



dhes

RED DERECHOS HUMANOS
Y EDUCACIÓN SUPERIOR

PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS

Programa financiado por
la Comisión Europea



Programa coordinado por



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona



Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual

© 2013 - dhés. Red de Derechos Humanos y Educación Superior

Coordinadores:

George Rodrigo Bandeira Galindo

René Urueña

Aida Torres Pérez

Diseño portada y contraportada: Xavier Pedrós

Diseño interior y paginación: EDO-SERVEIS <http://edo.uab.cat/edo-serveis>

Anna Díaz Vicario y Joaquín Gairín Sallán

ISBN: 978-84-697-0063-1



PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS

Manual

Coordinadores

George Rodrigo Bandeira Galindo

René Urueña

Aida Torres Pérez

BREVE RESEÑA CURRICULAR DE LOS AUTORES

Felipe ARIAS OSPINA. Abogado y Candidato Magister en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Actualmente es Coordinador de la Relatoría Globalización Poder y Derecho en la Universidad de los Andes, y adelanta investigaciones sobre Derecho Internacional Económico y Derechos Humanos.

Renata BREGAGLIO LAZARTE. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magíster en Derechos Humanos por dicha casa de estudios. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente se encuentra desarrollando el doctorado en Derecho en la PUCP. Se ha desempeñado como abogada en organizaciones de sociedad civil encargadas de la promoción de derechos humanos, y como comisionada de la Adjuntía de Derechos Humanos y Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo. Actualmente es coordinadora académica del IDHEPUCP y docente del Departamento de Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP.

Laurence BURGORGUE-LARSEN. Catedrática de Derecho público en la Escuela de la Sorbona (Paris I-Panthéon Sorbonne, Francia), Vice-Directora del IREDIES (Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne) y miembro del GEDILAS (Groupe d'Etudes en droit international et Latino-américain de la Sorbonne).

George Rodrigo Bandeira GALINDO. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia y Profesor de Derecho Internacional Público en la misma institución. Máster en Derecho, Universidad de Brasilia. Doctor en Relaciones Internacionales, Universidad de Brasilia. Estudios Postdoctorales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Helsinki. Sus principales líneas de investigación: derecho internacional público; protección internacional de los derechos humanos; teoría e historia del derecho internacional; relaciones entre derecho internacional y derecho interno; derecho constitucional.

Juliana GALINDO VILLARREAL. Abogada y Politóloga de la Universidad de los Andes, especialista en Derechos Humanos y DIH de la Universidad Externado de Colombia. Asesora jurídica del Ministerio del Trabajo Colombia y tutora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, enfocada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con énfasis en el Sistema Interamericano y justicia transicional.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y por la Università degli Studi di Pisa (2003) con una tesis titulada "Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional" (Tirant Lo Blanch, 2004). Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid, donde ha desarrollado su actividad docente desde el año 2000, en la actualidad presta servicios como Letrada en el Tribunal Constitucional de España. Sus líneas de investigación se centran en el estudio de las relaciones interordinamentales (sistema de fuentes), los derechos sociales, el estatuto jurídico de los inmigrantes y el Tribunal Constitucional.

Luis María LÓPEZ GUERRA. Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 2008. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Fue Magistrado del Tribunal Constitucional español (1986-1995), Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial (1996-2001) y Secretario de Estado de Justicia (2004-2007).

Antonio MAUÉS. Profesor Asociado de la Universidad Federal de Pará. Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pará (2002-2006). Investigador del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. Miembro del Comité Asesor del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo. Máster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro. Autor de libros y artículos sobre derecho constitucional y derechos humanos.

Carmen MONTESINOS PADILLA. Doctoranda del programa general de Derecho (tutela multinivel de los derechos humanos) y becaria de colaboración en el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid desde enero de 2011. Becaria de formación jurídica relacionada con doctrina constitucional del Tribunal Constitucional de España desde octubre de 2012. Ha coordinado distintos Seminarios organizados por el referido Instituto y entre sus principales líneas de investigación destacan: derechos e integración de los inmigrantes, derecho de libertad religiosa, garantías nacionales e internacionales de los derechos humanos.

Nicolás MONTOYA CÉSPEDES. Candidato a Doctor en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne, y miembro del Grupo de Estudios de Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona (GEDILAS) del Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne. Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia) y Máster en Derecho Europeo de la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Líneas de investigación: Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario.

Marcelo NEVES. Doctor en derecho por la Universidad de Bremen. Estudios posdoctorales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Frankfurt y en el Departamento de Derecho de la London School of Economics and Political Science. Habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza. Actualmente es Profesor Titular de Derecho Público en la Universidad de Brasíla – UnB y Editor de la Revista Direito UnB. Sus principales líneas de investigación son: Transformaciones del derecho en la modernidad: órdenes jurídicos transnacionales y Estado y derecho en la modernidad central y periférica.

Felipe PAREDES. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Austral de Chile y Máster avanzado en ciencias jurídicas y Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Ha sido profesor asistente de derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra y actualmente se desempeña como profesor titular de derecho constitucional en la Universidad Austral de Chile. Sus líneas de investigación son justicia constitucional y derechos fundamentales.

María Angélica PRADA. Asistente de investigación y Coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional en la Universidad de los Andes (Colombia), donde también es profesora de derecho internacional económico. Actualmente es investigadora del Proyecto "Red de Derecho Administrativo Global", financiado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo Internacional. Antes de unirse a la academia, María Angélica trabajó como pasante en la Oficina Jurídica Internacional del Ministerio de Comercio de Colombia.

Miguel RÁBAGO DORBECKER. Profesor del Departamento de Derecho Universidad Iberoamericana (México). Principales líneas de docencia: Teoría Crítica, Derechos Humanos, Derecho Internacional y Comparado. Líneas de investigación: Género, clase y etnicidad. Teoría (De)colonial de los Derechos Humanos, Sociología y Antropología jurídica en América Latina.

Alejandro SAIZ ARNAIZ. Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. La apertura del Derecho Constitucional a la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno de sus temas de investigación en los últimos años.

Fernando SILVA GARCÍA. Juez de distrito en México, autor del libro Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales (Porrúa, 2007), ha sido profesor visitante en la universidad Pompeu Fabra en donde impartió los cursos Derechos y Garantías y Jurisdicción Internacional.

René URUEÑA. Profesor Asociado y Director del Área de Derecho Internacional en la Universidad de Los Andes (Colombia). Es doctor en derecho (eximia cum laude) de la Universidad de Helsinki, LLM de la misma universidad y tiene un postgrado en economía de la Universidad de Los Andes. René escribe sobre derecho internacional y gobernanza global.

Aida TORRES PÉREZ. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. Doctora y Máster en Derecho por la Universidad de Yale (JSD 2006, LL.M 2002). Ha realizado estancias de investigación postdoctoral en el Instituto Universitario Europeo (Florencia 2009), la Universidad de Trento (2011), la Universidad de Maastricht (2012), y el Max Planck Institut (Heidelberg 2013). Ha publicado *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, 2009. Sus principales líneas de investigación son la protección de derechos fundamentales en Europa, el pluralismo constitucional y el diálogo judicial.

Enzamaría TRAMONTANA. Becaria Post-Doctoral en Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. M.Phil. en Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Liverpool. Doctora en Derecho Internacional y de la Unión Europea en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma "La Sapienza". Miembro del Comité de redacción de la revista *Diritti umani e diritto internazionale* (Bologna).

Nataly Viviana VARGAS GAMBOA. Licenciada en Derecho (UAJMS), Máster en "Democracia y Buen Gobierno" y "Análisis económico del derecho y las políticas públicas" (USAL). Candidata a Doctora (USAL). Ha publicado sola o en coautoría diversos capítulos de libro referidos a principios indígenas, problemas constitucionales, Comunidad Andina, derecho a la libre determinación, derecho al agua y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, todos ellos desde la perspectiva constitucional boliviana, realizando diferentes ponencias internacionales en relación a los temas mencionados.

ÍNDICE

Prólogo. Comité científico	11
---	-----------

I. La interpretación y protección de los derechos humanos en el marco multinivel15

1. ¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos	17
<i>René Urueña, Universidad de los Andes</i>	
2. La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española).....	47
<i>Alejandro Saiz Arnaiz, Universidad Pompeu Fabra</i>	

II. Perspectiva horizontal: sistema universal y regionales de protección de derechos89

3. Sistema universal de protección de derechos humanos.....	91
<i>Renata Bregaglio, Pontificia Universidad Católica del Perú</i>	
4. El sistema interamericano de derechos humanos	131
<i>Felipe Arias Ospina y Juliana Galindo Villareal, Universidad de los Andes</i>	
5. El sistema europeo de protección de derechos humanos.....	165
<i>Luis López Guerra, Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	
6. El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos	187
<i>Laurence Burgogue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, Universidad Paris I- Panthéon Sorbonne</i>	

III. Perspectiva vertical: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relación con los sistemas jurídicos de los Estados 211

7. Agotamiento de los recursos internos y otras exigencias de admisibilidad	213
<i>Itziar Gómez Fernández y Carmen Montesinos Padilla, Universidad Carlos III de Madrid</i>	
8. Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	241
<i>Fernando Silva, Juez federal de México</i>	

9. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... 255
George Rodrigo Bandeira Galindo, Universidade de Brasilia

10. Del diálogo entre las cortes supremas y la Corte Interamericana
 de Derechos Humanos al transconstitucionalismo en América Latina 275
Marcelo Neves, Universidade de Brasilia

11. Derecho a la vida y lo vivo como sujeto de derecho..... 303
Miguel Rábago, Universidad Iberoamericana

IV. Estudios de caso por país 327

12. Bolivia 329
Nataly Viviana Vargas Gamboa, Universidad Autónoma Juan Misael Saracho

13. Brasil..... 343
Antonio Maués, Universidade Federal do Pará y George Galindo, Universidade de Brasilia

14. Colombia 365
María Angélica Prada, Universidad de los Andes

15. Chile 393
Felipe Paredes, Universidad Austral de Chile

16. España 417
Aida Torres Pérez, Universidad Pompeu Fabra

17. Francia 435
Enzamaría Tramontana, Universidad de Palermo

18. Perú 449
Renata Bregaglio, Pontificia Universidad Católica del Perú

PRÓLOGO

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, han proliferado los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, se convirtió en fuente de inspiración para la conclusión de posteriores tratados y convenios de distinta naturaleza. En la actualidad, existen como mínimo tres esferas en las que se reconocen y protegen los derechos humanos a nivel nacional, supranacional e internacional. A la vez, no debe olvidarse que existe una creciente preocupación en relación con la aplicación de parámetros de derechos humanos a las actividades de actores privados en el ámbito global (*lex mercatoria, lex sportiva, etc.*).

La denominada protección multinivel de derechos humanos ha encontrado su mayor desarrollo en el contexto europeo. El progresivo fortalecimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950, por un lado, y la profundización de la integración y protección de derechos en el marco de la Unión Europea, por el otro, han contribuido a la conformación de un marco plural, multinivel, compuesto o en red. Son múltiples los esfuerzos doctrinales que se han desarrollado para conceptualizar la interacción entre los diversos ordenamientos parcialmente superpuestos.

Paralelamente, en América Latina, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está adquiriendo progresivamente un mayor protagonismo y capacidad de influencia a nivel interno. Mientras que el sistema multinivel de derechos posee un gran potencial para la promoción del respeto de los derechos humanos, también plantea nuevos retos. De manera creciente, algunos tribunales nacionales en la región parecen ser más reticentes a aceptar la jurisprudencia del Sistema Interamericano de manera acrítica. Por ejemplo, la innovadora jurisprudencia de la Corte Interamericana en casos relacionados con amnistías tiene muchos defensores, que la entienden como una garantía del derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos en la región. Sin embargo, tiene también detractores, que ven en esta línea de decisiones un reto para la incipiente consolidación democrática en la región, y una intromisión de un tribunal sin verdadera legitimidad democrática. Mal podríamos descartar

estas críticas como simples voces al servicio de los beneficiarios de las amnistías. Hay un debate importante de fondo que debe desarrollarse en la región. En este contexto, es imprescindible un estudio en profundidad de la interacción entre ordenamientos y tribunales en materia de derechos humanos.

Este Manual tiene como objeto el estudio de la protección multinivel de derechos humanos en América Latina desde una perspectiva comparada. Los contenidos se estructuran en cuatro grandes bloques. El primer bloque versa sobre *la interpretación y protección de los derechos humanos en el marco multinivel* y desarrolla un análisis conceptual de dos nociones clave: protección multinivel e interpretación de conformidad. El primer capítulo examina en qué medida puede trasladarse la noción de protección multinivel de derechos a América Latina. El segundo capítulo analiza la interpretación de los derechos constitucionales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos desde la experiencia española, cuya Constitución de 1978 acuñó la cláusula de interpretación conforme en su artículo 10.2. Diversas constituciones en América Latina han incorporado cláusulas similares, y de manera reciente la Constitución Federal mexicana en la reforma de 2011.

El segundo bloque, desde una perspectiva horizontal, contiene estudios sobre el *sistema internacional de protección de derechos humanos, el sistema interamericano y el sistema europeo*. La atención se centra en los mecanismos de garantía establecidos en cada ordenamiento. Se concluye con un capítulo sobre las relaciones recíprocas entre el sistema interamericano y el europeo.

El tercer bloque analiza el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relación con los sistemas jurídicos nacionales* desde una perspectiva vertical. Se examinan temas centrales para el sistema de protección de derechos, como son: el requisito de agotamiento de los recursos internos; las reparaciones a las víctimas; el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el diálogo judicial, y en concreto la protección del derecho a la vida desde la perspectiva multinivel.

Finalmente, el cuarto bloque adopta la perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales para estudiar la *recepción del derecho internacional de los derechos humanos* en diversos países: Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia y Perú. Se solicitó a los autores que los

estudios de caso siguieran la misma estructura de análisis, lo que facilita una lectura comparada.

El Manual es producto de la Red de Derechos Humanos en la Educación Superior (RedDHES), un proyecto ALFA financiado por la Unión Europea. Las Universidades que forman parte de la red son: Universidad Pompeu Fabra y Universidade Federal do Pará (coordinadoras), Universidad de los Andes, Universidad Austral de Chile, Universidade de Brasília, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Juan Misael Saracho, Paris I -Panthéon Sorbonne, Pontificia Universidad Católica del Perú, y Universidad Técnica de Ambato.

La RedDHES tiene como objetivo general la mejora de la calidad, pertinencia y accesibilidad de la educación superior en América Latina en materia de derechos humanos. Entre los objetivos más específicos se encuentra fomentar la cooperación entre Universidades europeas y latinoamericanas en el diseño e implementación de cursos con contenidos y metodologías basados en el desarrollo de competencias en materia de promoción de los derechos humanos. En concreto se han identificado tres ejes temáticos: protección multinivel de derechos humanos; igualdad y grupos vulnerables; y derechos humanos y políticas públicas. En relación con cada uno de estos temas, se elaborarán materiales didácticos de distinta naturaleza: *manuales*, que consisten en la exposición ordenada y sistemática de los contenidos referidos a cada materia; *guías de prácticas*, que incluyen textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, así como también casos prácticos con los que trabajar en clase; y *guías docentes*, que desarrollan cuestiones metodológicas, referidas a las competencias a desarrollar, a las actividades a realizar dentro y fuera del aula, y a los métodos de evaluación.

En julio de 2012 tuvo lugar en Lima el Taller de la RedDHES sobre “Protección multinivel de derechos humanos”, en el que se presentaron y debatieron los textos que se incluyen en el este Manual. Fue una ocasión magnífica para el intercambio de ideas y experiencias desde América Latina y Europa, cuyo producto final se expresa a través de este trabajo. El Comité científico desea agradecer la generosa contribución de los autores y otros participantes de las universidades de la Red. Así mismo, la colaboración de Diane Fromage y María Angélica Prada resultó invaluable. Sin ellas, este resultado no habría sido posible.

Comité Científico
15 de junio 2013

PRIMERA PARTE

**LA INTERPRETACIÓN Y
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL
MARCO MULTINIVEL**

1

¿PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA? OPORTUNIDADES, DESAFÍOS Y RIESGOS

René Urueña

Universidad de los Andes

Resumen

Este capítulo presenta una introducción al concepto de protección multinivel de los derechos humanos, ubicándolo en el mapa conceptual e ideológico del cual emerge y al cual reacciona. Así mismo presenta los riesgos que tal concepto implica, y las críticas a las que ha sido sujeto.

1. INTRODUCCIÓN

Este libro explora la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. Con el fin de establecer el escenario en el que se desarrollará la discusión, el presente capítulo presenta una introducción al concepto de protección multinivel, ubicándolo en el mapa conceptual e ideológico del cual emerge y al cual reacciona. Así mismo, este capítulo presenta los riesgos que tal concepto implica, y las críticas a las que ha sido sujeto.

Ahora bien, el estudio se centra en las oportunidades de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina, región que constituye el foco específico de nuestro interés. Por lo tanto, no se estudian aquí todos ni cada uno de los aspectos del debate teórico sobre tal forma de protección de derechos: de una parte, tal tarea excedería la ambición del presente escrito y, de otra, constituiría un ejercicio innecesario, pues numerosos aspectos del debate no son especialmente relevantes para nuestra región. Por el contrario, se procura aquí hacer especial énfasis en algunos de los desafíos que enfrenta la protección multinivel en América Latina los cuales, por variados motivos políticos, económicos y sociales, no revisten mayor importancia en otros contextos -como el europeo.

Para esos efectos, este capítulo presenta primero una introducción a la protección multinivel de los derechos humanos (sección 2), para luego explorar la aplicación de tal modelo a América Latina (sección 3). La cuarta y última sección explora entonces la pregunta central del escrito: ¿cómo empezar a pensar la protección multinivel de los derechos humanos en la región?

2. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué implica la protección multinivel de los derechos humanos? Una forma de entender el concepto es separarlo en sus dos dimensiones: de una parte, el problema de la gobernanza multinivel, y de otra, su aplicación a la protección de los derechos humanos.

La idea de “gobernanza multinivel” tiene su origen en los debates respecto a la integración europea en los primeros años de la década de los noventa¹. En términos generales, la idea surge como una reacción al paradigma dominante hasta ese momento, que explicaba la integración europea como un proceso en el que los protagonistas eran los gobiernos centrales de los Estados miembro (como Alemania o Francia). Contradiendo esta visión, el proceso de integración europeo parecía estar creando ciertos espacios en los que la misma materia se veía sujeta, de manera simultánea, a la regulación adoptada por instituciones del nivel sub-nacional (como una provincia o un municipio), nacional (como un ministerio) y aún supra-nacional (como la Comisión Europea)². Por tanto, si bien el gobierno central de los Estados miembros no desaparecía como actor del proyecto de gobernanza europeo³, la realidad es que existían muchos otros actores, que actuaban tanto al nivel nacional, como al nivel sub-nacional y al nivel supra-nacional. De allí que el europeo pudiera ser descrito como un modelo “multinivel”, pues estaba compuesto por gobiernos nacionales, pero también por instituciones que existían en un plano más allá del tradicional Estado- Nación.

¹ PIATTONI, S., “Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis”, *Journal of European Integration*, 31 No. 2, 2009, pp. 166 - 170.

² Para una introducción a este argumento, véase MARKS, G., HOOGHE, L. y BLANK, K., “European Integration Since the 1980’s: State-centric Versus Multi-level Governance”, *Journal of Common Market Studies*, 34 No. 3, 1996, pp. 341- 378.

³ HOOGHE, L. y MARKS, G., “Types of Multi-Level Governance”, *Social Science Research Network*, 5 No. 11, 2002, pp. 17- 31.

En la práctica, la idea de gobernanza multinivel tuvo un especial impacto en la denominada “política de cohesión” europea, que buscaba un desarrollo equilibrado entre las diferentes regiones del continente⁴, pues daba legitimidad a las entidades sub-nacionales de los Estados miembros (como una provincia) para dialogar directamente con las instituciones supra-nacionales, sin necesidad de consultarlo todo con su respectivo gobierno nacional⁵.

Más importante para nuestros fines, sin embargo, es que la idea ganó gran aceptación en los estudios de la integración europea⁶ y fue progresivamente adoptada por algunos académicos europeos para describir otros procesos en los que normas de diferentes niveles regulaban una misma área. Uno de estos casos son los derechos humanos⁷.

En Europa, los derechos humanos son protegidos en al menos cuatro niveles diferentes:

- Nivel sub-nacional: En algunos estados europeos, las unidades sub-nacionales pueden llegar a consagrar en sus órdenes jurídicos ciertos derechos humanos, los cuales pueden ser protegidos a ese nivel⁸. Sin embargo, a pesar de sus posibles implicaciones internacionales, es común encontrar que los derechos reconocidos en la esfera sub-estatal tengan una relación jerárquica con el orden constitucional nacional. Así, la discusión de la protección multinivel de los derechos humanos en tal caso se confunde con el estudio del derecho constitucional nacional del respectivo Estado⁹. Este capítulo no profundizará en tal análisis, y tomará como punto de partida el nivel nacional.

(Sigue en la página 20)

⁴ Véase MARKS, G. y HOOGHE, L., *Multi-level Governance and European Integration. Governance in Europe*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2001, pp. 81 - 104.

⁵ PIATTONI, "Multi-level Governance", p. 166.

⁶ Una buena introducción a los puntos centrales del debate se encuentra en BACHE, I. y FLINDERS, M.V., "Themes and Issues in Multi-level Governance", en BACHE, I. y FLINDERS, M.V. (eds.), *Multi-level Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁷ Véase, por ejemplo: TORRES PEREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 27 - 37. También: DI FEDERICO, G., "Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-level Protection After the Lisbon Treaty", en DI FEDERICO, G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Dordrecht, 2011.

⁸ Véase en APARICIO, M., CASTELLA ANDREU, J.M. y EXPÓSITO, E. (eds.), *Derechos y Libertades En Los Estados Compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005 los estudios de caso sobre Suiza (pp. 101), Austria (pp. 121), Alemania (pp. 145), Bélgica (pp. 167) e Italia (pp. 201).

Sobre el caso español, véase CANOSA, R., "La Declaración De Derechos En Los Nuevos Estatutos De Autonomía", *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007.

⁹ CASTELLA ANDREU, J.M., "Hacia Una Protección "Multinivel" De Los Derechos En España: El Reconocimiento De Derechos En Los Estatutos De Autonomía De Las Comunidades Autónomas", *Boletín Mexicano De Derecho Comparad*, 40 No. 120, 2007. Sobre la jerarquía normativa en el

- Nivel nacional: Las constituciones nacionales de cada Estado miembro incluyen en su articulado los derechos que el respectivo Estado-Nación quiera reconocer a sus ciudadanos y residentes.
- Nivel supranacional: Los derechos humanos son también protegidos por el derecho de Unión; inicialmente, mediante la expansión jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰ y actualmente mediante la Carta de Derechos Fundamentales¹¹. A este nivel, los instrumentos están dirigidos primordialmente a proteger los derechos humanos de violaciones por parte de la Unión Europea y sus órganos, así como de los Estados miembro, cuando los mismos apliquen el derecho de la Unión¹².
- Nivel internacional: Así mismo, los derechos humanos son protegidos mediante el sistema europeo de derechos humanos, creado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 en el marco del Consejo de Europa, cuya corte competente es la Corte Europea de Derechos Humanos, que es un tribunal internacional con funciones similares (en Europa) a las cumplidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³.

La protección multinivel de los derechos humanos en los variados regímenes jurídicos europeos presenta tantas oportunidades como desafíos. De una parte, resulta evidente que los diferentes niveles ofrecían la posibilidad de una mayor y más completa protección de los derechos humanos. No solamente se cuentan con las garantías constitucionales nacionales, sino también (si las mismas fallaban, y en virtud del principio de subsidiariedad) en el sistema internacional. Adicionalmente, la protección se ve complementada

caso alemán, véase HOFMANN, R., "Federalismo y Derechos En Alemania", en HOFMANN, R., et al. (eds.), *Estado Compuesto y Derechos De Los Ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, p. 13.

¹⁰ Para simplicidad, se usarán las denominaciones post – Lisboa. La expansión de los derechos en este contexto se hace clara a partir del caso Stauder (Tribunal de Justicia, Caso 29/69, *Stauder v. Ciudad de Ulm*, 1969 E.C.R. 419). Para una descripción crítica de esta expansión, véase WEILER, J. H. H., "Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities", *Washington Law Review*, 61, 1986. Continuando el argumento: WEILER, J. H. H., y LOCKHART, N., "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review*, No. 32, 1995.

¹¹ Diario Oficial Europeo, 2007/C 306/01. La Carta de Derechos Fundamentales es vinculante desde el 1 Diciembre de 2009, en virtud de la remisión del Artículo 1 (8) del Tratado de Lisboa, que enmendó el Artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Polonia y el Reino Unido celebraron un Protocolo en virtud del cual las cortes de esos estados, así como los tribunales comunitarios, no podrían encontrar que normas y actuaciones adoptadas u ocurridas en estos estados estarían en violación de la Carta. Adicionalmente, el Protocolo establece que el Título IV de la Carta, que crea derechos económicos y sociales, no crea derechos justiciables para los estados antes mencionados.

¹² Véase Carta de Derechos Fundamentales , Artículo 51 (1).

¹³ La Corte Europea de Derechos Humanos tiene su sede en Estrasburgo (Francia) y no debe ser confundida con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basado en Luxemburgo, que es el órgano judicial de la Unión Europea. Esta distinción es importante para nuestros efectos, pues

por el orden jurídico comunitario, el cual cuenta con efecto directo y supremacía en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros. No sorprende, entonces, que varios comentaristas europeos comenzaran a describir el sistema como un “constitucionalismo multinivel”¹⁴, el cual creían ver emerger del errático proceso de interacción entre las diferentes esferas de protección de derechos antes mencionadas.

3. ¿PROTECCIÓN MULTINIVEL EN AMÉRICA LATINA?

En este marco, cabe preguntarse sobre la relevancia del modelo para América Latina. ¿Puede hablarse de protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Por supuesto, existe protección al nivel nacional, dada en los Estados de la región por las respectivas constituciones nacionales. Existe, así mismo, protección internacional, otorgada por el Pacto de San José y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No existe, sin embargo, protección a nivel supra-nacional, como demuestran las experiencias del Mercosur y de la Comunidad Andina.

En efecto, a pesar de que desde 1992 se planteó la necesidad de una Carta de Derechos Humanos del Mercosur con la Declaración de Las Leñas, la misma no ha llegado a concretarse. Existen numerosos instrumentos de cooperación intergubernamental para la promoción de derechos humanos, así como instrumentos que protegen derechos específicos¹⁵. En especial, la firmó la Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) N° 40/04 creó la Reunión de Alta Autoridades en el área de Derechos Humanos (RAADDHH), un órgano subsidiario del CMC, que actúa en coordinación con el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), que ha servido como foro para interesantes desarrollos relacionados con derechos humanos en el marco del Mercosur.

En el seno de la RAADDHH se han desarrollado, por ejemplo, los denominados grupos técnicos, así como la “cláusula de derechos humanos”, consagrada en el Protocolo sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, que busca crear mecanismos

cada uno de estos tribunales es la corte con jurisdicción para uno de dos niveles distintos de protección de los derechos humanos: el supranacional (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y el internacional (la Corte Europea de Derechos Humanos).

¹⁴ Véase PERNICE, I., “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *Columbia Journal of European Law*, 15 No. 3, 2009, y literatura acompañando pie de página 2.

¹⁵ Para un resumen de los instrumentos, véase LUCAS GUARIN, A., “Derechos Humanos En Clave De Mercosur”, *Revista Brasileira De Direito Constitucional*, 15, 2010, pp. 32 - 37.

intergubernamentales de reacción ante violaciones graves de derechos humanos en alguno de los Estados miembro (con una estructura similar a la “cláusula democrática”, contenida en los Protocolos de Ushuaia – 1998- y Montevideo -o Ushuaia II, 2011). Con todo, todos estos instrumentos son esencialmente intergubernamentales, y no establecen un verdadero régimen comunitario de derechos humanos al interior del Mercosur, con efecto directo y supremacía sobre el orden jurídico nacional, tendiente a vincular tanto a la organización internacional como a los Estados miembros.

Algo similar ocurre con la Comunidad Andina. De una parte, la jurisprudencia andina no ha contribuido a la protección de los derechos humanos a nivel comunitario. Existe hasta el momento un único caso en el que el Tribunal Andino ha sido llamado a proteger los derechos humanos de abusos de la Comunidad como organización¹⁶. En este caso, una empleada del Parlamento Andino demandó a tal órgano por una disputa laboral, e invocó la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como algunas Convenciones de la OIT. El Tribunal Andino hizo caso omiso a sus argumentos, y dejó pasar la oportunidad de ampliar la protección de los derechos humanos por vía comunitaria: se declaró incompetente con base en el Estatuto General del Parlamento Andino, cuyo Artículo 154 dispone que los conflictos laborales se decidirán en el derecho del Estado Sede (en este, caso Colombia). Así, el conflicto debía ser resuelto por la jurisdicción interna colombiana.

Ahora bien: a diferencia de la situación en Mercosur, en la Comunidad sí existe una Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aprobada en el año 2002. Sin embargo, la misma es en realidad un acuerdo de los Estados miembro¹⁷, emitido a través del Consejo Presidencial Andino, que no constituye fuente de derecho comunitario en virtud del Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Adicionalmente, la misma Carta reconoce su carácter no-vinculante en su Artículo 96, según el cual su “carácter vinculante [...] será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno”.

¹⁶ Tribunal Andino de Justicia, Caso 56-DL-2001, Sentencia del 20 de febrero de 2002.

¹⁷ HUMMER, W. y FRISCHHUT, M., “Diferentes Concepciones De La Protección De Los Derechos Humanos En La Integración Europea y Latinoamericana: La “Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos” (2002)”, *Anuario Argentino De Derecho Internacional*, 13, 2004, pp. 93 - 94.

La Carta Andina constituye un instrumento de *soft law* de promoción de los derechos humanos, que no está diseñado para vincular a la Comunidad en la protección de los derechos humanos, ni a crear un régimen supranacional. De hecho, la Carta contenía originalmente lenguaje tendiente a crear mecanismos especiales de protección de carácter comunitario¹⁸ y debía ser concertada no sólo con los Estados miembro, sino también con la Comunidad como organización¹⁹. No obstante, tal aproximación fue posteriormente excluida en la última ronda de negociaciones²⁰. Tal decisión obedeció, de una parte, al escepticismo de la sociedad civil (representada por varias ONGs de derechos humanos) para quienes la creación de un sistema supra-nacional de derechos humanos era contraproducente, pues terminaría minando el trabajo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²¹. Por su parte, los Estados miembro tenían también sus reservas respecto a la creación de una nueva institución de derechos humanos²², mientras que el Tribunal Andino mostró escepticismo respecto a su propia capacidad de ejercer las funciones que le resultarían otorgadas²³. Frente a tales dudas, no es sorprendente que la propuesta de un verdadero régimen supra-nacional de protección de derechos humanos en la Carta Andina haya fracasado.

Como puede constatarse, no existe un nivel supra-nacional protección de los derechos humanos en América Latina. Algunos comentaristas han sugerido que este hecho es un problema de progreso y desarrollo: el proceso de integración latinoamericano es joven, sostienen, si se le da el suficiente tiempo, llegará la protección comunitaria²⁴. Esta idea es errónea, pues supone que existe una trayectoria única de desarrollo jurídico,

(Sigue en la página 24)

¹⁸ Véase SALMON, E., "La Carta Andina Para La Promoción De Los Derechos Humanos: Un Paso Hacia La Humanización Del Proceso De Integración Andina", en PUCP Instituto de Estudios Internacionales (eds.), *Derecho Comunitario Andino*, PUCP, Lima, 2003.

¹⁹ Véase HUMMER, W., "La Elaboración De Una Carta De Los Derechos Fundamentales Del MERCOSUR Desde Una Perspectiva Europea", *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, 15, 2009, p. 709.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Comisión Andina de Juristas, Informe sobre la Reunión del 18. 3. 2002 (Bogotá), p. 23. Citado en: HUMMER, W. y FRISCHHUT, M., "Diferentes Concepciones De La Protección De Los Derechos Humanos En La Integración Europea y Latinoamericana: La "Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos" (2002)", p. 78.

²² *Ibíd.*, p. 79.

²³ *Ibíd.*, pp. 75 - 79.

inspirada en el modelo europeo, en la cual existiría una “infancia” en la protección de los derechos humanos (la protección exclusivamente nacional), una “adolescencia” (la protección internacional) y una edad adulta (la protección supra-nacional), que a su vez llevaría un punto máximo de progreso: el constitucionalismo supranacional.

Narrativas de progreso de este tipo son altamente ideológicas pues, a pesar de su aparente objetividad, en realidad perpetúan el *status quo* al hacer que aquellos aún en la “infancia” dirijan sus energías a “crecer” en el camino apropiado, y no en desarrollar un modelo propio²⁵. La discusión de la doctrina de fuentes de derecho internacional es especialmente susceptible a ser capturada por ficciones de “progreso”²⁶: en la retórica de “decaimiento del Estado-Nación”, que es repetida sin cesar, las fuentes jurídicas internacionales y supra-nacionales son vistas en ocasiones como más avanzadas y progresistas, por el sólo hecho de tener su origen más allá de las fronteras del Estado-Nación. Sin embargo, como décadas de estudios críticos internacionales nos han mostrado, no hay en realidad nada inherentemente progresista (o “avanzado”) en el nivel supra-nacional o internacional, en sí mismos considerados: el orden internacional puede hacer tanto bien como daño; y puede contribuir a la justicia, como también puede convertirse en una herramienta de legitimación del abuso de los más débiles²⁷.

En este contexto, no es está predeterminado que el nivel de protección supra-nacional de los derechos humanos surja en América Latina —y no hay nada inherente lamentable en ese hecho. Así, es probable que lo que se define en este Manual como “protección multinivel de los derechos

²⁴ Por ejemplo, ver *Ibíd.*, p. 65.

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

²⁶ Por ejemplo, en el debate alrededor del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en los años 30, permitió la reconstrucción del derecho internacional mediante un interesante juego entre positivismo y naturalismo en el cual la idea de “progreso” fue central. Véase SKOUTERIS, T., *The Notion of Progress in International Law Discourse*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 93 - 155. Sugiriendo que la doctrina de fuentes no obedece únicamente a la narrativa de progreso, véase BANDEIRA GALINDO, G.R., “Progressing in International Law [Book Review]”, *Melbourne Journal of International Law*, 11 No. 2, 2010, pp. 523.

²⁷ Una visión de esta crítica con especial influencia puede encontrarse en KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2nd ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Siguiendo una línea similar, véase KENNEDY, D., *International Legal Structures*, Nomos: Baden-Baden, 1987. Para una introducción a esta crítica desde esta perspectiva del “tercer mundo”, véase CHIMNI, B S., “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review*, 8 No. 1, 2006. También: CHIMNI, B S., “Towards a Radical Third World Approach to Contemporary International Law”, *ICCPL*, 5 No. 2, 2002.

humanos" corresponda, en nuestra región, a nada más (y nada menos) que las herramientas, posibilidades y riesgos que ofrece la interacción entre los sistemas jurídicos nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo que resta del presente capítulo propondrá algunos modelos analíticos para pensar tal interacción, y los desafíos que los mismos imponen.

