destinadas sus normas.

Por consiguiente, para el dualismo cualquier norma de derecho internacional debía ser transformada en norma de derecho interno para ser aplicada en el orden

⁴ Kelsen Hans, *Teoría pura del Derecho*, p. 64.

⁵ Verdross, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Centro EF, Unam. Mexico. 1962.

⁶ Carrillo Salcedo, Juan. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid 1994, p. 140 y ss.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

jurídico nacional y ante un eventual conflicto la preponderancia del derecho interno era apto para responder al mismo.

En ese contexto de posiciones doctrinarias opuestas, el citado fallo “Merck”⁷ menciona expresamente las posiciones disidentes ante el conflicto que significaba reconocer un derecho protegido por la Constitución Nacional –a saber, el derecho de propiedad– y un contexto social donde la negación del Estado de Derecho o la guerra misma, generaba como dilema.

La Corte Suprema dictó una sentencia ambigua dado que adoptó una posición relacionada con realidades hipotéticas distintas. Por un lado, hizo un distingo entre el orden jurídico vigente en épocas de guerra o de paz. En un escenario mundial de confrontación militar prevalecería la aplicación del derecho internacional en concordancia con la escuela monista.

Por el contrario, en tiempos de paz el derecho interno tenía plena jerarquía normativa por encima del derecho internacional y la Constitución se convertía en ley fundamental y legitimadora de las leyes nacionales y los tratados internacionales.

Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Constitución Nacional sancionada en 1853 tiene dos cláusulas centrales que establecen el régimen de los tratados internacionales y su vinculación con el derecho interno. Los artículos 27 y 31⁸ fueron interpretados de distinta manera según cual fuera las distintas integraciones de la Corte Suprema antes de la reforma constitucional de 1994.

Como se señaló, la Corte Suprema, en “Merck”, dictaminó que hasta la propia Constitución Nacional quedaba subordinada a las cláusulas del derecho internacional, apartándose de una tradición pacífica elaborada en los precedentes “Alonso c/ Haras los Cardos”⁹ y “Chantrain Alfonso”,¹⁰ en el sentido que el derecho internacional –expresado a través de tratados– de acuerdo con el artículo 31, debe respetar las disposiciones de la Constitución Nacional.

Posteriormente, en la década del sesenta, se dictaron algunas sentencias “Martín y Cía. Ltda. S.A. c/Administración General de Puertos”¹¹ y “Esso S.A Petrolera Argentina c/Nación Argentina”,¹² donde en omisión al tradicional principio del de-

⁷ Fallos, 211:161.

⁸ La reforma constitucional de 1994, instaura el art.75, inciso 22 y 24 que define la voluntad legislativa en relación a la constitucionalidad de instrumentos internacionales de DDHH y la jerarquía de tratados internacionales sobre las leyes.

⁹ Fallos 186:258.

¹⁰ Fallos 208:84.

¹¹ Fallos 257:99. En el caso se trataba del decreto ley 6575/58 (Ley 14467) que modificaba el Tratado de Comercio y Navegación con Brasil (ley 12688).

¹² Fallos 271:7. En el caso se planteó si el decreto 5153/55 podía derogar u omitir el Convenio Comercial entre nuestro país y EEUU, aprobado por ley 12.741.

recho internacional del “*pacta sunt servanda*” se estableció que las disposiciones normativas posteriores derogan a las anteriores, jerarquizando la ley interna aún sobre los tratados internacionales.

Como se advierte, la Corte Suprema durante el siglo XX estuvo claramente enrolada en una acentuada influencia de la óptica dualista con base en las distintas características de las fuentes e instituciones de ambos sistemas normativos nacional e internacional. En este sentido, el precedente “*Cabrera Washington c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”,¹³ se admitió la derogación implícita de la ley internacional con asiento en el artículo 31 de la Carta Magna.

Esta pacífica jurisprudencia, se reiteró en “*Costa Héctor c/Municipalidad Bs. As*”,¹⁴ “*Sánchez Abelenda c/Ediciones La Urraca*”,¹⁵ “*Ekmekdjian c/Neustadt*”,¹⁶ a pesar de la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, mediante el decreto ley 19865 y su ratificación posterior en 1980; y el texto concluyente del artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

Finalmente, y previo a la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema habrá de pronunciarse de manera inversa a los criterios doctrinarios anteriores y adoptará un sesgo monista a sus decisiones que, en resumen, se destacan: “*Ekmekdjian c/Sofovich*”¹⁷ y “*Servini de Cubría*”¹⁸ que iniciaron el proceso de cambio de la jurisprudencia cimera y en especial con referencia no sólo a la materia de derechos humanos sino en otras cuestiones institucionales.

Estos cambios quedaron cristalizados y consolidaron la jerarquía de la ley suprema o fundante llamada Constitución y permitió modificar la supremacía normativa entre las leyes nacionales y los tratados internacionales.