4. ¿CÓMO EMPEZAR A PENSAR LA INTERACCIÓN? UN PROBLEMA, DOS PERSPECTIVAS, VARIAS RESPUESTAS

La interacción entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos puede pensarse desde dos perspectivas diferentes: primero, una perspectiva nacional, en la cual la interacción se observa desde el derecho interno de uno a varios de los Estados de la región. Y segundo, una perspectiva global, en la cual la interacción se observa desde fuera del derecho nacional de los Estados de la región, y se adopta el punto de vista de un observador ajeno a ellos que bien podría ser llamado la "comunidad internacional", interesada no en el estado de derecho boliviano o paraguayo, por ejemplo, sino en el estado de derecho internacional.

La diferenciación entre nacional e internacional es artificial en la práctica. De una parte, es difícil trazar una línea clara entre lo nacional e internacional, especialmente en lo relacionado con la protección de los derechos humanos -tal es, precisamente, la lección central del presente Manual. Adicionalmente, hay un constante proceso de retroalimentación e interdependencia entre los dos niveles que hacen la distinción insostenible: es razonable creer que el estado de derecho internacional se construye a través del fortalecimiento del estado de derecho en los Estados de la región, o viceversa: que el estado de derecho de un Estado de la región se fortalece mediante el fortalecimiento de estado de derecho internacional²⁸. A pesar de lo anterior, la diferenciación es analíticamente útil, pues nos permite ver que, en realidad, hay dos grupos diferentes de preguntas que debemos hacernos cuando pensamos en la interacción entre los niveles nacionales e internacionales de protección en derechos humanos.

4.1. La perspectiva nacional

Si se considera esta interacción desde la perspectiva del derecho interno de los Estados de la región, el problema que enfrentamos en uno de integración de derecho internacional en el orden constitucional doméstico, un problema que ha sido objeto de análisis en otras

²⁸ Véase SLAUGHTER, A.-M. y BURKE-WHITE, W.W., "The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)", *Harvard International Law Journal*, 47 No. 2, 2006. En sentido similar, NOLLKAEMPER, A., "The Bifurcation of International Law: Two Futures for the International Rule of Law", *ACIL Research Paper*, No. 2011- 04, 2011.

jurisdicciones²⁹, e incipientemente en la región³⁰. ¿Cómo se integra el derecho internacional de los derechos humanos (sus tratados, las decisiones de las cortes internacionales, etc.) en el ordenamiento jurídico nacional? En este proceso, la integración nacional del derecho internacional de los derechos humanos ha jugado un papel de importancia,

Ahora bien: estas preguntas son tradicionalmente abordadas mediante una combinación de dos herramientas analíticas: (a) la diferenciación entre monismo y dualismo; y (b) una visión de forma piramidal (“kelseniana”, si se quiere) de las fuentes del sistema jurídico nacional.

En cuanto a la primera herramienta, la explicación estándar sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional consiste en diferenciar el “monismo”, en el cual los dos sistemas están integrados en un solo orden jurídico, del “dualismo”, en el que los dos regímenes pertenecen a universos normativos distintos³¹. Más que una variable dicotómica (monismo o dualismo), estos conceptos son dos extremos de un espectro continuo sobre el cual se ubican, en la práctica, la mayoría de los regímenes constitucionales nacionales. Así, como ocurre en la mayoría de América Latina, la Constitución de un Estado puede aplicar un modelo “monista” para las normas de internacionales de derechos humanos (al considerar que forman parte que forman parte del mismo orden normativo que sus normas nacionales), y aplicar un modelo “dualista” para otro tipo de normas (por ejemplo, los tratados de doble tributación).

La opción entre monismo y dualismo está, a su vez, correlacionada con el lugar que ocupan las normas internacionales en la pirámide normativa del sistema nacional³². Así, una Constitución que establezca un modelo dualista para ciertas normas internacionales implicará que las mismas

²⁹ Por ejemplo, MCLAUGHLIN, M., POWELL, S. y JUSTYNA, E., *Domestic Law Goes International: Legal Traditions and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

³⁰ Por ejemplo, ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho Internacional en la Justiciabilidad de los Derechos Sociales: El Caso de Latinoamérica”, en ARCIDÁCONO, P., ESPEJO, N. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (eds), *Derechos Sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores/LAEHR, Bogotá, 2010, p. 195.

³¹ Véase el capítulo de “fuentes” en cualquier libro de texto de derecho internacional público; por ejemplo, BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law* (7th ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008, p.31 – 35; SHAW, M. N., *International Law* (6th ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 121 - 124.

³² Véase VON BOGDANDY, A., “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 6 No. 3– 4, 2008.

no ocupan lugar alguno en las fuentes del derecho nacional, por lo que la norma internacional deberá ser implementada mediante un acto jurídico nacional (una ley del Congreso, por ejemplo, o un decreto presidencial) para que pueda ser aplicado por los jueces nacionales del respectivo Estado³³.

Por el contrario, un sistema monista respecto a ciertas normas internacionales (por ejemplo, los tratados de derechos humanos) implicará que los mismos sí se integran a las fuentes de derecho nacional del respectivo Estado. Restaría entonces preguntarse por el lugar específico que ocupan respecto a las otras fuentes jurídicas: si es superior o inferior a la Constitución, o a las leyes del Congreso, entre otros. ¿Tienen los tratados internacionales de derechos humanos rango constitucional o legal? ¿Supra-legal e infra-constitucional, tal vez?

A esta misma categoría analítica pertenece el debate respecto al denominado “bloque de constitucionalidad”, una doctrina que hace referencia en términos generales a un canon constitucional expandido que incluye normas no contempladas en el texto expreso de la Constitución escrita. Proveniente del derecho francés³⁴ y trasplantada a la región a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español³⁵, la noción ha servido en América Latina como marco conceptual para explicar la integración del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas constitucionales nacionales -una narrativa adoptada e impulsada por los altos tribunales en Argentina³⁶, Colombia³⁷, Perú³⁸ y Ecuador³⁹.

³³ BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, p. 32.

³⁴ La noción se remonta a 1971, con la decisión del Conseil Constitutionnel (Conseil Constitutionnel, Decisión 71-44 DC, 16 de julio de 1971, Liberté d'asociación, Rec. 29) en la que se declaró que el Preámbulo de la Constitución francesa de 1958 (que a su vez se refiere al Preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) formaba parte del canon constitucional francés. Lo anterior implicaba que la revisión constitucional del Conseil no sería llevada a cabo exclusivamente sobre la base de la Constitución de 1958, sino también en referencia a otros textos de rango constitucional. El compuesto de tal pluralidad de textos formarían “bloc de constitutionnalité” - una expresión acuñada originalmente en 1970 por Claude Emeri (EMERI, C., “Chronique Constitutionnelle Et Parlementaire Française - Vie Et Droit Parlementaire”, *Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et à L'étranger*, 3, 1970, p. 678.). La expresión fue entonces adoptada por Louis Favoreu, quien popularizó su uso actual (véase FAVORES, L., “Bloc De Constitutionnalité”, en DUHAMEL, O. Y MENY, Y. (eds.), *Dictionnaire Constitutionnel*, P.U.F, Paris, 1992, 87– 89.) Sobre la historia del concepto, véase DENIZEAU, C., *Existe-t-il Un Bloc De Constitutionnalité?*, L.G.D.J., Paris, 1997.

³⁵ El Tribunal Constitucional Español hizo referencia al concepto originalmente en 1982, en Decisión STC 10/82. Véase RUBIO LLORENTE, F., “El Bloque De Constitucionalidad”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, 9 no. 27, n.d.

³⁶ Véase Corte Suprema de Argentina, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, V. 856. XXXVIII, 9 Febrero 2004, paras. 5, 13, 39 and 57; Llerena, *Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-*, L. 486. XXXVI, Mayo 17 2005, paras. 7, 22, and 28; Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía

4.1.1. Oportunidades y desafíos de la protección multinivel desde la perspectiva interna

Ante la insuficiencia de la protección nacional de los derechos humanos en varios Estados de América Latina, bien sea por incompetencia o falta de voluntad de las autoridades, la perspectiva interna nos muestra como el modelo multinivel puede ser útil para ampliar el espectro de protección. De una parte, el nivel internacional (por ejemplo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) se convierte en una amenaza creíble para lograr que autoridades nacionales reticentes a proteger los derechos humanos: esta posibilidad de litigio internacional es un claro incentivo en el proceso de protección de los derechos humanos⁴⁰.

Así mismo, la perspectiva nacional nos permite ver que el efecto directo de los instrumentos internacionales mejora la posición de las cortes nacionales que buscan ejercer su jurisdicción en la protección de los derechos humanos. No solamente les da las normas jurídicas para hacerlo, sino también (y más importante) les permite invocar la legitimidad y autoridad normativa del derecho internacional para respaldar sus decisiones. Así, en una región como América Latina, donde los poderes ejecutivos son fuertes y las cortes son tradicionalmente débiles, la aplicación nacional del derecho internacional de los derechos humanos fortalece a las cortes nacionales, y las fortalece ante otras ramas del poder público⁴¹.

Finalmente, la integración nacional del derecho internacional de los derechos humanos transforma también el marco general de la movilización

-causa N° 120/02-, D. 81. XLI. Agosto 6 2006, opinión del Procurador, at 5.

³⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C- 488 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

³⁸ Véase Tribunal Constitucional del Perú, Decision 0047-2004-AI/TC (José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), par. 22; Decision Case 5854 -2005-AA/TC (Pedro Andrés Lizana Puelles), at par. 23; Decision 00007-2007-PI/TC (Colegio de Abogados del Callao), paras. 12-17; Decision 05427-2009-PC/TC (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva), para. 9.

³⁹ Véase RIOFRIO MARTINEZ-VILLALBA, J.C., "El Bloque De Constitucionalidad Pergeñado Por El Tribunal Constitucional", *Foro - Revista De Derecho*, 6, 2006.

⁴⁰ Véase SIMMONS, B. A., "Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics", Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁴¹ Para el mismo fenómeno en Israel, Véase BENVENISTI, E., "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", *American Journal of International Law*, No. 102, 2008. Para un argumento con estructura equivalente, en Colombia: SANCHEZ, B., "Cuando Los Derechos Son La Jaula: Transplante Rígido Del Soft Law Para La Gestión Del Desplazamiento Forzado", *Estudios Políticos*, 35, 2009.

social. Los movimientos sociales han encontrado en derecho internacional un instrumento para promover sus reivindicaciones. El trabajo de Rajagopal sobre movimientos sociales reveló patrones interesante en tal interacción⁴² y, en la América Latina, Lemaitre ha mostrado también que, el feminismo (o al menos una parte de éste), las minorías sexuales, así como los movimientos indígena y afro han enfocado parte importante de sus luchas a través del derecho internacional ante cortes nacionales⁴³. Los movimientos sociales cumplen una función hasta ahora sólo parcialmente explorada en América Latina como impulsores de decisiones del sistema interamericano, pero también como intérpretes de sus fallos e impulsores de los procesos de cumplimiento en el nivel local. En este sentido, los movimientos sociales se vuelven traductores: toman estándares jurídicos internacionales y los traducen para sus miembros locales, y toman problemas locales y los traducen para que puedan ser expresados en términos de estándares jurídicos internacionales. Profundizar en estas relaciones es una tarea pendiente y relevante a fin de obtener una mejor comprensión de los procesos de implementación de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericanas⁴⁴.

A pesar de estas importantes oportunidades, la perspectiva nacional de la protección multinivel de los derechos humanos también nos permite ver importantes retos. Un primer desafío deriva de la importancia que puede tomar el lenguaje de los derechos humanos para los movimientos sociales. Paradójicamente, la protección multinivel puede resultar en la desmovilización de la sociedad civil, más que en su empoderamiento. En efecto, el protagonismo exagerado de la protección internacional de los derechos humanos puede terminar desplazando otros mecanismos de movilización tendientes a transformar la sociedad – mecanismos que podrían ser más efectivos, o que podrían generar cambios más profundos en la sociedad. La protección nacional de los derechos humanos mediante la aplicación de instrumentos internacionales puede ser resultar positiva para un sector de la sociedad civil, pero su potencial para transformar las injustas estructuras económicas y sociales que caracterizan a varios países

⁴² Véase RAJAGOPAL, B., *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁴³ Véase LEMAITRE RIPOLL, J., *El Derecho Como Conjuro: Fetichismo Legal, Violencia y Movimientos Sociales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009.

⁴⁴ Véase MERRY, S.E., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

de América Latina es limitado. Así, el riesgo es que los movimientos sociales en la región dediquen su energía y limitados recursos de manera desproporcionada al litigio multinivel de derechos humanos, abandonando otros medios de presión más tradicionales, como el cabildeo, las opciones electorales tradicionales, etcétera.

Tres retos relacionados emergen de este desafío. En primer lugar, la protección multinivel de los derechos humanos puede ser elitista: se requiere educación jurídica, entrenamiento en las teorías, contactos internacionales para llevar a cabo diseñar estrategias de carácter multinivel. Sólo un segmento muy limitado de la población en América Latina tendrá la capacidad de llevar a cabo de manera exitosa esta estrategia. Por supuesto, es posible que aquellos dentro de ese segmento favorecido de la sociedad decidan actuar en busca del bien común; sin embargo, esta deseable actitud no cambia el hecho que esta estrategia de movilización social termina dándole más poder (que puede ser usado para bien) a quienes ya concentran, por su educación y contactos, las mejores oportunidades en la región – muchas veces, los abogados.

Íntimamente relacionado con lo anterior, la protección multinivel de los derechos humanos implica una redistribución de poder institucional al nivel nacional que debe ser considerada. El modelo de protección aquí discutido le da mayor poder a las cortes, y en especial a los jueces, en detrimento del poder de la rama legislativa y ejecutiva. Por supuesto, es posible estar de acuerdo con este efecto; sin embargo, es importante tener claro que esta dinámica no es neutra: hay aquí una efectiva redistribución del poder público. Igualmente, el modelo multinivel implica una cierta burocratización de la emancipación mediante los derechos humanos, en la que el activismo se convierte en audiencias, reuniones y cenas con funcionarios internacionales en Washington, Ginebra, Nueva York y San José⁴⁵. Esta estrategia transfiere poder a las burocracias internacionales de derechos humanos, las cuales adquieren la capacidad de examinar decisiones políticas nacionales, con un poder derivado esencialmente de su carácter de expertos en derechos humanos. Nuevamente, es posible estar de acuerdo con esta transferencia de poder, siempre y cuando se esté consciente que implica una decisión política⁴⁶.

⁴⁵ Véase también PETMAN, J., "Human Rights, Democracy and the Left", *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, 2, 2006.

⁴⁶ Sobre la burocratización de los derechos humanos y el rol de los expertos en este contexto, Véase URUENA, R., *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Martinus

Finalmente, la protección multinivel de los derechos humanos, por basarse en un discurso estrictamente jurídico, pareciera intentar “limpiar” de política conflictos sociales que son, en realidad, políticos por antonomasia⁴⁷. Una estrategia exitosa de activismo multinivel requerirá la simplificación de complejas situaciones sociales que ocurren en la realidad política de los Estados en la región, para que las mismas puedan ser expresadas en términos de violación/no violación de los derechos humanos. Este fenómeno es especialmente preocupante en lo que concierne a los derechos económicos y sociales, que implican importantes decisiones políticas de redistribución de recursos en una sociedad. ¿Deben los recursos de un Estado en América Latina estar destinados a salud, a educación, al sector justicia, o a defensa y seguridad? Por supuesto, la respuesta obvia es “a todos”; sin embargo, en un contexto de altísima escasez de recursos, será necesario priorizar. Y esta priorización no puede expresarse mediante la protección multinivel de los derechos humanos, la cual no habla el idioma de las políticas públicas, sino el de la ponderación de derechos. ¿Qué implicaciones tiene, en términos de redistribución nacional del ingreso, la protección multinivel del derecho a la salud, o del derecho a la educación?

Ninguno de estos desafíos menoscaba, de forma alguna, las oportunidades que una arquitectura multinivel abre para la protección de los derechos humanos en América Latina. No obstante, parece importante considerar tales desafíos, pues el riesgo mayor constituye en minar el régimen internacional de los derechos humanos al cargarlo con tareas que no puede desempeñar y promesas que no puede cumplir.

4.2. La perspectiva global

En complemento de la discusión anterior, y con el fin de pensar de manera sistemática la interacción entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos, resulta también útil adoptar una perspectiva *global*. En lugar de preguntarnos por el papel del derecho internacional en la protección nacional de los derechos humanos, la perspectiva global se preguntará por el papel de los sistemas jurídicos nacionales en la protección internacional de los derechos humanos. ¿Cómo pueden contribuir los sistemas jurídicos latinoamericanos a la causa de la justicia internacional?

Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, capítulo 2.

⁴⁷ Véase también KOSKENNIEMI, M., “Human Rights, Politics, and Love”, *Mennesker & Rettigheder*, No. 4, 2001.

Desde la aproximación más tradicional del derecho internacional, la respuesta es: nada. En efecto, para la visión clásica del derecho internacional, el derecho nacional es un simple hecho, el cual no puede ser considerado por los tribunales internacionales⁴⁸. Tal aproximación ha sido confirmada en numerosas decisiones judiciales internacionales, desde los más tempranos hitos de la disciplina como el Arbitraje del Alabama en 1898⁴⁹, pasando por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1925⁵⁰, y a través de reiterada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁵¹. Igualmente, la jurisprudencia del Órgano de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio ha confirmado el punto⁵², así como algunos tribunales arbitrales de inversión.

Esta aproximación tiene cierta lógica. La idea “fáctica” del derecho nacional es un requisito para la coherencia lógica del sistema jurídico internacional ya que, si se reconociera el carácter normativo del derecho nacional en el contexto internacional, se terminaría permitiendo a los Estados usar su propio derecho para invalidar sus obligaciones para con otros Estados, con lo cual se minaría la estabilidad de éstas últimas⁵⁴.

⁴⁸ Por ejemplo, BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, p 39.

⁴⁹ Véase Decision and Award, Made by the tribunal of arbitration constituted by virtue of the first article of the treaty concluded at Washington the 8th of May, 1871 between the United States of America and Her Majesty the Queen of the United Kingdom of Great Britain and Ireland (1862), en BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1898.

⁵⁰ Véase Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v Poland)(Merits), Ser. A, No. 7 PCIJ (1925), para. 52.

⁵¹ Véase Corte Internacional de Justicia, *Fisheries case*, ICJ Reports 116 (1951), p. 132; Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, ICJ Reports 4 (1955), pp. 20 - 21 (Véase también el salvamento de voto de Guggenheim, Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, dissenting opinión of M. Guggenheim Judge ad hoc, ICJ Reports 50 (1955), para. 4); Corte Internacional de Justicia, *Headquarters Agreement case*, ICJ Reports 12 (1988), p. 34 para. 57; Corte Internacional de Justicia, *LaGrand case*, Judgment, ICJ Reports 466 (2001), p. 485 para.52; Corte Internacional de Justicia, *Avena and Other Mexican Nationals*, Judgment, ICJ Reports 12 (2004), p. 30 para 28; Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute*, Judgment, ICJ Reports 90 (2005), para.28.

⁵² Véase, Organización Mundial del Comercio, AB Reporte del Grupo Especial, *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R (19 Diciembre 1997), para. 66; Organización Mundial del Comercio, Reporte del Grupo Especial, *United States—Sections 301 - 310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R (Diciembre 22, 1999), para. 7.18 Véase BHUIYAN, S., *National Law in WTO Law: Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 207 - 238.

⁵³ Véase, Cámara de Comercio de Estocolmo, SCC Case No 118/2001 *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Suecia) v Latvia (merits)* (Diciembre 16, 2003) 11 ICSID Rep 158, p. 187, sect. 3.7; CIADI, ICSID Case No. ARB/01/12, *Azurix Corp. v Argentina (merits)* (Julio 14, 2006), para. 259 - 260.

⁵⁴ De ahí la existencia de los Artículos 27 y 46 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de

A pesar de lo anterior, esta visión es en realidad una ficción jurídica que no refleja la práctica de derecho internacional⁵⁵ -y menos aún en lo que concierne a la protección de los derechos humanos. En la práctica, los tribunales internacionales interactúan con los derechos nacionales de manera continua: se inspiran en las decisiones de cortes nacionales, dialogan constantemente con ellas, las contradice, etc. ¿Cómo podemos comenzar a pensar esta interacción para América Latina? En lo que resta de este capítulo presentaré dos modelos analíticos que nos permitirán esbozar un mapa conceptual de las respuestas que se han ofrecido a esta pregunta: (a) el constitucionalismo global, y (b) el pluralismo.

4.2.1. Constitucionalismo Interamericano

Una primera forma de entender la interacción entre derecho nacional e internacional es apelear a la idea de una Constitución Interamericana, inspirada en la idea de un “constitución global”. Desde esta perspectiva, la idea es limitar el poder de instituciones globales, Estados y particulares a través de la adopción de valores como normas jurídicas internacionales que sirvan como defensa en contra de los abusos de poder, donde quiera que los mismos ocurran, de manera análoga a como una Constitución nacional limita el ejercicio de autoridad en el escenario nacional.

Ahora bien, explorar las diferentes variantes de este concepto y su respectiva ideología excede los límites de este capítulo⁵⁶. En este ocasión, nos centraremos en la variante “sustantiva” del concepto, expuesta por Bardo Fassbender⁵⁷, Erika de Wet⁵⁸ y Ernst-Ulrich Petersmann⁵⁹, entre otros, la cual sugiere que hay un “núcleo duro” del orden jurídico internacional, que sirve como límite último al poder (de la misma forma

los Tratado de 1969. Estas normas fueron a su vez inspiradas por la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en, *Greco-Bulgarian Communities, Advisory Opinion*, Ser. B, No. 17 PCIJ (1930).

⁵⁵ SCHAUER, F., “Legal Fictions Revisited”, *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 29, 2011.

⁵⁶ Para un análisis en este sentido, Véase URUENA, R., “Espejismos Constitucionales: La Promesa Incumplida Del Constitucionalismo Global”, *Revista De Derecho Público, Universidad De Los Andes*, No. 24, 2010.

⁵⁷ FASSBENDER, B., “The United Nations Charter As Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1998; FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Netherlands, 2009.

⁵⁸ DE WET, E. “The International Constitutional Order,” *International & Comparative Law Quarterly*, No. 55, 2006.

⁵⁹ PETERSMANN, E.U., “How to Reform the United Nations?: Lessons from the “International Economic Law Revolution”, *Aussenwirtschaft*, No. 53, 1998, p. 193.

en que funcionan las cartas de derechos en los sistemas nacionales latinoamericanos y europeos). El contenido de este núcleo cambia dependiendo del autor e incluye, entre otros, el derecho internacional de los derechos humanos⁶⁰, y la Carta de Naciones Unidas⁶¹.

La aplicación regional de esta idea implicaría ver en el Pacto de San José una Carta Interamericana de Derechos – una especie de documento constitucional básico. En este marco, las cortes nacionales funcionan como agentes de la comunidad internacional, que aplican y hacen cumplir el los estándares jurídicos internacionales. Desde esta perspectiva, el punto de partida no es la forma en que el derecho internacional de los derechos humanos se integra, por ejemplo, al derecho chileno, sino la forma en que las cortes chilenas hacen cumplir el orden jurídico internacional denominado “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Desde esta perspectiva, entonces, el Sistema Interamericano constituiría una especie de “Carta de Derechos Interamericana” que contaría con dos tipos de aparatos para hacer efectiva la protección de los derechos humanos: un aparato internacional (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y un aparato nacional (las cortes nacionales de los diferentes Estados). Esta visión presume la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional⁶² y, desde la perspectiva nacional discutida anteriormente, se ajusta perfectamente a los sistemas nacionales le dan rango constitucional y supra-legal a las normas internacionales de los derechos humanos.

El más claro ejemplo de esta visión de Constitucionalismo Interamericano es la jurisprudencia de la Corte respecto a amnistías. Como es sabido, con ocasión de algunas medidas de justicia transicional adoptadas en Perú, la Corte encontró que ciertas normas de derecho nacional peruano debían ser consideradas “sin efectos jurídicos”⁶³. Esta decisión, sin precedentes en el derecho internacional contemporáneo⁶⁴, es característica de la visión del Constitucionalismo Interamericano: desde esta perspectiva, el Sistema Interamericano es un régimen que tiene a la Corte como órgano de cierre, cuyas decisiones son ipso iure parte del derecho nacional de los Estados parte⁶⁵. En complemento, las cortes nacionales están llamadas a realizar control descentralizado de convencionalidad de las normas jurídicas internas, el cual debe ser llevado a cabo usando como estándar de juicio no sólo de la Convención, sino también la jurisprudencia de la propia Corte⁶⁶.

⁶⁰ DE WET, E., “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, No. 19, 2006.

⁶¹ See FASSBENDER, B., “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 36, 1998.

⁶² Véase NOLLKAEMPER, A., “Rethinking the Supremacy of International Law”, *Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 65 No. 1, 2010.

El modelo de interacción basado en el constitucionalismo genera importantes oportunidades, pues permite que, antes autoridades nacionales abusivas o negligentes, siempre exista la posibilidad de hacer cumplir las normas de la “Carta de Derechos Interamericana”: una idea poderosa y atractiva para quienes son victimizados y cuentan como único recursos cortes nacionales que son débiles o corruptas.

No obstante, son al menos dos los riesgos que emergen de esta visión en el contexto de América Latina. Primero, el constitucionalismo global puede prometer más de lo que puede cumplir: a pesar de que propone un único estándar normativo (la “Carta Interamericana”), en realidad no puede ofrecer que la Corte Interamericana funcione como corte de última instancia con superioridad jerárquica y jurisdicción para revisar las decisiones de las cortes nacionales sobre derechos humanos; de ser así, estaríamos ante un modelo de regulación supra-nacional, que no existe en América Latina, como vimos anteriormente. Por lo tanto, en la práctica, el constitucionalismo global termina entendiendo a las cortes nacionales como la primera línea de protección de los derechos humanos. Así, si el problema es que la protección de los derechos humanos falla porque las cortes nacionales son débiles o corruptas, este modelo no soluciona nada.

El segundo desafío del modelo de constitucionalismo interamericano se presenta si las instituciones del sistema interamericano terminan siendo una fuente de violación de los derechos humanos. Es claro que esta posibilidad es remota en la actualidad, pues el sistema no cuenta con suficiente poder para que esta eventualidad sea una amenaza real. Sin embargo, al dibujar el mapa conceptual sobre interacción entre sistema nacional e internacional, resulta importante considerar la posibilidad que instituciones internacionales vulneren los derechos humanos en detrimento de las normas de constituciones nacionales. ¿Cómo deberán reaccionar las cortes nacionales de la región?

⁶³ CorteIDH *La Cantuta v. Peru*, de 29 Noviembre 2006, para. 189. En su opinión, Sergio García Ramírez argumentó que las normas nacionales que violan la Convención son “básicamente inválidas” (paras. 4 – 5).

⁶⁴ CASSESE, A., “Y-a-t-il Un Conflit Insurmontable Entre Souveraineté Des États Et Justice Pénale Internationale?”, en CASSESE, A. y DELMAS-MARTY, M., *Crimes Internationaux Et Juridictions Internationales*, P.U.F., Paris, 2002, p. 16.

⁶⁵ CorteIDH, *La La Cantuta v. Peru*, para. 186.

⁶⁶ CorteIDH, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, de Septiembre 26, 2006, para. 124.

Esta eventualidad se ha presentado en otros contextos, por ejemplo, en el caso de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, ante Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ese caso, el Tribunal Europeo invalidó sus obligaciones internacionales derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud de su propio derecho interno (es irrelevante, para estos efectos, que el derecho sea comunitario), pues quería proteger los derechos humanos en contra de una violación por parte de una institución internacional⁶⁷. Un razonamiento similar (aunque con variables políticas diametralmente opuestas) fue usado en su momento por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Medellín v. Texas* (2008)⁶⁸. En América Latina, si se presenta este caso bajo el modelo de la “Carta Interamericana de los Derechos Humanos”, las cortes nacionales no podrían proteger los derechos humanos en contra de los abusos de la organización internacional. Por lo tanto, vale la pena preguntarse: ¿queremos proteger los derechos humanos en todo caso, aún si el violador es la OEA, o un órgano del Sistema Interamericano? Si es así, ¿cómo estructurar jurídicamente este objetivo?

⁶⁷ *Kadi v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3649. La situación se origina con la aplicación de la lista antiterrorista desarrollada por el Comité 1267, creado por el Consejo de Seguridad de la ONU con el fin de luchar contra el terrorismo. Según establece la Resolución 1267 de 1999, los Estados miembro de la ONU están en la obligación de congelar bienes de individuos incluidos en la lista antiterrorista administrada por el Comité. Sin embargo, el proceso de inclusión generó controversia, pues era poco transparente y, lo que era peor, no proveía recurso alguno para cuestionar la inclusión de un individuo, lo cual generaba violaciones al debido proceso. Esta problemática se trasladó a la Unión Europea, que siguió lo ordenado por el Consejo de Seguridad y congeló los bienes de los individuos incluidos en la lista. Uno de los afectados fue el señor Kadi, radicado en Arabia Saudita, quien tenía contactos cercanos con Al Barakaat International, una fundación con domicilio en Suecia, que había sido conectada con la red bancaria somalí del mismo nombre, acusada por tener vínculos con organizaciones terroristas. La Unión decidió congelar los bienes de Kadi y de Al Barakaat. Los afectados presentaron recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, atacando el acto de inclusión por parte de la Comunidad, toda vez que había sido tal acto el que, según los accionantes, vulneraba sus derechos. La Corte de Primera Instancia decidió que no tenía competencia para revisar la legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, excepto si las mismas violaban normas de *ius cogens*. En este caso, la Primera Instancia encontró que no hubo violación de tales normas. El caso llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal revocó la decisión de primera instancia y anuló la regulación que congeló los activos de Kadi. Según el Tribunal, el régimen de derecho europeo es diferente del régimen de derecho internacional, y el primero no está sujeto jerárquicamente al segundo. En consecuencia, el Tribunal tenía competencia para revisar la legalidad del acto que implementó la Resolución de Consejo de Seguridad, por cualquier motivo y no sólo por violaciones al *ius cogens*. Al hacer tal revisión, concluyó que el procedimiento de inclusión a la lista vulneraba el derecho a la defensa y el debido proceso de quienes fueran incluidos. Por lo tanto, se ordena la anulación de la regulación en tanto ordena el bloqueo de tales activos.

⁶⁸ Véase, Corte Suprema de Estados Unidos. *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008). En ese caso, de un nacional mejicano de 18 años, admitió violar a una adolescente de 14, para luego ahorcarla

4.2.2. Pluralismo interamericano

Una segunda forma de entender la interacción entre derecho nacional y sistema interamericano es el pluralismo -en este caso, el pluralismo interamericano. Bajo este modelo, que analizaremos en esta, la última sección del capítulo, no existe un estándar normativo único interamericano. Por el contrario, existe un sistema internacional (el Sistema Interamericano) que no tiene supremacía sobre los sistemas nacionales, y por lo tanto debe interactuar en términos de igualdad con los mismos. No encontramos, entonces, ante un pluralismo jurídico⁶⁹, en el sentido que existirían diversos órdenes jurídicos, aplicables a un mismo problema, sin que se cuente con un mecanismo claro de jerarquía o preferencia que establezca si deben prevalecer las interpretaciones de las cortes nacionales de la región sobre la protección de los derechos humanos, o por el contrario la interpretación de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos⁷⁰. Así, desde la perspectiva nacional discutida anteriormente, la idea de pluralismo se ajusta perfectamente a los sistemas nacionales de carácter dualista, que no dan valor nacional alguno a las normas internacionales de los derechos humanos.

Así, desde la perspectiva del pluralismo, la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano consistiría entonces en una especie de “derecho internacional comparado”⁷¹. Allí, se contrastarían las aproximaciones

con los cordones de sus propios zapatos a fin de evitar que lo denunciara. A pesar de ser advertido de sus derechos mediante la denominada “advertencia Miranda”, el individuo no fue informado sobre el derecho de asistencia consular que le correspondía, en virtud del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. El individuo fue condenado a muerte en Texas y la Corte Suprema concedió certiorari. En su decisión, la Corte encontró que la Convención de Viena era en efecto una obligación internacional de Estados Unidos; no obstante, la misma no tenía efectos en derecho nacional estadounidense, salvo en el caso de que el Congreso hubiese adoptado legislación para darle tales efectos (o a menos que fuese considerado como un tratado “self-executing”, posibilidad que la Corte descarta). Adicionalmente, la Corte Suprema encontró que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son vinculantes en derecho nacional estadounidense, y que el Presidente de ese país carece de poderes para hacer cumplir instrumentos de derecho internacional o decisiones de la Corte Internacional de Justicia, salvo autorización por parte del Congreso o de la Constitución. Medellín fue ejecutado el 5 de Agosto de 2008.

⁶⁹ El concepto de pluralismo es usado en sentido restringido, en el contexto de interacción entre normas sin relación evidente de jerarquía (véase BERMAN, P.S., “Global Legal Pluralism”, *Southern California Law Review*, No. 80, 2007- 2006, p. 1155). En este sentido, está sólo parcialmente relacionado con el concepto de pluralismo en el contexto de jurisdicciones indígenas, discutido ampliamente en la región.

⁷⁰ Esta aproximación es adoptada en parte, bajo el rótulo “pluralismo constitucional”, en TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, p 67.

⁷¹ Esta idea fue originalmente defendida por el experto en derecho soviético William Butler durante

de los diferentes regímenes nacionales, y se tratarían de entender las diferencias y similitudes: tal comparación sería entonces lo que se entendería por un modelo “multinivel” de derechos humanos en la región.

Parte importante de la idea de pluralismo es el diálogo. En efecto, en la medida en que no existe jerarquía o supremacía entre los diferentes órdenes normativos, una forma de entender la interacción es la metáfora del diálogo entre cortes nacionales e internacionales. Esta aproximación tiene la virtud de permitir que las cortes nacionales dejen de ser simples seguidores de la jurisprudencia internacional, y puedan participar como iguales en un diálogo transnacional en el que se cree una visión debatida y compartida del régimen de los derechos humanos. Así, se aumentaría la legitimidad de la protección de los derechos humanos como un todo, pues se garantizaría la participación de los interesados⁷². Adicionalmente, el diálogo permitiría que las diferentes cortes involucradas en el diálogo adoptaran mejores decisiones⁷³, aportaran para la creación de una identidad de verdadera comunidad interamericana, más allá de las fronteras nacionales⁷⁴.

¿Cómo debe ser estructurado el diálogo? La perspectiva pluralista usualmente incluye algún tipo de requisito para participar en la conversación. Normalmente, son estas reglas discursivas, que nos permitirán decir realmente que el diálogo judicial es en efecto una fuente de legitimidad para el Sistema Interamericano, y no una simple apología de las conductas estatales. La idea es crear, a través de la interacción entre cortes nacionales e internacional, un diálogo deliberativo que legitime el resultado⁷⁵ o, en una versión más ambiciosa de la misma idea, un orden normativo basado en criterios de moralidad interna de las normas jurídicas que resulten de la interacción⁷⁶, o de del carácter público de las mismas⁷⁷.

sus cursos en la Academia de la Haya en 1985, en BUTLER, W., “Comparative Approaches to International Law”, *Academy of International Law at The Hague, Recueil Des Cours*, No. 190, 1985. La idea a despertado un renovado interés recientemente, Véase ROBERTS, A., “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 No. 01, 2011. También: MAMLYUK, B. N, y MATTEI, U., “Comparative International Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, No. 36, 2011-2010.