Precisamente, esta consideración fue destacada para justificar la obligación establecida en el artículo 27 de la Convención de Viena y a cuyo efecto se solucionó mediante un deber de los órganos estatales –incluido el poder judicial– de respetar los principios de derecho público de acuerdo con la prerrogativa del artículo 27 de la Constitución Nacional.

¹³ Fallos 305:2150. Frente a un conflicto entre las cláusulas constitucionales y las de un Convenio que establecía la inmunidad contra todo procedimiento judicial o administrativo, que mediante el Tratado creaba la inmunidad de jurisdicción a una de las partes, era posible declarar la inconstitucionalidad de la ley 21.756 que aprobaba dicho Convenio a favor de una Comisión Técnica y la Argentina.

¹⁴ Fallos 310:508.

¹⁵ Fallos 311:2553.

¹⁶ Fallos 311:2497.

¹⁷ LL 1992-c,543.

¹⁸ Fallos 315:1943.

La reforma constitucional y las relaciones entre la jurisprudencia nacional e internacional. El Control de Convencionalidad

Antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema dictó el fallo “Cafés La Virginia S.A. (19 con remisión a “Fibrica Constructora SCA c/Com. Mixta Salto Grande”)²⁰, donde estableció expresamente la supremacía normativa de los tratados internacionales sobre las leyes internas, anticipándose con argumentos que acogerían los constituyentes al incorporar, con carácter de jerarquía constitucional, dos declaraciones y nueve tratados internacionales en materia de derechos humanos, renovando el concepto piramidal de Kelsen.

Así se inició el nuevo siglo con nuevas concepciones respecto a las garantías individuales de las personas físicas que se convirtió en destinatario central de las demandas efectivas y de carácter operativo en cuanto a su vigencia bajo un nuevo modelo de responsabilidad efectiva del Estado argentino ante un eventual incumplimiento de las cláusulas convencionales.

Aunque, es dable reconocerlo, la integración del tribunal cimero al fin de la década del siglo XX había iniciado el camino en los autos “Girolodi, Horacio”²¹ en orden a la adecuada interpretación de la controvertida frase “en las condiciones de su vigencia” señalando que se trataba “tal como ella efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

En dicho fallo se dictaminaba que la jurisprudencia de la Corte Interamericana “debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (arts. 75.22., 62 y 64 CADH y 2 Ley 23054).

Novedosa doctrina que se extendió con generosidad a las opiniones de la Comisión Interamericana, en “Bramajo”²² como guías de interpretación de las cláusulas convencionales en todo lo relativo a la aplicación e interpretación de la Convención Americana de DDHH.

Pero, es en nuestra centuria cuando se fortalecen los derechos y libertades ciudadanas al quedar reconocidos por vía hermenéutica diversos principios conocidos como “pro homine” “pro libertatis” y “pro actione”, a la par que se ha resguardado algunos de los aspectos esenciales del derecho internacional que antes había sido soslayado por los magistrados constitucionales.

Como se observará, la mayoría de los fallos del tribunal constitucional durante la primera década resultaran provechosos para la finalidad que debe tener un orden

¹⁹ Fallos 317:1282.

²⁰ Fallos 316:1669.

²¹ Fallos 318:514.

²² Fallos 319:1840.

jurídico determinado que no es otro que el de proporcionar garantías efectivas para la protección de derechos civiles o económicos sociales a sus destinatarios.

La Corte Suprema ha respetado sin vacilaciones las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana cuando esos órganos supranacionales se pronunciaron respecto a reclamos legítimos de demandantes de justicia.

Dicho panorama –con la excepción de “Cantos, José” y cuya doctrina resume el título de esta ponencia–²³ se consolidó a través de la doctrina emitida en “Espósito Miguel Angel”²⁴ donde la Corte asumió una loable función de coordinar y aceptar los argumentos de un tribunal regional especializado en la defensa de la dignidad humana en todas sus variedades.

Basta remitirse a la lectura del decisorio mentado cuando se afirmó: “...que las decisiones de la Corte Interamericana resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (artículo 68.1. CADH), por lo cual debía subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional”. Ello, en razón de la declaración de responsabilidad internacional para nuestro país por retardo de justicia en el caso “Bulacio vs. Argentina”.²⁵

Por consiguiente, la justicia constitucional argentina supo coordinar sus fallos a un moderno sistema integrado de operatividad de derechos fundamentales cuando el sistema argentino no pudo resolver situaciones conflictivas ante reclamos de equidad. Dicho aserto, ha sido mayor en materia de reivindicaciones ante la vulneración a principios éticos y materiales en los delitos aberrantes cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983).