⁷² Para este argumento para el caso europeo, véase TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, pp. 114 - 116.

⁷³ Véase *Ibíd.*, p.113.

⁷⁴ Véase *Ibíd.*, pp. 116 - 117.

⁷⁵ Por ejemplo, de inspiración habermasiana, Véase *Ibíd.*, pp. 104 - 106, 112, 115, 126, 131.

⁷⁶ Véase TOOPE, S. J., y BRUNNÉE, J., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional*

La agenda del diálogo se alimenta, de una parte, de una larga tradición de constitucionalismo comparado, al interior de la cual se busca investigar las soluciones dadas a problemas constitucionales en diferentes jurisdicciones (incluyendo tribunales internacionales que tocan temas de derecho constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o su homóloga europea), para luego intentar destilar puntos en común o divergencias y explicarlas⁷⁸. Parte de esta primera tradición es también la aproximación institucionalista, que busca analizar el diseño de las instituciones y procedimientos relacionados con la aplicación del derecho constitucional en las diversas jurisdicciones⁷⁹.

Una segunda agenda de diálogos judiciales transnacionales es el estudio de la interacción entre jueces. Aquí, los jueces convierten en personajes cosmopolitas⁸⁰, que pertenecen a redes globales de intercambio de información e influencia y se ve influenciado por sus pares en diferentes lugares del mundo. El trabajo de Anne-Marie Slaughter fue líder en esta línea de investigación, argumentando que parte del “nuevo orden mundial” al que hacía referencia en su importante libro eran, precisamente, las redes transnacionales de jueces que interactuaban y se influenciaban recíprocamente, al margen de los respectivos Jefes de Estado⁸¹. En Colombia, César Rodríguez ha analizado las redes epistémicas que conforman lo que llama el neoconstitucionalismo en América Latina⁸², y existen algunos trabajos empíricos sobre la interacción de jueces constitucionales colombianos

Account, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 33 - 54. También: KLABBERS, J., “Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller’s Procedural Natural Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, No. 5, 2008.

⁷⁷ Véase KINGSBURY, B., “Global Administrative Law: Implications for National Courts”, en GEIRINGER, C. y KNIGHT, D.R. (eds), *Seeing the World Whole: Essays in Honour of Sir Kenneth Keith*, Victoria University Press, Wellington, 2008, pp. 121 - 125.

⁷⁸ Para un ejemplo de este ejercicio, véanse los artículo en KENNEY, S.J, REISINGER, W.M. y REITZ, J.C., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave MacMillan, New York, 1999.

⁷⁹ Uno de los más originales estudios en tal sentir todavía es DAMASKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, United States, 1986.

⁸⁰ Véase BERMAN, P.S., “Judges as Cosmopolitan Transnational Actors”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, No. 12, 2005.

⁸¹ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 65.

⁸² RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A., *La Globalización Del Estado De Derecho: El Neoconstitucionalismo, El Neoliberalismo y La Transformación Institucional En América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009.

con sus homólogos extranjeros⁸³. Por supuesto, parte de la discusión aquí es si en efecto existe esta dinámica, o si la misma es sólo un fenómeno que ocurre porque cierta comunidad académica dominante dice que es está ocurriendo.

A pesar de su interés y virtudes, el problema con el pluralismo es que, por supuesto, la víctima de la violación de derechos humanos difícilmente aceptará “diferencias razonables de opinión” en lo que tiene que ver con su protección. Mientras que el constitucionalismo invoca imágenes de orden y coherencia, el pluralismo amenaza con ser una estructura incoherente en la que todo vale: la opinión de una corte ilegítima, incompetente o corrupta merece igual respecto que la opinión de una corte legítima, competente, e independiente. Este riesgo se hizo evidente durante la Guerra Fría, cuando la detente entre Estados Unidos y la Unión Soviética llevó a que se hablara de una pluralidad legítima de aproximaciones al derecho internacional. Una norma internacional podía ser interpretada y aplicada de cierta forma por Estados Unidos, y de otra manera por la Unión Soviética, y esto haría parte del pluralismo legítimo de aproximaciones al derecho internacional⁸⁴. En este sentido, entender el derecho de los derechos humanos en América Latina como un régimen pluralista puede llevar a que la promesa de protección termine comprometida por la deferencia a una pluralidad legítima de aproximaciones estatales a los derechos humanos, cuando lo que se quiere es, precisamente, que no exista una pluralidad de aproximaciones, sino una única interpretación válida: la interpretación que protege los derechos humanos.

5. CONCLUSIÓN

El presente capítulo plantea un panorama general sobre algunos de los desafíos que enfrenta la protección multinivel en América Latina. Como se ha visto, la región enfrenta una serie de situaciones particulares que hacen poco útil el simple trasplante de la aproximación europea. Sin embargo, construyendo sobre la riqueza de tales experiencias, una nueva aproximación puede ser desarrollada a partir de la idea de interacción entre naciones e internacionales. Más allá de la idea de un Constitucionalismo

⁸³ AZUERO, A., “Redes De Diálogo Judicial Transnacional: Una Aproximación Empírica Al Caso De La Corte Constitucional”, *Revista De Derecho Público, Universidad de Los Andes*, No. 22, 2009.

⁸⁴ Esta idea es presentada originalmente en FALK, R. A., *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, Syracuse, 1964. Véase también FALK, R. A., “The Complexity of Sabbatino”, *The American Journal of International Law*, 58 No. 4, 1964.

Inter-Americano, es en la interacción que la protección eficiente de los derechos humanos podrá ser construida en la región.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- APARICIO, M., CASTELLA ANDREU, J.M. y EXPÓSITO, E. (eds.), *Derechos y Libertades En Los Estados Compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.
- AZUERO, A., "Redes De Diálogo Judicial Transnacional: Una Aproximación Empírica Al Caso De La Corte Constitucional", *Revista De Derecho Público, Universidad de Los Andes*, No. 22, 2009.
- BACHE, I. y FLINDERS, M.V., "Themes and Issues in Multi-level Governance", en BACHE, I. y FLINDERS, M.V. (eds.), *Multi-level Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- BANDEIRA GALINDO, G.R., "Progressing in International Law [Book Review]", *Melbourne Journal of International Law*, 11 No. 2, 2010.
- BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1898.
- BENVENISTI, E., "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", *American Journal of International Law*, No. 102, 2008.
- BERMAN, P.S., "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, No. 80, 2007- 2006.
- BERMAN, P.S., "Judges as Cosmopolitan Transnational Actors", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, No. 12, 2005.
- BHUIYAN, S., *National Law in WTO Law: Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law* (7th ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BUTLER, W., "Comparative Approaches to International Law", *Academy of International Law at The Hague, Recueil Des Cours*, No. 190, 1985.
- CANOSA, R., "La Declaración De Derechos En Los Nuevos Estatutos De Autonomía", *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007.
- CASSESE, A., "Y-a-t-il Un Conflit Insurmontable Entre Souveraineté Des États Et Justice Pénale Internationale?", en CASSESE, A. y DELMAS-MARTY, M., *Crimes Internationaux Et Juridictions Internationales*, P.U.F., Paris, 2002.
- CASTELLA ANDREU, J.M., "Hacia Una Protección "Multinivel" De Los Derechos En España: El Reconocimiento De Derechos En Los Estatutos De Autonomía De Las Comunidades Autónomas", *Boletín Mexicano De Derecho Comparad*, 40 No. 120, 2007.
- CHIMNI, B S., "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", *International Community Law Review*, 8 No. 1, 2006.

- CHIMNI, B S., "Towards a Radical Third World Approach to Contemporary International Law", *ICCPL*, 5 No. 2, 2002.
- DAMASKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, United States, 1986.
- DE WET, E., "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", *Leiden Journal of International Law*, No. 19, 2006.
- DE WET, E., "The International Constitutional Order," *International & Comparative Law Quarterly*, No. 55, 2006.
- DENIZEAU, C., *Existe-t-il Un Bloc De Constitutionnalité?*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- DI FEDERICO, G., "Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-level Protection After the Lisbon Treaty", en DI FEDERICO, G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Dordrecht, 2011.
- EMERI, C., "Chronique Constitutionnelle Et Parlementaire Française - Vie Et Droit Parlementaire", *Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et à L'étranger*, 3, 1970.
- FALK, R. A., "The Complexity of Sabbatino", *The American Journal of International Law*, 58 No. 4, 1964.
- FALK, R. A., *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, Syracuse, 1964.
- FASSBENDER, B., "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 36, 1998.
- FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Netherlands, 2009.
- FAVOREU, L., "Bloc De Constitutionnalité", en DUHAMEL, O. y MENY, Y. (eds.), *Dictionnaire Constitutionnel*, P.U.F, Paris, 1992.
- HOFMANN, R., "Federalismo y Derechos En Alemania", en HOFMANN, R., et al. (eds.), *Estado Compuesto y Derechos De Los Ciudadanos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2007.
- HOOGE, L. y MARKS, G., "Types of Multi-Level Governance", *Social Science Research Network*, 5 No. 11, 2002.
- HUMMER, W. y FRISCHHUT, M., "Diferentes Concepciones De La Protección De Los Derechos Humanos En La Integración Europea y Latinoamericana: La "Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos" (2002)", *Anuario Argentino De Derecho Internacional*, 13, 2004.
- HUMMER, W., "La Elaboración De Una Carta De Los Derechos Fundamentales Del MERCOSUR Desde Una Perspectiva Europea", *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, 15, 2009.
- KENNEDY, D., *International Legal Structures*, Nomos: Baden-Baden, 1987.

- KENNEY, S.J, REISINGER, W.M. Y REITZ, J.C., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave MacMillan, New York, 1999.
- KINGSBURY, B., "Global Administrative Law: Implications for National Courts", en GEIRINGER, C. y KNIGHT, D.R. (eds), *Seeing the World Whole: Essays in Honour of Sir Kenneth Keith*, Victoria University Press, Wellington, 2008.
- KLABBERS, J., "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller's Procedural Natural Law", *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, No. 5, 2008.
- KOSKENNIEMI, M., "Human Rights, Politics, and Love", *Mennesker & Rettigheder*, No. 4, 2001.
- KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2nd ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- LEMAITRE RIPOLL, J., *El Derecho Como Conjuro: Fetichismo Legal, Violencia y Movimientos Sociales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009.
- LUCAS GUARIN, A., "Derechos Humanos En Clave De Mercosur", *Revista Brasileira De Direito Constitucional*, 15, 2010.
- MAMLYUK, B. N, y MATTEI, U., "Comparative International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, No. 36, 2011-2010.
- MARKS, G. y HOOGHE, L., *Multi-level Governance and European Integration. Governance in Europe*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2001.
- MARKS, G., HOOGHE, L. y BLANK, K., "European Integration Since the 1980's: State-centric Versus Multi-level Governance", *Journal of Common Market Studies*, 34 No. 3, 1996.
- MARKS, S., *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- MCLAUGHLIN, M., POWELL, S. y JUSTYNA, E., *Domestic Law Goes International: Legal Traditions and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- MERRY, S.E., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- NOLLKAEMPER, A., "Rethinking the Supremacy of International Law", *Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 65 No. 1, 2010.
- NOLLKAEMPER, A., "The Bifurcation of International Law: Two Futures for the International Rule of Law", *ACIL Research Paper*, No. 2011- 04, 2011.
- PERNICE, I., "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", *Columbia Journal of European Law*, 15 No. 3, 2009.
- PETERSMANN, E.U., "How to Reform the United Nations?: Lessons from the "International Economic Law Revolution", *Aussenwirtschaft*, No. 53, 1998.
- PETMAN, J., "Human Rights, Democracy and the Left", *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, 2, 2006.

- PIATTONI, S., "Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis", *Journal of European Integration*, 31 No. 2, 2009.
- RAJAGOPAL, B., *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- RIOFRIO MARTINEZ-VILLALBA, J.C., "El Bloque De Constitucionalidad Pergeñado Por El Tribunal Constitucional", *Foro - Revista De Derecho*, 6, 2006.
- ROBERTS, A., "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 60 No. 01, 2011.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A., *La Globalización Del Estado De Derecho: El Neoconstitucionalismo, El Neoliberalismo y La Transformación Institucional En América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009.
- ROSSI, J. y FILIPPINI, L., "El Derecho Internacional en la Justiciabilidad de los Derechos Sociales: El Caso de Latinoamérica", en ARCIDÁCONO, P., ESPEJO, N. Y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (eds), *Derechos Sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores/LAEHR, Bogotá, 2010.
- RUBIO LLORENTE, F., "El Bloque De Constitucionalidad", *Revista Española De Derecho Constitucional*, 9 no. 27, n.d.
- SALMON, E., "La Carta Andina Para La Promoción De Los Derechos Humanos: Un Paso Hacia La Humanización Del Proceso De Integración Andina", en PUCP Instituto de Estudios Internacionales (eds,), *Derecho Comunitario Andino*, PUCP, Lima, 2003.
- SANCHEZ, B., "Cuando Los Derechos Son La Jaula: Transplante Rígido Del Soft Law Para La Gestión Del Desplazamiento Forzado", *Estudios Políticos*, 35, 2009.
- SCHAUER, F., "Legal Fictions Revisited", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 29, 2011.
- SHAW, M. N., *International Law* (6th ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SIMMONS, B. A., "Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics", Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- SKOUTERIS, T., *The Notion of Progress in International Law Discourse*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
- SLAUGHTER, A.M. y BURKE-WHITE, W.W., "The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)", *Harvard International Law Journal*, 47 No. 2, 2006.
- SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- TOOPE, S. J., y BRUNNÉE, J., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- TORRES PEREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of*

Supranational Adjudication, Oxford University Press, Oxford, 2009.

URUENA, R., "Espejismos Constitucionales: La Promesa Incumplida Del Constitucionalismo Global", *Revista De Derecho Público, Universidad De Los Andes*, No. 24, 2010.

URUENA, R., *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012.

VON BOGDANDY, A., "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, 6 No. 3- 4, 2008.

WEILER, J. H. H., "Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities", *Washington Law Review*, 61, 1986.

WEILER, J. H. H., y LOCKHART, N., "'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review*, No. 32, 1995.

7. JURISPRUDENCIA BÁSICA

7.1. Tribunales nacionales

Cámara de Comercio de Estocolmo, SCC Case No 118/2001 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Suecia) v Latvia (merits) (Diciembre 16, 2003) 11 ICSID Rep 158.

Conseil Constitutionnel, Decisión 71-44 DC, 16 de julio de 1971, Liberté d'asociación, Rec. 29.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 488 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Argentina, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, V. 856. XXXVIII, 9 Febrero 2004.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

Tribunal Constitucional del Perú, Decisión 0047-2004-AI/TC (José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín).

Tribunal Constitucional del Perú, Decisión 5854-2005-AA/TC (Pedro Andrés Lizana Puelles).

Tribunal Constitucional del Perú, Decisión 00007-2007-PI/TC (Colegio de Abogados del Callao).

Tribunal Constitucional del Perú, Decisión 05427-2009-PC/TC (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva).

7.2. Tribunales regionales

CorteIDH *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, de 26 Septiembre 2006

CorteIDH *La Cantuta v. Peru*, de 29 Noviembre 2006.

Tribunal Andino de Justicia, Caso 56-DL-2001, Sentencia del 20 de febrero de 2002.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Primera Instancia, Case T-306/01, *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3533.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso 29/69, *Stauder v. Ciudad de Ulm*, 1969 E.C.R. 419.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-315/01, *Kadi v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3649.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*.

7.3. Organismos o Tribunales Internacionales

CIADI, ICSID Case No. ARB/01/12, *Azurix Corp. v Argentina* (meritos) (Julio 14, 2006).

Corte Internacional de Justicia, *Fisheries case*, ICJ Reports 116 (1951).

Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, ICJ Reports 4 (1955).

Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, dissenting opinión of M. Guggenheim Judge ad hoc, ICJ Reports 50 (1955).

Corte Internacional de Justicia, *Headquarters Agreement case*, ICJ Reports 12 (1988).

Corte Internacional de Justicia, *LaGrand case*, Judgment, ICJ Reports 466 (2001).

Corte Internacional de Justicia, *Avena and Other Mexican Nationals*, Judgment, ICJ Reports 12 (2004).

Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute*, Judgment, ICJ Reports 90 (2005).

Corte Permanente de Justicia Internacional en, *Greco-Bulgarian Communities*, Advisory Opinion, Ser. B, No. 17 PCIJ (1930).

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v Poland)(Merits)*, Ser. A, No. 7 PCIJ (1925).

Organización Mundial del Comercio, AB Reporte del Grupo Especial, *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R (19 Diciembre 1997).

Organización Mundial del Comercio, Reporte del Grupo Especial, *United States—Sections 301– 310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R (Diciembre 22, 1999).

2

LA INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD: SIGNIFICADO Y DIMENSIÓN PRÁCTICA (UN ANÁLISIS DESDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

Alejandro Saiz Arnaiz
Universidad Pompeu Fabra

Resumen

Este capítulo demuestra el impacto que el mandato de interpretación internacionalmente conforme de los derechos fundamentales ha tenido en un ordenamiento, como el español, en el que todos los intérpretes constitucionales están vinculados por dicha directriz interpretativa.

1. LA INTERPRETACIÓN CONFORME COMO AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN

El propósito de estas páginas es demostrar el impacto que el mandato de interpretación internacionalmente conforme de los derechos fundamentales ha tenido en un ordenamiento, como el español, en el que todos los intérpretes constitucionales están vinculados por dicha directriz interpretativa.