Prueba lo expuesto, el fundado fallo en “Mazzeo, Julio Lilo”,²⁶ cuyo párrafo me interesa destacar: “...que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Westfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años... y agregó “la consagración positiva del Derecho de Gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido dentro de ese proceso evolutivo como *ius cogens*.”²⁷

En este panorama del incipiente siglo XXI, el control de constitucionalidad cuya tarea por tradición jurídica ejercen los miembros del poder judicial para garantizar el

²³ Fallos 326:2968 La Corte desestimó la presentación del Procurador del Tesoro para que se diera cumplimiento a una sentencia de la Corte IDH por considerar que el Estado Nacional violó normas de la CADH.

²⁴ Fallos 327:5668.

²⁵ Corte IDH, “Caso Bulacio” sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18/09/2003, serie C, n° 100.

²⁶ Fallos 330:3248.

²⁷ (Cons. 15, citado en DDHH en la jurisprudencia de la CSJN. Rossatti Horacio. Ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 76/77.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

principio de supremacía de la ley fundamental (Constitución Nacional),²⁸ se ha mostrado renovado ante situaciones conflictivas de distintas naturalezas relacionadas no sólo con violaciones a los derechos civiles sino también de contenido social.

Precisamente, el concepto de control de Convencionalidad irradia un marco de complementación y hasta superación a la supremacía normativa que tiene como base la Constitución Nacional.²⁹

La existencia de un nuevo orden supranacional generaba renovadas esperanzas para la defensa de la integridad de la persona humana dado que las convenciones internacionales tienen, por su esencia, el mayor respeto de la dignidad mediante los derechos explícitos e implícitos que todo individuo puede reclamar; por lo cual, justificó un apoyo indiscutido.

La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando afirmó “que la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente compromete su responsabilidad internacional”,³⁰ desde ya, causaría opiniones divergentes en muchos países, pero, en nuestra historia argentina, permitió que los crímenes de lesa humanidad no quedaran en la impunidad como sucedió en “Aranibia Clavel”.³¹ (Fallos 327:3294)

La dinámica de las sociedades en esta segunda década caracterizada por una mayor amplitud de la revolución tecnológica, la información y el olvido al instante, la interrelación entre poderes financieros y mercados de capitales que provocan crisis sistémicas en los países subdesarrollados, hace recomendable la profundización del control de convencionalidad.

Recordemos que dicha doctrina se consolidó en la afirmación incisiva de la Corte IDH, en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” cuando sostuvo: “El poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas interna que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.³²

Concordantemente a dicha formulación doctrinaria, el Tribunal Constitucional argentino aplicó esa recomendación en el caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248, antes

²⁸ El control de constitucional fue una creación pretoriana en 1804, a partir del leading case “Marbury v. Madison”, cuyo voto central fue de John Marshall, para evitar el abuso o exceso de poder ejercido por el Congreso y las mayorías discrecionales.

²⁹ Sagüés Pedro, Teoría de la Constitución. Ed. Astrea. 2001, p. 281.

³⁰ CIDH, caso “Barrios Altos”, Cons. 41, serie C. n° 75, 2001; ídem “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de fondo, serie C, n° 4, año 1988.

³¹ Fallos 327:3294 La Corte en mayoría dijo: “...que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la CN (Cons. 16)”.

³² Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia...26/09/2006, Serie C.n° 154.

citado), y en el Considerando 36, afirmó que el principio *ne bis in ídem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la CADH, no es un derecho absoluto y, por lo tanto, no resulta aplicable cuando: "...no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta".

Sin embargo, el juez Fayt indicó en dicho fallo que: "los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente... a fin de conjurar que el enfoque inevitable y difuso y artificioso del Derecho Penal Internacional conduzca a la destrucción de aquéllos".

Por lo tanto, las citas sucintas de las transcripciones realizadas, ha tenido el propósito de analizar si dicho control de convencionalidad cuya base procesal ejerce la Corte IDH, en el caso de que una ley nacional (Constitución o leyes comunes), actos administrativos, jurisprudencia etc. fuere incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos u otros tratados aplicables mediante el examen de confrontación normativo, ha llegado a su fin para proteger la persona humana.

Aunque se ha enfocado para esta reflexión los casos más conocidos relacionados con delitos aberrantes para abordar dicho paradigma, no es menos cierto que otros derechos amparados por la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagrados en disposiciones constitucionales, para que dejen de ser interpretados como programáticos por los poderes públicos del Estado, requiere la reivindicación de todos esos derechos y libertades ante un órgano supranacional que se satisface mediante el control de convencionalidad.

Aún frente a posibles interpretaciones erróneas o ante la omisión flagrante de los tres poderes del Estado en resolver problemas que afecten al ser humano, se podrá acudir ante la Corte IDH para cumplir con el control de convencionalidad.

El concepto tradicional de soberanía absoluta ha cedido en este siglo a la idea de una mayor interrelación entre distintas naciones que necesiten complementarse entre sí fuere en materia económica o en aspectos culturales o de servicios.