El segundo apartado del art. 10 de la Constitución impone la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades en ella reconocidos «de conformidad» con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos sobre estas materias en los que España sea parte. La pregunta a la que ahora pretendo dar respuesta es la siguiente: ¿qué significa la interpretación conforme? En otras palabras: ¿cuál es la intensidad del vínculo que para el intérprete, en nuestro caso para el Tribunal Constitucional, al que se aludirá en estas páginas, se deduce del citado criterio interpretativo?

Doy por hecho que la conformidad a la que se refiere el art. 10.2 CE es la material o sustancial, es decir, la que alude al contenido de los derechos presentes en los enunciados normativos a interpretar. Pues bien, la conformidad material puede concebirse en un doble sentido: como

mera compatibilidad o como conformidad *stricto sensu*. La primera vendría a significar ausencia de contradicción, la segunda «deducibilidad»¹. En el primer sentido se adecuaría a la cláusula del art. 10.2 CE toda interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Constitución que fuera compatible – o no contradictoria– con los textos internacionales allí mencionados; en el segundo, dicha cláusula llevaría a entender que la conformidad sólo se alcanzaría en los supuestos de plena identidad, esto es, siempre que el resultado de la interpretación llevara a otorgar a los derechos fundamentales un contenido «lógicamente deducible» de aquellos mismos textos internacionales. En mi opinión, el art. 10.2 CE se refiere a la conformidad como compatibilidad o ausencia de contradicción, pero no a la plena identidad o conformidad en sentido fuerte².

Las opciones planteadas, y desde luego la defensa de la conformidad como ausencia de contradicción, han de recibir un tratamiento distinto en función de la existencia o no, en los acuerdos internacionales que se utilizan como parámetro hermenéutico, de órganos (jurisdiccionales o asimilados) a los que los propios acuerdos confieren la tarea de su interpretación y aplicación. Cuando tales órganos no existen, el Tribunal Constitucional, al decidir de los casos que conoce, se convierte en intérprete autorizado del tratado en cuestión, de manera que su texto –en ocasiones más abierto e impreciso que el de la propia Norma fundamental– recibirá el significado que aquél le otorgue. En estos supuestos el auxilio interpretativo en la exégesis de los derechos fundamentales será casi siempre escaso y la conformidad fácilmente alcanzable: la proximidad de contenidos entre tales acuerdos y el Título I CE, y la identidad de intérprete allanarán el camino en dicha dirección. Sólo cuando la literalidad del tratado resulte indubitada al reconocer o proclamar un derecho a su vez *no explicitado* en la Constitución, desaparecerá el amplísimo margen del que, en caso contrario, dispone el Tribunal. Es lo que sucede, por ejemplo, con el art. 14.5 PIDCP cuando establece que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que la condena sea sometida a un tribunal superior:

¹ Tomo estos términos, adecuándolos al ámbito que aquí interesa, del comentario al art. 101 de la Constitución italiana de GUASTINI, R., *Commentario della Costituzione. Gli organi ausiliari art. 99-100. La magistratura art. 101-103*, Bolonia-Roma, 1994, en concreto, pág. 185.

² Al menos en una ocasión el Tribunal Constitucional ha explicitado el sentido atribuible a la «conformidad con» referida en el art. 10.2 CE, declarando que «con arreglo» a esta disposición los derechos «no deben ser interpretados en contradicción», en el caso concreto, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 113/1995, de 6 de julio, CI, FJ 7).

de este enunciado se ha servido el Tribunal Constitucional para incorporar al art. 24 CE el conocido como derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, ausente como tal del texto constitucional.

Cuando, por el contrario, se prevé en el respectivo convenio internacional la presencia de alguna instancia jurisdiccional (o catalogable como tal) encargada de su interpretación, la conformidad con el tratado a la que está vinculado el Tribunal Constitucional se extiende a las decisiones de aquel órgano. En estos supuestos el contenido de los derechos presentes en el texto internacional no resulta ya de la actuación del Tribunal Constitucional, sino de la del respectivo órgano de garantía, cuyas resoluciones han de contribuir a la conformación de los derechos constitucionalizados. La situación ahora descrita sólo se produce, para España, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respecto de su Tribunal y, eventualmente, hasta noviembre de 1998, de la Comisión. De manera más matizada, y mucho más recientemente, el alto intérprete de la Constitución ha hecho también uso de la jurisprudencia emanada del Comité de Derechos Humanos, instituido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en ejercicio de la competencia que aquél se ve reconocida en el Protocolo facultativo de dicho Pacto³.

Uno de los argumentos que avalan la idea de la conformidad como compatibilidad o ausencia de contradicción trae causa del propio Convenio de Roma. A tenor de su art. 53 ninguna de las disposiciones de dicho Convenio, y por lo mismo la interpretación que de ellas lleve a cabo el Tribunal de Estrasburgo, se entenderá «en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante». Es decir, el Convenio, concebido como estándar mínimo europeo de los derechos fundamentales, no puede nunca utilizarse para disminuir o rebajar el patrón nacional de éstos. Se impide de este modo la plena identidad – conformidad en sentido fuerte– «a la baja». En no pocas ocasiones queda rastro en la jurisprudencia constitucional española del (en principio)

³ También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el ámbito de la Unión Europea, ha servido para la interpretación de conformidad de los derechos presentes en la Constitución española. En este caso, que aquí se tratará solo tangencialmente, el vínculo que para los intérpretes constitucionales resulta del art. 10.2 CE se refuerza a tenor de cuanto establece el art. 93 CE, singular *cláusula europea* de la Constitución que hace posible la integración supranacional y la producción por el Derecho de la Unión Europea de los efectos que le son propios en sus relaciones con los Derechos de los Estados miembros de la organización.

superior contenido de los derechos presentes en la Norma fundamental respecto de los enumerados en el Convenio⁴.

Además, sostener que el Tribunal Constitucional se encuentra sometido *inexcusablemente* a los contenidos que para los derechos fundamentales se derivan del *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (conformidad en sentido fuerte o identidad) implicaría tanto como subvertir la condición de aquel órgano, que dejaría de ser el supremo intérprete de la Norma fundamental para pasar a ser una instancia jerárquicamente sometida al máximo intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En puridad, podría de este modo prescindirse pura y simplemente de todo el Título I CE. En fin, y por reducción al absurdo, el Tribunal Constitucional no podría declarar la contradicción con la Constitución de ningún acuerdo internacional en materia de derechos ya que toda oposición, *incluso flagrante*, entre ambos habría de salvarse en beneficio de este último, del que deberían «deducirse lógicamente» los contenidos de los derechos fundamentales presentes en la Norma básica que de este modo, en la práctica, dejaría de ocupar la cabecera del ordenamiento.

Una pregunta que cabe (o mejor, es necesario) plantearse al analizar el contenido y los límites del canon hermenéutico al que se refiere el art. 10.2 CE, y antes de pasar a tratar de sus efectos prácticos, tiene que ver con el eventual carácter obligatorio de su empleo. Es decir, ¿ha

⁴ Podrían ponerse numerosos ejemplos de Sentencias del Tribunal Constitucional en las que éste, en la interpretación de los derechos fundamentales, va más allá de lo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal que lo aplica, alcanzan.

Así, Tribunal Constitucional Español, STC 30/1981, de 24 de julio, RA, FJ 3: el derecho a la libre elección de abogado se predica también de las acusaciones particulares, cuando en el sistema de Estrasburgo afecta sólo al acusado (aunque curiosamente en esta oportunidad el Tribunal Constitucional se apoya también en los arts. 6.3.c CEDH y 14.3.d PIDCP que, insisto, aluden al derecho del acusado, por lo que bien podría decirse que los tratados citados no sirven, en puridad, para lo que se les utiliza).

Tribunal Constitucional Español, SSTC 64/1988, de 12 de abril, RA, FJ 1 y 19/1983, de 14 de marzo, RA, FJ 2, que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva también a las personas jurídicas de Derecho Público, mientras que la Comisión de Estrasburgo rechaza sistemáticamente todas las demandas planteadas por éstas (en la última de las Sentencias recogidas el Tribunal Constitucional afirma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido de conflictos promovidos por personas jurídicas, pero no dice si públicas o privadas).

Tribunal Constitucional Español, STC 137/1985, de 17 de octubre, RA, FJ 3, extendiendo por vez primera a los locales de las personas jurídicas la inviolabilidad del domicilio, cuando el Tribunal Europeo lo haría siete años más tarde (en el caso *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, A 251-B; implícitamente ya en la Sentencia *Chappell*, de 30 de marzo de 1989, A 152).

Tribunal Constitucional Español, STC 214/1991, de 11 de noviembre, RA, FJ 3, en la que el Tribunal Constitucional afirma la más amplia legitimación para interponer el recurso de amparo, abierto

de acudirse *necesariamente* a los tratados y acuerdos internacionales al interpretar los derechos fundamentales o, por el contrario, corresponde al intérprete decidir libremente el eventual recurso a las fuentes de producción externa? La respuesta es, a mi juicio, positiva a la primera parte de la pregunta formulada: la pauta ex art. 10.2 CE no es de libre utilización, no se encuentra a disposición del intérprete el cual, antes bien, se halla vinculado a la exégesis de los derechos fundamentales de conformidad con aquellos tratados y acuerdos. En el bien entendido, y aquí el matiz, de que se trata de una *obligación de resultado*.

Quiere decirse que el segundo apartado del art. 10 de la Constitución no impone la presencia material – escrita – en la argumentación del Tribunal (situémonos en el supuesto más evidente: la actividad jurisdiccional) de referencias o remisiones que avalen el uso de textos internacionales en el proceso racional que conduce a la sentencia. Sería absurdo que así fuera. Tampoco el art. 3.1 del Código Civil, redactado en su apertura en unos términos muy similares a la disposición que aquí se estudia⁵, implica la exigencia de que en todo proceso interpretativo de la legalidad ordinaria – y aun constitucional – se utilicen siempre todas las herramientas hermenéuticas allí enumeradas.

también a quien invoque un interés legítimo, que la prevista en el Convenio de Roma (art. 25.1.a) para las demandas individuales ante la Comisión. En este caso habría que matizar – a mi juicio – que la noción de «víctima potencial», a la que en la práctica se ha ampliado la legitimación para acudir ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, aproximaría bastante más de lo que considera el alto intérprete de la Constitución ambas situaciones.

Tribunal Constitucional Español, STC 197/1995, de 21 de diciembre, CI, FJ 6, donde se recuerda que los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable no se encuentran en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiéndolos reconocido el Tribunal, sólo en el ámbito penal, en el caso STEDH *Funke c. Francia*, de 25 de febrero de 1995 (A 256-A). En este mismo sentido, con ulteriores referencias a la jurisprudencia estrasburguesa, la STC 161/1997, de 2 de octubre, CI, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, STC 196/1987, de 11 de diciembre, CI, FJ 4, donde el Tribunal Constitucional establece que en materia de asistencia letrada al detenido la Norma fundamental «es más amplia y generosa» que los tratados internacionales. En este mismo ámbito la sentencia, Tribunal Constitucional Español, STC 188/1991, de 3 de octubre, RA, FJ 2, parece equivocarse al afirmar que la doble proyección de la asistencia letrada (al detenido, art. 17.3 CE, y al acusado, art. 24.2 CE) «guarda paralelismo», entre otros, con el art. 5 CEDH, olvidando que en el sistema de Estrasburgo está por reconocerse el derecho a la asistencia letrada de los detenidos. Tribunal Constitucional Español, STC 21/1997, de 10 de febrero, RA, FJ 4, en el que puede leerse cómo al fijar un plazo máximo de detención preventiva, art. 17.2 CE, la garantía ofrecida por nuestra Norma fundamental «es más rigurosa que la que se contiene» en el art. 5.3 CEDH.

⁵ El artículo 3.1 del Código Civil afirma: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

A lo que el art. 10.2 CE obliga es a que el contenido predicable de los derechos, fruto de la actividad interpretativa desplegada por el Tribunal en cuestión, *sea conforme* con el que resulta de aquellos textos internacionales. La motivación, en definitiva, no ha de dejar siempre y en todo caso rastros del referente internacional, aunque el resultado de la misma debe adecuarse, tal y como se ha intentado demostrar en las páginas precedentes, a los cánones que resultan de los Tratados y acuerdos en materia de derechos fundamentales.

Si se observa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se percibe que las remisiones a las fuentes de origen internacional no aparecen, ni mucho menos, en todos los casos en que se encuentra en juego la interpretación de uno o más derechos fundamentales. Aproximadamente en el diez por ciento del total de las Sentencias del alto Tribunal se contienen referencias del tipo de las indicadas; un porcentaje que se eleva hasta casi el veinte por ciento para los recursos de amparo.

Las causas que llevan a *explicitar* la utilización de este canon hermenéutico sólo son conocidas por el propio Tribunal, y puesto que parece más que lógico dudar de la existencia de un criterio preestablecido aplicable en toda circunstancia, habrá de estarse al caso concreto para poder acceder a las mismas. Entre éstas se encontrarán, por ejemplo, la particular complejidad del recurso, la falta de precedentes en la jurisprudencia constitucional y la existencia de los mismos en la actividad de los órganos de garantía de los tratados que se emplean, el incremento de la persuasividad de la decisión, el no reconocimiento como tal en la Norma fundamental de un derecho (léase facultad, garantía o posición jurídica) presente en aquéllos y – sin ánimo de agotar las hipótesis– el hecho de que alguna de las partes en el proceso se haya referido en sus alegaciones a las fuentes internacionales⁶.

⁶ A este respecto no puede dejar de reconocerse que el Tribunal Constitucional no se siente vinculado por las alegaciones que quienes intervienen en el procedimiento puedan hacer, guiados por la cláusula de apertura del art. 10.2 CE, de cualesquiera documentos internacionales. Así, por ejemplo, son numerosos sus pronunciamientos en los que no constando en los Antecedentes alegaciones de este tipo, sin embargo el Tribunal hace uso de los tratados que menciona genéricamente aquella disposición constitucional. Así, entre otras, y con cita únicamente del número de la Sentencia, SSTC 81/1982; 35/1983; 101/1983; 19/1985; 35/1985; 82-84/1986; 159/1986; 60/1988; 111/1988; 150/1991; 195/1991; 76/1992; 103/1992; 116/1993; 8/1994; 30/1994, y 56/1994. Se aclara, no obstante, que en algunas ocasiones el silencio de tales referencias en los Antecedentes no es prueba de la no alegación por cuanto ésta puede constar al reproducirse en cierto momento a lo largo de los Fundamentos Jurídicos las pretensiones de las partes.

En los primeros tiempos de actividad del Tribunal Constitucional fue normal que éste empleara el canon hermenéutico ex art. 10.2 en ausencia de toda mención por parte de los intervinientes en el procedimiento. Así, en diez de las primeras quince Sentencias en las que se hace uso de aquel

Asumida ya la idea de conformidad como compatibilidad o ausencia de contradicción y su condición de obligación de resultado, se estudiará acto seguido la influencia que dicha pauta hermenéutica ha desplegado sobre la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional.

2. LA INTERPRETACIÓN COMO INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MEDIANTE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Conviene notar en este momento que uno de los aspectos que generó más polémica al discutirse en el Senado la muy conflictiva enmienda de la que trae causa el actual art. 10.2 CE fue, precisamente, la previsión del carácter no sólo *interpretativo* sino también *integrativo* de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales. El voto mayoritario a favor de dicha enmienda en la Comisión de Constitución de la Cámara alta fue posible, tras un largo y tenso debate, gracias – entre otros motivos – a la supresión del término «integrarán». Puede así parecer, y creo que esta opinión se confirma por la lectura del Diario de Sesiones, que la práctica totalidad de los intervinientes en la discusión percibían la interpretación como una operación prácticamente mecánica de atribución de significado que nunca podría llevar a extraer, en este caso de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, contenidos en ellas no explicitados; en otras palabras, la interpretación como pura cognición del Derecho vigente. Es decir, que para aquellos senadores mediante la interpretación no sería posible concretizar, desarrollar o rellenar la literalidad del texto al que se enfrenta el intérprete. Las cosas, sin embargo, no parecen ser así. Antes bien, el Derecho positivo, y la Constitución lo es, no puede ser concebido como una realidad completa, acabada, en todo anterior a su interpretación y aplicación.

La interpretación, en efecto, consiste en la atribución de significado a un enunciado normativo. En la actualidad se asume comúnmente que mediante dicha operación se crea Derecho o, en palabras de Paladin, se produce «la positividad del derecho»⁷, de manera que la función creativa – no exenta de límites – de la jurisprudencia, y desde luego y por encima de las demás, de la jurisprudencia constitucional, suele enmarcarse con frecuencia en la teoría de las fuentes del Derecho.

canon no se refleja en los Antecedentes su alegación. Se trata de las SSTC 5/1981; 11/1981; 12/1981; 16/1981; 24/1981; 25/1981; 30/1981; 34/1981; 15/1982, y 19/1982.

⁷ PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pág. 102.

Resulta muy clarificadora a este respecto la ya clásica distinción entre disposición y norma. Por la primera entenderemos (y en ese sentido se ha intentado utilizar a lo largo de las páginas precedentes) todo texto normativo, o mejor, todo enunciado perteneciente a una fuente del Derecho. Por su parte, las normas serán el fruto de la interpretación; el significado atribuido a tales textos o enunciados. En otros términos: la disposición no es sino el objeto de la actividad interpretativa (un enunciado a interpretar) y la norma su resultado (un enunciado interpretado)⁸.

Las disposiciones se elaboran por los poderes públicos titulares de potestades normativas de acuerdo con el sistema constitucional de las fuentes del Derecho; pero tiene razón Zagreblesky al afirmar que el conjunto de aquéllas «es sólo el ordenamiento en potencia»⁹, por cuanto corresponde a las instancias competentes – pongamos jurisdiccionales– la formulación, a través de la interpretación, de las normas que serán concretamente aplicadas. Los significados resultantes de esta actividad (las normas) no han de coincidir siempre y en todo caso; si nos situamos en el terreno de la justicia constitucional bastaría con recordar las sentencias interpretativas, los votos particulares y los cambios de la propia jurisprudencia, para notar la posible pluralidad de significados. En definitiva, la interpretación de disposiciones implica atribución de significado y, por lo mismo, las normas que de aquéllas se obtienen podrán ser diferentes en virtud de la identidad del intérprete y de las circunstancias en que éste lleva a cabo su actividad, entre otros factores.

Los márgenes del proceso que mediante el razonamiento jurídico (aunque no sólo) conducen de la disposición a la norma dependen en buena medida, aunque no exclusivamente, del modo en que la primera se encuentre formulada. En este sentido no puede dudarse de que las Constituciones, sus enunciados normativos, y en particular los que declaran los derechos fundamentales, poseen casi siempre unas características de apertura e indeterminación que los diferencian de las propias de la ley. Así, por ejemplo, Böckenförde ha escrito que las disposiciones sobre derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados de Derecho «son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas

⁸ Por todos pueden consultarse, a este respecto, CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milán, 1964, págs. 195 ss.; TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, págs. 9-10, y GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1994, págs. 17 ss. En la doctrina española, recientemente, EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La producción jurídica y su*

lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además, de un único sentido material»¹⁰. Y, en España, Rubio Llorente ha recordado que «la norma constitucional es estructuralmente distinta de la norma legal ordinaria [...]. La diferencia está, como es sabido, en el grado de mayor generalidad y abstracción que caracteriza a la norma constitucional y que resulta no sólo del tenor literal del enunciado normativo, sino también y sobre todo del hecho de que forma parte de un sistema que es, por definición, amplio y abierto»¹¹.

Si es cierto – nadie parece discutirlo– que la amplitud, apertura y fragmentación definen el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales, esto es, de las disposiciones a ellos atinentes, no queda sino concluir que el esfuerzo de nuestros constituyentes al suprimir la referencia a la integración de los derechos mediante los tratados internacionales fue en vano. La interpretación de aquellas disposiciones implica, en un sentido seguramente no deseado por la mayoría de la Comisión de Constitución del Senado, integración. En palabras de HESSE, «la interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado [...]. En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma»¹².

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. esp., Baden-Baden, 1993, pág. 44. Sobre la apuntada diferencia entre la Constitución y la ley, *ibídem*, págs. 16-17. En este mismo sentido, entre otros, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp., Madrid, 1993, pág. 532, que define a las «disposiciones iusfundamentales» como «muy abstractas, abiertas e ideologizadas» (sobre la diferencia entre «norma de derecho fundamental» y «disposición de derecho fundamental», *ibídem*, págs. 63-66). También SCHENEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, trad. esp., Madrid, 1991, pág. 59, donde alude a la «amplitud e indeterminación» del contenido de las normas constitucionales. Finalmente, HESSE, K., *Escritos de derecho Constitucional*, trad. esp., Madrid, 1992, pág. 17, en la que reconoce que «las normas de la Constitución no son completas ni perfectas», afirmando más adelante que «para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas» (*ibídem*, pág. 34).

¹¹ En *La forma del poder*, Madrid, 1993, pág. 617.

¹² *Escritos...*, *cit.*, págs. 40-41. Véase también, en este mismo sentido, RUBIO LLORENTE, F. *op. cit.*, págs. 618-620.

En consecuencia, al pasar de la disposición a la norma el exégeta, en nuestro caso el Tribunal Constitucional, utiliza los argumentos interpretativos a su alcance en el marco de una actividad «no sólo explicativa, sino rellenadora, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización»¹³. Y ha de recordarse ahora que el *único* vínculo hermenéutico al que la Constitución somete de modo explícito a su más alto intérprete son, precisamente, los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales.

2.1. El contenido de los derechos fundamentales y los tratados internacionales

Al proceder a la interpretación de las disposiciones que reconocen los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional fija su contenido, establece si las facultades, posiciones o garantías en juego en el proceso de que se trate caben, o no, en aquellos enunciados normativos. En otras palabras, el Tribunal en su condición de máximo intérprete de la Constitución declara, con carácter vinculante, su contenido¹⁴: confirma o rechaza la adecuación de la actividad normativa del legislador al mismo (en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes y fuentes equiparadas) o, cuando conoce de los recursos de amparo, juzga sobre la conformidad con dicho contenido de la actuación de los poderes públicos¹⁵.

¹³ BÖCKENFÖRDE, E. *op. cit.*, pág. 44. Por su parte, RODRÍGUEZ BEREIJO, A. sostiene que la «función de la jurisdicción constitucional no es, por tanto, una tarea meramente exegética de la Constitución como si de una Ley cualquiera se tratara, sino interpretación creativa, de desarrollo e impulso de la misma» (RODRÍGUEZ BEREIJO, A., «Constitución y Tribunal Constitucional», *REDA*, n. 91, 1996, pág. 371). Recuerda este autor el juicio de TOMÁS, F., y VALIENTE sobre la «función *creativa, constituyente, completiva y necesaria*» del Tribunal Constitucional, «que es condición elemental para la acción integradora en el tiempo de la Constitución» (*ibidem*, pág. 370).

¹⁴ De ahí que pueda afirmarse que la interpretación constitucional «cobra una nueva y esencialmente distinta perspectiva ante una Jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias. Si hasta ese momento la interpretación se dirigía a la observancia y realización de la Constitución en el proceso político de la legislación y en el obrar de los órganos de la Administración, desde ese momento se dirige a la *última decisión judicial vinculante de un Tribunal sobre el contenido de la Constitución*», en BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pág. 14 (la cursiva se ha añadido). La interpretación que de la Constitución lleva a cabo el Tribunal Constitucional no es, en efecto, la única, pero sí, como ha escrito SÁINZ MORENO, F., la que «prevalece y corrige todas las demás», en SÁINZ MORENO, F., «Interpretación jurídica (Derecho Constitucional)», AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. 3, pág. 3.711.

¹⁵ Se asume ahora que el contenido constitucionalmente protegido o declarado de todo derecho fundamental no es sino el conjunto de facultades, garantías y posiciones jurídicas que integran su contenido esencial o mínimo y su contenido no esencial o normal. El primero, insusceptible de límites e inatacable por la ley, que nada puede incorporar o sustraer del mismo; el segundo, limitable por el legislador para la salvaguarda o protección de otros bienes o derechos constitucionalmente

En hipótesis teórica podríamos mantenernos aquí en la ficción de la interpretación como actividad meramente cognoscitiva: El Tribunal no crea nada porque nada dice que no esté ya en la Constitución. Y, formalmente, ha de reconocerse, así es. El Tribunal Constitucional no es poder constituyente: no redacta disposiciones (aunque sí expresa normas), no escribe la Constitución. Pero, como se acaba de afirmar, la concretiza o rellena cada vez que, por ejemplo, de la (casi siempre) lacónica formulación de un derecho fundamental extrae un conjunto de facultades en las que éste se despliega. Es la suma de dichas facultades, en su caso previamente definidas como tales por el legislador al desarrollar el derecho fundamental o regular su ejercicio, la que integra el derecho fundamental en cuestión; su contenido constitucionalmente declarado.

Cuando la Constitución Española alude al contenido esencial de los derechos fundamentales del Capítulo II de su Título Primero (art. 53.1) para imponerlo como un límite al legislador, está reconociendo implícitamente que, puesto que sólo el Tribunal Constitucional puede fiscalizar el comportamiento normativo de las Cortes Generales (y de los Parlamentos territoriales), corresponderá a dicho órgano la concreción de cuál sea, para cada derecho, aquel contenido esencial presente en la Constitución. Toda intervención normativa en el terreno de los derechos fundamentales, disfrutando de la presunción de constitucionalidad, estará siempre a expensas de su posible control por el Juez de las leyes a quien compete declarar su eventual inadecuación a la Norma fundamental. En ese sentido se afirma que el contenido constitucionalmente necesario de los derechos fundamentales depende *en última ratio* de la actuación del Tribunal Constitucional.

Si esto es así, si el Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre cuál pueda ser el contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales y si, como se decía anteriormente, en esa tarea interpretativo-integrativa el Tribunal ha de proceder de conformidad con los tratados internacionales, la conclusión parece obligada: aquel contenido mínimo debe incorporar (en el sentido de no contradecir) las facultades, garantías o posiciones jurídicas en las que el derecho fundamental se despliega de acuerdo con tales tratados. Esa misma vinculación afecta al Poder Legislativo

tutelados y en el respeto siempre del principio de proporcionalidad. En ambos casos, se insiste, estamos en presencia del contenido que respecto de cierto derecho emana directamente de la Constitución. Véase MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996, *passim*.

cuando desarrolla o regula el ejercicio de los derechos ya que «los elementos que el Tratado introduce en el contenido de los derechos no son “facultades adicionales” de las que el legislador pueda prescindir, sino parte del contenido mínimo del derecho que el legislador debe respetar»¹⁶, de modo que al conformar aquellas facultades suplementarias, *no impuestas por la Constitución*, el Parlamento puede obrar con un margen mucho mayor de configuración. Y si el Tribunal Constitucional *nada* puede añadir a dichas facultades adicionales, que dependen en su existencia de la libre discreción del legislador, no sucede lo mismo respecto del contenido esencial que, *impuesto por la Constitución*, aquél se encarga de garantizar en todo caso (en ocasiones corrigiendo al legislador) *de conformidad con los convenios internacionales*.

No se me ocultan las dificultades que el concepto de contenido esencial plantea, algo que quizá demuestre el hecho de que en la mayoría de las ocasiones en que es utilizado por el Tribunal Constitucional su «influencia real como *ratio decidendi* es prácticamente inexistente»¹⁷. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse, y este es el aspecto que aquí interesa, que el llamamiento a la utilización de los tratados internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales puede contribuir en gran medida a la definición de los contornos del mencionado concepto (jurídico indeterminado) de contenido esencial, sirviendo de criterio decisivo para su averiguación y sometiendo así la labor del Tribunal Constitucional a parámetros cognoscibles y controlables. Todo ello en el convencimiento de que «la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho Constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la *racionalidad* posible, no de que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente»¹⁸.

Conviene recordar en este momento que cuando el Tribunal Constitucional se atrevió, en una de sus primeras decisiones, y en sus propias palabras, a «aproximarse de algún modo a la idea de “contenido esencial”», no dejó de reconocer que

«muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto»,

y añadió que

«el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente

¹⁶ RUBIO LLORENTE, F., “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves*, No. 75, 1997, pág. 6.

¹⁷ MEDINA GUERRERO, *La vinculación...*, *cit.*, pág. 160.

¹⁸ HESSE, *Escritos...*, *cit.*, pág. 48.

al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta».

Así, tras estimar que

«constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito»,

concluyó:

«Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».¹⁹

En mi opinión, nada impide entender que las referencias ahora reproducidas avalan la *utilización privilegiada* del que he considerado como *argumento comparativo en la identificación del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Desde luego, la presencia de tales derechos en los tratados internacionales es muy anterior a su reflejo en la Constitución Española, y el tipo abstracto de los derechos resulta reconocible y homologable en las distintas sociedades democráticas, máxime en el ámbito de instituciones como el Consejo de Europa cuyo Convenio de Derechos Humanos, y los contenidos que para éste aporta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se señala por la definición de un estándar mínimo común de derechos y libertades en el que se respete en todo caso su (en los términos franceses e inglés frecuentes en aquella jurisprudencia) «*noyau dur*», «*substance même*» o «*essence*»²⁰.

El Tribunal Constitucional, que como comprobaremos más adelante respecto de algunos derechos en concreto parece haber asumido esta percepción, ofrece en numerosos de sus pronunciamientos formulaciones indubitadas de carácter general que avalan la utilidad de los tratados y acuerdos internacionales en la identificación del contenido mínimo de los derechos fundamentales. Así, se reconoció tempranamente que

«los tratados internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el *sentido* y *alcance* de los derechos»

¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, RI, FJ 8. Concepto reiterado, entre otras, en las SSTC 37/1987, de 26 de marzo, RI, FJ 2, y 196/1987, de 11 de diciembre, CI, FJ 5.

²⁰ Para MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 162-163, la garantía del contenido esencial «quizás [...] adquiera su máxima virtualidad y sentido» por su conexión con el art. 10.2 CE. A estos efectos

que recoge la Constitución²¹, a la vez que se ha establecido su utilidad a efectos no sólo esclarecedores sino *también integradores* del contenido de aquéllos, cuya mejor identificación es posible gracias a los tratados²². Aunque la afirmación más rotunda en este sentido se encuentra en la STC 36/1991, en la que tras recordar que el art. 10.2 CE «obliga a interpretar» los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados se afirma

«que en la práctica este contenido [de los tratados o convenios] se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución».²³

Queda, ya para finalizar, una aclaración. Hasta aquí se ha considerado que el canon interpretativo del art. 10.2 CE puede ser decisivo, y esa sería su principal virtualidad, en la definición del contenido esencial o mínimo, es decir, de los elementos integrantes del derecho que son absolutamente indisponibles, no susceptibles de limitaciones. Se habla así del contenido esencial como límite de los límites a los derechos fundamentales.

Lo que ahora quiere precisarse (*con el matiz que me limito a enunciar en el ámbito del Derecho de la Unión Europea*) es que en materia de límites el intérprete de los derechos fundamentales, como el legislador al regular su ejercicio o proceder a su desarrollo, está vinculado únicamente por los que resultan de la Constitución, y que nunca podrá traerse límite alguno de los acuerdos internacionales que no encaje con los presentes en la Constitución, los cuales habrán de interpretarse siempre de conformidad con aquellos acuerdos. El problema, en concreto, no se plantea a propósito de los límites que la Constitución fija o establece por sí misma, es decir,

recuerda cómo en ocasiones el Tribunal Constitucional «se atreve a sumergirse» en el contenido esencial de ciertos derechos fundamentales «porque cuenta con el sólido apoyo que le prestan los tratados [...] y, señaladamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Véanse también en la doctrina, y entre otros muchos, sobre el nexo entre el art. 10.2 CE y el contenido esencial, RUBIO LLORENTE, «*Los derechos fundamentales...*», *cit.*, pág. 6; CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas», *REDC*, No. 35, 1992, pág. 66.

²¹ STC 38/1981, de 23 de noviembre, RA, FJ 4 (la cursiva está añadida). En idéntico sentido, SSTC 254/1993, de 20 de julio, RA, FJ 6, y 84/1989, de 10 de mayo, RA, FJ 5. Véanse también las Sentencias 233/1993, de 12 de julio, RA, FJ 1, y 177/1994, de 10 de junio, RA, FJ 1, en las que se afirma que tales acuerdos contribuyen a la configuración y ayudan al entendimiento de los derechos fundamentales.

²² Así, SSTC 64/1991, de 22 de marzo, RA, FJ 4; 105/1994, de 11 de abril, RA, FJ 5; 181/1994, de 20 de junio, RA, FJ 2; 77/1995, de 22 de mayo, RA, FJ 2, y 51/1996, de 26 de marzo, RA, FJ 1.

²³ STC 36/1991, de 14 de febrero, CI, FJ 5.

de los límites explícitos²⁴, sino de los conocidos como límites implícitos o indirectos (también denominados límites inmanentes), en virtud de los cuales la tutela de otros derechos o bienes jurídicos consagrados en la Constitución puede justificar la merma no ya del contenido esencial sino del que puede y suele denominarse contenido normal, es decir, de aquella parte del contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental que no integra las facultades o posiciones jurídicas en ningún caso limitables²⁵.

En principio la jurisprudencia constitucional no parece más límites inmanentes que los que resultan de la propia Constitución, los que ésta «prefigura»²⁶. Sin embargo, y en lo que ahora interesa, de ciertas Sentencias parece poder deducirse que el Tribunal Constitucional ha aceptado la existencia de límites no presentes en la Norma Fundamental trayéndolos de alguno de los tratados ratificados por España en materia de derechos fundamentales. Ya en la STC 22/1981 se asumió que la jubilación forzosa supone una limitación al derecho al trabajo justificada por el art. 29.2 DUDH (que alude al «reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás», al que también se refiere el art. 10.1 CE), y también

«por su contribución al bienestar general – otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– »,

²⁴ Límites explícitos, por cierto, que es necesario diferenciar de las previsiones constitucionales que delimitando el contenido de un derecho fundamental sirven para excluir su presencia. Así, por ejemplo, la comisión de un delito flagrante no es un límite al derecho a la inviolabilidad domiciliaria; pura y simplemente en tal supuesto no existe un derecho susceptible de limitación (art. 18.2 CE). En igual sentido, la celebración de una reunión con armas nos situaría fuera del derecho de reunión (art. 21.1 CE).

Dentro de los límites explícitos pueden distinguirse los directos, fijados en las disposiciones constitucionales (así, por ejemplo, el mantenimiento del orden público protegido por la ley, en relación con la libertad ideológica, religiosa y de culto, art. 16.1 CE; y el derecho al honor, a la intimidad, etc., a propósito de las libertades del art. 20 CE), y los límites que revisten la forma de reservas específicas de limitación dirigidas al legislador (entre los que se cuentan, siempre a título de ejemplo, la excepción a la abolición de la pena de muerte para tiempos de guerra, art. 15 CE, y la limitación del derecho de sindicación para los miembros de las Fuerzas e Institutos armados, art. 28.1 CE.).

²⁵ Al respecto, MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 70 ss.; y AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *RCEC*, No. 14, 1993, págs. 9 ss. Véase también el completo y clarificador estudio de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “Una reflexión acerca de los límites de los derechos fundamentales”, *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, No. 4, 1998, págs. 25 ss. Del mismo autor, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, 1999, en concreto, págs. 239 ss.