La Unión Europea es un modelo central donde a pesar de historias, idiomas y religiones diversas han podido conciliar los intereses de naciones distintas. En ese continente, hasta tiene plena actividad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre todo donde coexiste la supremacía normativa de los Reglamentos dictados por las instituciones europeas –incluso por encima de las respectivas Constituciones nacionales– junto a las leyes nacionales y aquellas especiales que protegen al ser humano–.

De manera que, en la actualidad, la amplitud de derechos operativos no sólo requiere un control de constitucionalidad sino un examen constante en la interpretación normativa de las convenciones internacionales para su propio desarrollo evolutivo, en el marco de nuevas prerrogativas de género para los individuos discriminados o excluidos de la sociedad, o frente a la negación de la igualdad de género o la discriminación de ésta.

Es cierto que apuntalar la jurisprudencia de la Corte IDH y exhortar su carácter vinculante provoca resquemores sobre el principio de supremacía constitucional y el carácter fundante del poder constituyente, máxime que en las sociedades nacionales impera fuertes corrientes de nacionalismos deponentes.

No obstante, dichas fuerzas sociales enraizadas en una tradición común descripta por Jellinek como territorio, población y gobierno, a la hora de emigrar capitales hacia países desarrollados, radicarse en el exterior u obtener nuevas cartas de ciudadanía, comienza a declinar en tales defensas declarativas.

En definitiva, una Constitución es suprema porque organiza poderes republicanos, pero es material siempre dada la evolución de derechos individuales que requiere el desarrollo de una sociedad. Y en este sendero, la hermenéutica es una tarea judicial que muchas veces, sino en la mayoría, encuentra caminos sinuosos para el reconocimiento de derechos civiles y sociales en un ámbito nacional.

Frente a esta realidad, el derecho convencional y su control por un órgano supranacional cumple una labor más eficaz y esperanzadora de la dignidad de las personas. Y nada hay que temer respecto a los magistrados que interpretan los tratados internacionales de derechos humanos que no son nada más que hombres y mujeres que analizan las quejas de las víctimas antes que la suspicacia de los victimarios.

Reflexión final

El control de constitucionalidad fue necesario para imponer la vigencia de un orden normativo basado en la supremacía constitucional que pudiera controlar los abusos de poderes legitimados por circunstanciales mayorías legislativas o ejecutivas.

Está claro que, en el siglo XXI, existe una hacendosa legislación que procura orientar al cimero tribunal y a los jueces inferiores a la aplicación de las leyes con criterios de justicia y equidad antes que una interpretación formal o insensible a la dignidad de las personas.

Por eso, cuando la Corte Suprema de Justicia –en una nueva integración por los cambios políticos circunstanciales– dicta fallos con nuevas reservas o susceptibilidades respecto del carácter vinculante de las atribuciones de la Corte IDH, para interpretar y resolver situaciones objetivas sobre el alcance de los derechos fundamentales, el sustrato axiológico disminuye e impera el desconcierto que culmina en la inseguridad jurídica.³³

El tribunal constitucional, en el caso “Fontevicchia”, relata que la competencia de la Corte IDH no es una cuarta instancia y por ende carece de facultades para revocar sentencias de un órgano judicial nacional, con lo cual genera un grave retroceso en hacer efectivas las garantías convencionales detrás del argumento procesal que se invoca en su explicación.

³³ Caso Fontevicchia. Fallo 340:47, del 14/2/2017. La Corte sostuvo que la Corte IDH no puede revocar sentencia de un tribunal nacional.

El Poder Judicial, por ende, se enrola en un repliegue propio del período decimonónico al subsumirse a un poder político que se presenta con apariencia de liberal, pero de claras características aristocráticas que intenta disimular bajo el ropaje de un cambio de modos, estilos y trayectorias. Se trata que, subrepticamente, el retroceso pase más disimulado.

Las distintas responsabilidades que asume cada poder del Estado democrático tienen como misión esencial representar a la sociedad y asegurar al pueblo el bienestar económico y social para que ninguna restricción presupuestaria disminuya los derechos adquiridos.

Por consiguiente, la protección de los derechos fundamentales requiere, necesita y fecunda mediante el control de convencionalidad y pretender que llegue a su fin implica que se deban realizar nuevos esfuerzos doctrinarios y hermenéuticos para evitarlo, so pena de desbalancear el progreso y por omisión castigar a las clases sociales más pobres cuya voz silenciosa debería provocar el mayor ruido en la conciencia de la sociedad.

El derecho a la tutela judicial efectiva en la Argentina y la reforma constitucional de 1994. Trascendencia de los tratados internacionales

Juan Eduardo Fentanes¹

I. Introducción

En tiempos en los que contemplamos diariamente en los medios de comunicación masiva una multiplicidad de reclamos de justicia por parte de una ciudadanía que se muestra impotente frente a una aparente anomia, entendemos pertinente efectuar un aporte a la discusión académica, que tiene por objeto destacar el rol de la tutela judicial efectiva como una de las principales columnas sobre las que se asienta el estado democrático de derecho, a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos.

La tutela jurisdiccional constituye un pilar esencial sobre el cual se asienta el sistema republicano de gobierno. Independientemente de los debates doctrinarios que puedan plantearse respecto de su naturaleza jurídica— la tutela como mecanismo o la tutela como derecho fundamental—, entendemos que una República que no garantiza a sus ciudadanos una efectiva accesibilidad al sistema jurisdiccional está profundamente desnaturalizada en su sentido originario.

El Poder Judicial es el ámbito por excelencia donde el ciudadano debe encontrar respuesta ante acciones u omisiones estatales o bien ante los diferendos que se suscitan entre los conciudadanos. Si el acceso a esa respuesta no encuentra traba alguna, y se la obtiene en forma rápida, mediante el dictado de resolución fundada emitida por operadores judiciales independientes e imparciales— la plena vigencia de las garantías constitucionales estará asegurada. De lo contrario, estaremos ante un sistema republicano imperfecto, donde quizás el ejecutivo y los legisladores puedan ser elegidos en las urnas, pero donde los derechos fundamentales no son respetados acabadamente y lo que reviste mayor gravedad institucional, no se encuentra asegu-

¹ Abogado (UM), Especialista para la Magistratura Judicial (UNSAM), Posgrado en Derecho Constitucional para la Integración Judicial (UBA), Prosecretario Administrativo en la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, Coordinador Académico de la Universidad de Morón, profesor de las materias Derecho Constitucional, Derecho de la Integración, Derecho Administrativo, Derecho Ambiental e Historia del Derecho de las Universidades Nacionales de Lomas de Zamora y de Buenos Aires; Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Universidad Atlántida Argentina y Universidad de Morón. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

rada la accesibilidad al poder judicial, órgano del estado que precisamente se encarga de remediar dicho incumplimiento.

La democracia es más que un proceso eleccionario, y tiene que ser capaz de generar las condiciones necesarias de desarrollo para combatir la pobreza, la marginalidad, el empleo precario, el desempleo, la inequidad distributiva y la inseguridad ciudadana. En ese marco, el acceso a la justicia adquiere una relevancia trascendental, toda vez que en la medida que no esté garantizada la apertura de la puerta de ingreso al sistema judicial para el conjunto de la ciudadanía— en particular para aquellos sectores más vulnerables de la sociedad— la gobernabilidad democrática se tornará ilusoria.

La totalidad de los derechos reconocidos en la norma fundamental no tendrían sentido, si la tutela jurisdiccional no es efectiva, desmoronándose de ese modo en forma escandalosa los valores, principios y objetivos sobre los que se asienta el sistema republicano.

En tal orden de ideas, la perspectiva planteada por la Convención Nacional Constituyente de 1994, al incorporar Tratados Internacionales de Derechos Humanos al texto constitucional —cont. art. 75 inc. 22— marca un antes y un después en el derecho de acceso jurisdiccional en la República Argentina.

II. El acceso a la jurisdicción como derecho fundamental

En una primera aproximación podemos decir que el acceso a la justicia hace referencia a las posibilidades de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política, creencias religiosas, de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas. Su ámbito material de aplicación se delimita mediante el análisis del conjunto de derechos de los ciudadanos y la valoración de la naturaleza y extensión de la actividad pública y de los mecanismos o instrumentos jurídicos necesarios para garantizarlos. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ha sostenido que se trata más que de un derecho de acceso a los tribunales: es el acceso a un remedio eficaz para un problema tutelado por el derecho.²

El acceso a la jurisdicción es la garantía individual básica del sistema constitucional argentino, la posibilidad otorgada a todos los habitantes de demandar ante los tribunales judiciales, un derecho primordial que tutela a los justiciables, pilar central de todo el ordenamiento jurídico nacional sobre el cual reposan y en el cual se sostienen todas las demás garantías.

En la perspectiva aquí planteada, el derecho a la jurisdicción, resulta ineludiblemente un derecho fundamental e inviolable por parte de los poderes estatales. Estos a su vez no sólo tienen el deber de abstenerse de obstaculizar el acceso jurisdiccional, sino que tienen además la obligación de generar políticas públicas que faciliten la accesibilidad.

² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia”, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, Octubre de 2005.

El concepto de jurisdicción nace con la misma idea de Estado, de la mano de los teóricos clásicos del contractualismo (Hobbes, Locke y Rousseau), toda vez que la misma irrumpe con la delegación a un tercero que la comunidad efectúa de la capacidad para resolver en forma coactiva los conflictos que se suscitan individualmente en la vida colectiva; tercero que actúa modo de organismo superior y distinto de las partes en conflicto, poniendo de ese modo un punto final a la disgregación y ebullición social que genera la defensa privada de los derechos.

Una vez que se asegura el acceso jurisdiccional, resultaría contradictorio que ese derecho de acceso no esté complementado por un derecho a la obtención de una respuesta adecuada y efectiva; por lo que el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción necesariamente incluye la accesibilidad propiamente dicha y una actividad jurisdiccional expeditiva que derive en una respuesta fundada y concreta al caso específico.

A mayor abundamiento, Osvaldo Gozaini con su sofisticada y acertada pluma sostiene al respecto que *“el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso”*.³

III. Multidimensionalidad y elementos constitutivos

La tutela judicial entonces para ser efectiva debe manifestarse en una triple dimensión temporal:

- **dimensión de acceso:** Comprende el derecho de accesibilidad jurisdiccional propiamente dicho, esto es, la posibilidad efectiva de litigar y ser parte en un proceso judicial.
- **dimensión de transcurso:** Es el momento inmediato posterior al uso de la facultad jurisdiccional. Implica la no obstaculización del desarrollo procesal con medidas denegatorias de justicia. Un proceso que ineludiblemente debe finalizar con una sentencia fundada y motivada sobre el fondo del asunto.
- **dimensión de ejecución:** Asimismo para que esa sentencia no devenga ilusoria, debe estar garantizado el cumplimiento de la misma. La dimensión ejecutoria perfecciona el derecho a la tutela. Toda afectación al cumplimiento de la resolución judicial afecta gravemente la seguridad jurídica, debilitando gravemente el funcionamiento del estado de derecho.

³ Gozaini Osvaldo Alfredo, “El debido proceso”, Rubinzal-Culzoni, 2004, Argentina.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

Las tres dimensiones deben ser lógicas y cronológicas, componiendo un conjunto dimensional jurídico que configura la estructura del derecho jurisdiccional.

El derecho a la tutela asimismo, posee dos elementos que lo caracterizan en forma específica:

- un elemento formal, conformado por la realidad de un proceso tutelar efectivo de los derechos y garantías constitucionales.
- un elemento sustancial, consistente en procurar la celeridad necesaria para que la respuesta jurisdiccional no sea extemporánea, y se torne ilusoria o de imposible cumplimiento.⁴

IV. Recepción normativa local. Derecho comparado

En el marco local, independientemente de la reforma de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –de lo que nos ocuparemos en el punto siguiente– corresponde destacar que a priori, de la Constitución Nacional no surge un reconocimiento explícito del derecho de acceso, no obstante lo cual, podemos afirmar con seguridad que la tutela judicial efectiva encuentra implícitamente su reconocimiento legal en el art. 18 de la Constitución Nacional, que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos: “*Ningún habitante de la Nación 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...*”; en el mismísimo preámbulo que sostiene de modo contundente el objetivo de “*afianzar la justicia*” y podemos referir también el artículo 109 que prohíbe expresamente al presidente de la República ejercer funciones judiciales, entendiendo que dicha prohibición implica la idea de que solo al Poder Judicial le cabe la facultad de administrar justicia. Tampoco debemos dejar de mencionar el art. 14, que reconoce el derecho de peticionar ante las autoridades, lo cual incluye lógicamente el derecho de peticionar ante los tribunales.

Cabe destacar también que algunas leyes nacionales en particular incluyen contenidos vinculados al derecho de acceso. Ejemplo de ello resultan ser la Ley 25.675 de Presupuestos Mínimos en Materia Ambiental–consecuencia de lo dispuesto por el constituyente en el art. 41 de la Constitución Nacional –y la Ley de Defensa del Consumidor–. El art. 32 de la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales dice que “*El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*”. Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor Nro 24.240 con las reformas efectuadas en

⁴ Figueruelo Burrieza Angela, “El derecho a la tutela efectiva”, Editorial Tecnos, 1990, España.

el año 2014, instituye mecanismos de conciliación y arbitraje, creándose una justicia dedicada precisamente a estas cuestiones que aún no ha sido materializada.⁵

Por otro lado, si bien no resultan norma jurídica propiamente dicha —en todo caso podríamos considerarlas un supuesto de *soft law* o *derecho blando*—, respecto de la accesibilidad jurisdiccional de los sectores vulnerables, no podemos dejar de mencionar a las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008. Las reglas tienen por objetivo *garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial*.”⁶

Los artículos 3 y 4 de las Cien Reglas antedichas, consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La CSJN adhirió a las reglas precedentemente referidas mediante el dictado de la Acordada Nro 5/2009. Esta adhesión implica que dichas reglas “*deberán ser seguidas —en cuanto resulte procedente— como guía en los asuntos a que se refieren*”.⁷ También pueden servir como criterio para la interpretación y aplicación de otras normas procesales y vinculadas a la administración de justicia.

En materia de derecho comparado, un aporte interesante lo constituye el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del 4 de noviembre de 1950, que por su precisión y exactitud, resulta un buen ejemplo normativo para tener en cuenta en las discusiones de futuros procesos de reformas normativas a nivel local. En concreto dicho artículo consagra de modo expreso el derecho de las personas a que sus causas sean oídas en forma equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. Dispone además el pronunciamiento público de la sentencia, la presunción de inocencia y la estipulación de una serie de derechos como el trascendente derecho del imputado a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa, entre otros.⁸ Resulta interesante recordar que los procesos constituyentes europeos posteriores el conflicto bélico mundial de 1939/1945 introdujeron como novedad el reconocimiento

⁵ CELS, Informe sobre Derechos Humanos en la Argentina, Capítulo 9, 2016: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/12/IA2016-09-acceso-a-la-justicia.pdf>

⁶ www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

⁷ https://www.mpdefensa.gob.ar/attachments/1162_Acordada%205%20-%20CSJN.pdf

⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

expreso del derecho jurisdiccional, siendo claros ejemplos de ello la Constitución Italiana de 1947 (art. 24: “*Todos pueden acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en todo tipo de proceso y en todas las fases del mismo. Se garantizarán los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción, mediante las instituciones apropiadas, a quienes no posean recursos económicos. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales*”); la Constitución de la República Federal Alemana de 1949 (art. 19 inciso 4º: *Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios*) y la Constitución Española de 1978 (art. 24: “*1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”).

La referencia a las normas internacionales en la materia la efectuamos no solo a título ilustrativo y comparativo sino en función de lo que entendemos es un proceso claro de mundialización de las fuentes jurídicas utilizadas en las decisiones más trascendentes sobre temas de derecho en general. Dicho proceso, consecuencia lógica de la Reforma de la Constitución de 1994 y también de un proceso mundial globalizador del cuál el derecho no está exento, comienza a visualizarse en la jurisprudencia local cada vez más fuertemente. Se trata de una tendencia irrefrenable, que consideramos sumamente saludable a mérito de la construcción de un estado social y democrático de derecho en la Argentina, donde la tutela judicial sea lo más abarcadora posible de los tantas situaciones de desamparo del ciudadano-administrado. Ejemplo cabal de este proceso integrador resulta el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Arisnabarreta*” en el cual un escribano reclamaba la reparación por daños y perjuicios en virtud del exceso de demora para tramitar un juicio penal en el que finalmente resultó sobreesido. La Corte concluyó que se había configurado un supuesto de prestación deficiente del servicio de justicia. En su voto, el Dr. Ricardo Lorenzetti se apoya precisamente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹

V. La reforma de 1994 y la importancia de la incorporación con rango constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La reforma de 1994 entre otras cosas, puso fin a un largo debate doctrinario y heterogénea jurisprudencia, en cuanto a la posición de nuestro país en lo que se refiere a la solución de los problemas de incorporación —o no— de las normas de derecho internacional al ordenamiento interno y la jerarquía —según el caso— que estas tengan.

⁹ Fallos 332:2159.

Recordemos que antes de la reforma, nuestro ordenamiento jurídico se encontraba claramente enrolado dentro de la corriente dualista del derecho, que entendía que las normas de derecho interno y las de derecho internacional componían sistemas jurídicos diferenciados, compartimientos estancos sin vinculación alguna; ello sin perjuicio de destacar una jurisprudencia de la CSJN que fue evolucionando del dualismo a un posicionamiento monista. Es precisamente esta evolución jurisprudencial del alto Tribunal argentino que constituyó el precedente para que los convencionales constituyentes de 1994 decidieran definir esta cuestión de manera contundente.

El constituyente ha querido ser claro y sin medias tintas al desarrollar el artículo 75 –inciso 22– el cual en su texto dice que corresponde al Congreso de la Nación:

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

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos [1]; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo [2]; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; [3] la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [4]; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [5]; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [6]; la Convención sobre los Derechos del Niño [7]; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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

Es decir, que a partir de la reforma, ya no hay discusión en si debe prevalecer el derecho internacional por sobre el nacional o viceversa. No cabe la menor duda que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se encuentran ubicados a la par de nuestra norma fundamental; y los restantes tratados tienen jerarquía superior a las leyes, transformando la famosa pirámide de Kelsen en un trapecio normativo.

En lo que aquí nos interesa, este reconocimiento constitucional a las convenciones y tratados enumerados en el segundo párrafo del artículo en análisis, marca un giro trascendental en cuanto al derecho al acceso a la justicia; pasando de un escenario en el cual el mismo tenía implícitamente sustento como bien hemos referido *ut supra*, en algunos artículos de la Constitución anterior a 1994 (arts. 14, 18, 109) a uno en el que además de dichos artículos, se incorporan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que de manera muy concreta desarrollan el derecho a la tutela judicial efectiva, otorgándole al mismo una jerarquía constitucional reforzada.

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

La decisión tomada por los constituyentes de 1994 implica un reconocimiento más sólido y contundente al derecho de acceso, que consecuentemente nos dirección a una interesante y nutrida normativa internacional que llega en 1994 para enriquecer la vigencia del acceso a la justicia en la Argentina, por ejemplo:

- Artículos XVIII y XXXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*”. “*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta resolución*”.
- Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por ley*”. “*Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”.
- Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas y garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. “*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y; c) a garantizar el cumplimiento, por la autoridades competentes, de toda decisión que en que se haya estimado procedente el recurso*”.
- Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político: “*Toda las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, dependiente e imparcial, establecido por ley [...]*”.

Las normas internacionales de derechos humanos referidas precedentemente positivizan en el ordenamiento legal interno un derecho de acceso a la justicia amplio, completo, concreto e innegable, que de no ser respetado acabadamente por el Estado Argentino, puede traer aparejada responsabilidad internacional.

El conjunto de estas disposiciones internacionales reconocidas relativas a la tutela judicial efectiva, tiene por objeto asegurar que la justicia abarque a todas las personas en condiciones de igualdad ante los órganos judiciales sin distinción de fueros. Esto implica que, por ejemplo, tanto quien se encuentra acusado penalmente de la comisión de un delito o quien ha visto violentado su derecho a la propiedad o incluso ha sido afectado patrimonialmente por una decisión estatal arbitraria, podrá acudir libremente a la justicia a exigir a la misma que le brinde una respuesta jurisdiccional adecuada, desarrollada por un magistrado independiente.

Las Naciones Unidas ha expresado, que esencialmente la finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial.¹⁰

En efecto, el citado organismo considera también que sería útil que los Estados Partes proporcionaran en sus futuros informes datos más detallados sobre las medidas adoptadas para garantizar que establezca por ley y se observe en la práctica la igualdad entre los tribunales, incluido el acceso igual a estos, la audiencia pública y con las debidas garantías y la competencia, imparcialidad e independencia de la magistratura. En especial, los Estados Partes deberían especificar los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo.¹¹

Como podemos advertir, el derecho a la tutela judicial efectiva resulta de singular trascendencia, y tal es la importancia que le asignan los diferentes tratados internacionales de derechos humanos. Es que de alguna manera, el derecho de acceso a los tribunales resulta al fin de cuentas una especie de derecho de oro, el cual de no ser debidamente respetado, pone en crisis, como bien lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, a todo el sistema jurídico y al Estado Democrático de Derecho.

Conclusión

Los Pactos Internacionales de derechos humanos que nuestros constituyentes inteligentemente incorporaron en 1994, establecen obligaciones concretas para los Estados Nacionales en todo lo referente a la tutela judicial efectiva. Esta decisión invita a que los mismos de alguna manera elaboren una nueva concepción de acceso al órgano

¹⁰ <http://www.hchr.org.co/documentos/informes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2013%20Art.%2014%20PDCP.html>

¹¹ <http://www.hchr.org.co/documentos/informes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2013%20Art.%2014%20PDCP.html>

VIII. Pactos Nacionales e Internacionales y la justicia constitucional

judicial, equiparando al mismo a la prestación de un servicio público con todo lo que eso implica. El incumplimiento por parte de los Estados traerá aparejada la responsabilidad internacional y la consecuente obligación de articular los medios y mecanismos para maximizar la calidad del servicio de justicia y de accesibilidad al mismo.

Un estado democrático de derecho indudablemente deberá poner en el centro de su interés a los Derechos Humanos, y en el amplio campo que estos abarcan, el derecho a la tutela judicial efectiva constituye desde luego un derecho humano privilegiado por excelencia, cuyos inobservancia pone en peligro la efectiva vigencia de todos los demás derechos. El acceso a la justicia debe ser irrestricto y amplio, es decir, que debe implicar además del acceso propiamente dicho, celeridad y respuesta jurisdiccional adecuada.

Bibliografía

- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, “*Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*”, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, octubre de 2005.
- Gozaini Osvaldo Alfredo, “El debido proceso”, Rubinzal-Culzoni, 2004, Argentina.
- CELS, Informe sobre Derechos Humanos en la Argentina, Capítulo 9, 2016: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/12/IA2016-09-acceso-a-la-justicia.pdf>
- Canosa, Armando, “Los denominados pactos internacionales y su influencia sobre la habilitación de la instancia en el derecho nacional.” <http://cpcen.org.ar/Pdf/cursos/28sep2010/CANOSA%20ARTICULO.pdf>
- De la Oliva Santos Andrés, “Sistema de la Tutela Judicial Efectiva”, Centro de Estudios Financieros, España, 2014.
- Esperanza, Silvia (coord), “Tutela Judicial Efectiva”, Centro de Estudios Procesales, Argentina, 2011.
- Valenzuela Serrano Angel, “Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, Editorial Círculo Rojo, España, 2016.
- Tawil, Guido S., Administración y Justicia, Buenos Aires, Depalma, 1993.