²⁶ MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pág. 73.

aunque se apuntó también en esa ocasión que el límite en cuestión «se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución)».²⁷

Lo más que puede decirse es que en esta decisión el Tribunal se sirvió también de límites presentes en ciertos tratados, aunque no resolvió de acuerdo con ellos; más aún, seguramente podría haber llegado a idéntica conclusión a partir del solo texto constitucional.

Mucho más explícita puede considerarse la actitud del Tribunal Constitucional en su Sentencia 62/1982, en la que se admitió que el derecho a un proceso público y la libertad de expresión pudieran limitarse para la protección de la «moral pública» que fue considerado como uno de los

«límites implícitos [...] previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que se inserta nuestra Constitución».²⁸

Algunas (pocas) Sentencias posteriores pueden llevar a pensar que, junto a los límites inmanentes, el Tribunal ha asumido esporádicamente otros límites derivados de los acuerdos internacionales y no prefigurados por la Constitución (o al menos no declarados por él como tales). Se trata, en todo caso, de ejemplos aislados de los que no parece poder deducirse la existencia de una jurisprudencia decantada al respecto.²⁹

En mi opinión la «importación» (que en puridad no es tal) de límites está expresamente prohibida en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos por su ya citado art. 53 (anterior art. 60), según el cual ninguna de las disposiciones de dicho convenio «será interpretada en el sentido

²⁷ STC 22/1981, de 2 de julio, CI, FJ 9.

²⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre, RA, FFJJ 2, 3 y 5. Se aludió aquí para justificar tales límites a los arts. 29.2 DUDH, 14 PIDCP y 6 CEDH, para el derecho a un proceso público, y a los arts. 29.2 DUDH, 19.3.b PIDCP y 10 CEDH, para la libertad de expresión. Véase también la STC 176/1995, de 11 de diciembre, RA, FJ 5, que reenvía a la Sentencia ahora tratada a propósito del límite a la libertad de expresión.

En contra de esta utilización en sentido restrictivo de los tratados internacionales, y aludiendo a la STC 62/1982, DE OTTO, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en su obra con MARTIN-RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, págs. 114- 115; MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pág. 87; AGUIAR DE LUQUE, «Los límites...», *cit.*, pág. 29, y GAY FUENTES, C., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español", *RAP*, No. 120, 1989, págs. 259 ss.

Por su parte REY MARTÍNEZ, F. "El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales", *Rev. General de Derecho*, No. 537, 1989, pág. 3629, considera, en

de limitar» los derechos reconocidos por las leyes de cualquier Estado parte. El propio art. 10.2 CE, al reenviar al Convenio para la interpretación de los derechos fundamentales imposibilitaría toda exégesis de éstos *en contradicción* con el art. 53 CEDH, es decir, asumiendo límites no previstos constitucionalmente.

En los otros tratados empleados por el Tribunal Constitucional, básicamente la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la situación es algo distinta. La primera, contiene una cláusula general legitimando las limitaciones «*establecidas por la ley*» con el propósito de asegurar «el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, orden público y del bienestar general en una sociedad democrática » (art. 29.2); y el segundo, además de incorporar una previsión general semejante a la del art. 53 CEDH (art. 5.2 PIDCP), define los límites, con una técnica similar a la del Convenio

sentido contrario, que el art. 10.2 CE «en su función conformadora del contenido, pero también por ello mismo, de los límites de los derechos fundamentales, aporta criterios objetivos y relativamente seguros, los de los textos internacionales (aunque sean más o menos indeterminados), al TC para la fijación por éste de tales límites». El problema, continúa este autor, «delicado y fundamental, hunde su raíz en la actividad del TC consistente en precisar si un límite introducido por ley al derecho positivado al más alto rango vulnera o no el contenido esencial de éste. Pues bien, entre otras técnicas, la prevista en el art. 10.2 CE proporciona, como pone de relieve la jurisprudencia del TC en este punto, criterios objetivos a tal actividad». Avalando también el recurso a los tratados internacionales ex art. 10.2 CE para la determinación de los límites de los derechos fundamentales puede consultarse LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999, en concreto, págs. 234 y ss. y 304 y ss.

²⁹ Algunos supuestos en los que se alude a límites de los derechos fundamentales que resultan de los tratados internacionales, *aunque no siempre sea posible su desvinculación de la Constitución*, pueden encontrarse, además de en las dos Sentencias citadas en la nota precedente, en las SSTC 13/1985, de 31 de enero, RA, FJ 3 (derecho a un proceso público y derecho a recibir información: límites e x arts. 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH); 51/1989, de 22 de febrero, RA, FJ 2 (libertad de expresión e información: art. 10.2 CEDH); 65/1992, de 29 de abril, RA, FJ 2 (derecho a un proceso público: arts. 20 y 10 DUDH, 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH); 341/1993, de 18 de noviembre, RI-CI, FJ 5 (libertad personal: art. 6.3.c CEDH); 29/1995, de 6 de febrero, RA, FFJJ 3-4 (derechos de defensa: art. 6.3.c CEDH); 50/1995, de 23 de febrero, RA, FJ 6 (inviolabilidad del domicilio: art. 8.1 y 2 CEDH) y 140/1995, de 28 de septiembre, RA, Pleno, FFJJ 3, 4 y 6 (derecho a la tutela judicial: Derecho Internacional convencional en materia de inmunidades diplomáticas y art. 6.1 CEDH).

Pueden también consultarse, como decisiones en las que el Tribunal Constitucional se refiere o alude a los límites resultantes de los tratados, las SSTC 89/1989, de 11 de mayo, CI, FJ 8; 171/1990, de 5 de noviembre, RA, FFJJ 9 y 10; 205/1994, de 11 de julio, RA, FJ 5 (reiterado en STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5), y 260/1994, de 3 de octubre, RA, FJ 1. Véanse igualmente las sentencias mencionadas en la nota 124 (de las que resulta que el régimen de inmunidades de los Estados extranjeros, dependiente en parte del Derecho Internacional general, puede actuar como límite al derecho a la tutela judicial efectiva) y los votos particulares a la STC 111/1983, de 2 de diciembre, RI, y a la STC 115/1987, de 7 de junio, RI.

de Roma, a lo largo de su articulado y respecto de derechos concretos, siendo frecuentes las referencias a la salud, orden y moral públicos y a la seguridad nacional.

Así las cosas, asumido que no parece posible deducir límites a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la expresa prohibición en él contenida, y que los demás acuerdos internacionales *remiten su fijación a los ordenamientos estatales* (la ley, genéricamente aludida en todos ellos) puede concluirse que, en tanto en cuanto dichos límites no resulten, siquiera como límites inmanentes, de la propia Constitución, el intérprete de los derechos fundamentales no podrá acudir a aquellos textos a la búsqueda de limitaciones que no encajen en la Norma fundamental. En este sentido, la doctrina española es prácticamente unánime al estimar que el art. 10.2 CE no hace posible la interpretación restrictiva o limitadora de los derechos fundamentales a partir de la cláusula hermenéutica allí contenida. Cosa bien distinta es que cuando tales límites se encuentren también presentes en la Constitución, lo que ocurrirá casi siempre, sea como límites explícitos o en su caso inmanente, su exégesis haya de llevarse a cabo de conformidad (en ausencia de contradicción) con los tratados y acuerdos internacionales.

2.2. Los tratados y la jurisprudencia internacional como ejemplo y como modelo

A los efectos interpretativo-integrativos del art. 10.2 CE, los tratados y acuerdos, así como la jurisprudencia emanada de sus órganos de garantía, pueden servir en una doble veste: como *ejemplo* y como *modelo*. En la primera hipótesis, la fuente de origen internacional *contribuye* a la justificación de una decisión ya adoptada, esto es, sirve para reforzar el discurso argumentativo del Tribunal, pero la solución que éste da al caso sería exactamente la misma en ausencia del referente internacional. Por el contrario, siempre que alguna de aquellas fuentes *funda* la decisión, es decir, cuando deviene instrumento principal – si no único– del razonamiento del intérprete, que no habría de llegar necesariamente a la misma solución prescindiendo de ella, puede establecerse que el tratado (*lato sensu*) actúa como modelo³⁰.

Algunas veces, bien es cierto, no resulta fácil distinguir entre ambos supuestos. Es decir, no se percibe con claridad a partir de la fundamentación jurídica de la Sentencia cuál es la exacta relevancia del empleo del canon

hermenéutico ex art. 10.2 CE en el caso concreto: si se limita a reforzar o sirve de manera principal para decidir. Los casos de ambigüedad en la jurisprudencia constitucional son, justo es reconocerlo, muy poco numerosos³¹, siendo posible deducir con relativa facilidad en la mayoría de las ocasiones la intensidad del uso que se hace de los tratados en la exégesis de los derechos fundamentales.

Es obligado afirmar que la trascendencia de la interpretación internacionalmente adecuada tiene lugar en toda su intensidad cuando los tratados y la jurisprudencia que en su caso les acompaña se comportan como modelo. En estos casos el *contenido* del derecho fundamental implicado viene condicionado, al menos en parte, por el que para el mismo resulta de las fuentes a que alude el art. 10.2 CE. Formalmente se dirá que aquel contenido deriva de la Constitución, que se encuentra presente en ésta; sin embargo, su «afloramiento» se hace posible mediante el recurso a los acuerdos internacionales (y a las decisiones de sus órganos de garantía), que despliegan así con plenitud sus efectos interpretativos. La norma constitucional que se extrae de la respectiva disposición que declara el derecho se obtiene *de manera principal* en virtud de la interpretación conforme de esta última con el tratado o los tratados internacionales a los que se haya acudido.

En la mayor parte de las sentencias en las que queda rastro de la utilización del canon hermenéutico del art. 10.2 CE, los textos internacionales se comportan como ejemplo. El contenido de los derechos fundamentales resultante de esta interpretación habrá de ser igualmente no contradictorio con el que se deduce de tales textos, aunque ahora el Tribunal se servirá de los mismos no como argumento decisivo, sino como uno más de los

³⁰Los tipos «ejemplo» y «modelo» utilizados en el texto son una adecuación de las categorías elaboradas por PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 1976, 3.ª ed., págs. 471 ss. Estos autores se refieren a los diversos modos en que los Tribunales utilizan la jurisprudencia en sus sentencias: como ejemplo, como ilustración y como modelo. Se prescinde aquí del que sería nivel intermedio (la «ilustración») ya que, en mi opinión, dicha categoría aplicada al ámbito ahora estudiado puede, más que aportar claridad, generar confusión.

Entre nosotros, EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, 1988 págs. 312 ss., ha aplicado las propuestas de Perelman al empleo dado por el Tribunal Constitucional a su propia jurisprudencia.

³¹ Un ejemplo de la ambigüedad apuntada en el texto se encontraría, en mi opinión, en la STC 112/1988, de 8 de junio, RA, por cuanto no resulta fácil discernir, a la luz de la tipología referida, el papel que allí juega la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se utiliza para evaluar «la legalidad del internamiento de un enajenado». Aunque a primera vista pudiera parecer que dicha jurisprudencia funda la decisión del Tribunal (jurisprudencia como modelo), las ulteriores referencias a los arts. 17.1 CE y 8.1 del Código Penal entonces vigente pueden dar la sensación de que, prescindiendo de aquélla, la solución última a la que habría llegado el Tribunal Constitucional sería la misma. Véanse los supuestos similares contenidos en las SSTC 104/1990, de 4 de junio, RA, FJ 2, y 24/1993, de 21 de enero, CI, FJ 4.

empleados en el curso de la motivación y, normalmente, para avalar la decisión adoptada de acuerdo con otros parámetros interpretativos³². En definitiva, en estos casos, la mención a mayor abundamiento interpretativo a uno o varios textos internacionales puede ser suficiente para dejar claro que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional usando otros instrumentos exegéticos distintos del art. 10.2 CE es «conforme» con aquellos textos.

Se analizarán a continuación algunos supuestos en los que la referencia internacional se utiliza como modelo, de manera que la interpretación del derecho fundamental presente en la Constitución resulta decisivamente condicionada por aquella, sin la cual puede pensarse que el contenido constitucionalmente declarado del derecho no tendría por qué ser necesariamente el mismo. En ningún caso se pretenden agotar las hipótesis en las que de la jurisprudencia constitucional resulte un uso de las fuentes internacionales como modelo. Aludiré sólo a unos cuantos ejemplos en el convencimiento de que únicamente el análisis individualizado de cada uno de los derechos fundamentales que nuestra Norma básica declara puede conducir a la averiguación de cuál ha sido, respecto del contenido del derecho en

³² Los casos en que los tratados internacionales y, eventualmente, la jurisprudencia de éstos resultante se han empleado como ejemplo por el Tribunal Constitucional son *numerosísimos*. Me limitaré a reflejar aquí unos pocos supuestos.

STC 16/1981, de 18 de mayo, RA, FJ 5: el art. 24.2 CE prohíbe imponer una pena sin juicio previo con todas las garantías. «También consagran» este principio el art. 14 PIDCP y el art. 6 CEDH.

STC 67/1985, de 24 de mayo, CI, FJ 3: se recuerda que ya en la STC 5/1981 el Tribunal Constitucional había declarado que la libertad de asociación del art. 22.1 CE comprende el derecho de no asociarse, presente también, se dice ahora, en el art. 20.2 DUDH.

STC 99/1985, de 30 de septiembre, RA, FJ 2: el derecho a la tutela judicial efectiva se predica en la Constitución también de los extranjeros («Todas las personas [...]»), conclusión ésta a la que se llega igualmente de acuerdo con los arts. 10 DUDH, 6.1 CEDH y 14.1 PIDCP que emplean términos muy similares, cuando no idénticos.

STC 199/1987, de 16 de diciembre, RI, FJ 6, en la que tras afirmar que de acuerdo con la propia doctrina la independencia e imparcialidad del juzgador forman parte del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), se sostiene que tales características se encuentran presentes en el art. 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH.

STC 176/1988, de 4 de octubre, RA, FJ 2: el derecho a un proceso público (art. 24.2 CE) se encuentra también reconocido en los arts. 11 DUDH, 14 PIDCP y 6 CEDH. Con referencias a jurisprudencia del TEDH.

STC 195/1989, de 27 de noviembre, RA, FJ 3: ninguno de los apartados del art. 27 CE incluye como parte del derecho constitucionalmente garantizado el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores en el Centro público de su elección. Al mismo resultado conducen los arts. 28 DUDH, 18.4 PIDCP, 13 PIDESC y 2 del Protocolo Adicional CEDH.

cuestión, la influencia de la pauta hermenéutica impuesta por el art. 10.2 CE³³.

2.2.1. Sólo el tratado como modelo

El comportamiento del tratado internacional como modelo tiene lugar cuando es su propia literalidad, en ausencia de toda interpretación imputable a órganos jurisdiccionales previstos en el mismo, la que sirve para concretizar o rellenar el derecho fundamental constitucionalmente declarado. En la jurisprudencia constitucional existen algunos ejemplos claros de actuación del tratado en esta condición.

a) El derecho al recurso en materia penal

Es sabido que la Constitución Española no incorpora a (no explicita entre) las garantías del proceso penal el derecho al recurso. Una garantía que, sin embargo, el art. 14.5 PIDCP reconoce al establecer que

STC 59/1990, de 29 de marzo, RA, FJ 5: la exigencia del carácter pacífico del ejercicio del derecho de reunión (art. 21.1 CE) se completa con la remisión a una STEDH.

STC 170/1993, de 27 de mayo, RA, FJ 1: el derecho al juez legal imparcial, que debe considerarse incluido en el art. 24.2 CE, es indisoluble del principio acusatorio y constituye, como ha señalado el TEDH, un elemento indispensable de la organización de la Administración de Justicia de un Estado de Derecho.

STC 85/1994, de 14 de marzo, RA, FJ 3. «Aunque con lo expresado», esto es, la propia doctrina constitucional, «sería suficiente para estimar ilícitamente obtenida la intervención telefónica», conviene recordar el art. 8 CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

STC 241/1994, de 20 de julio, RA, FJ 4: como los apartados 1 y 4 del art. 17 CE, los tratados internacionales hacen especial hincapié en la previsión legal de las causas y el procedimiento que conducen a la privación de libertad.

STC 50/1995, de 23 de febrero, RA, FJ 7, en el que tras recordatorio extenso de la doctrina de Estrasburgo sobre los límites de la autorización judicial para la entrada en un domicilio privado, se apunta que «este Tribunal Constitucional había advertido ya, en la misma sintonía y con anterioridad a la jurisprudencia antedicha, que las medidas [...]».

STC 55/1996, de 28 de marzo, CI, FJ 5, después de razonar sobre la ausencia en la Constitución de un derecho que ampararía a los objetores de conciencia para negarse a realizar la prestación social sustitutoria, se afirma que «esta doctrina converge con lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos [...]».

SSTC 16/1998, de 26 de enero, RA, FJ 4; 187/1998, de 28 de setiembre, RA, FJ 2, y 230/1998, de 1 de diciembre, RA, FJ 2, en las que se recuerda la coincidencia entre la propia jurisprudencia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la incongruencia omisiva.

³³ Además de los derechos a los que me referiré acto seguido, el canon interpretativo que aquí se estudia ha condicionado decisivamente el entendimiento de otros como las libertades de expresión e información, el derecho de sindicación y la libertad personal (de modo particular en el ámbito de la prisión provisional). Otra forma de aproximación a los efectos producidos por el art. 10.2 CE consistiría en estudiar los sectores materiales sobre los que la interpretación internacionalmente adecuada se ha proyectado de manera más intensa; así, por ejemplo, la justicia militar y la de menores, la igualdad de sexos, la extranjería (aquí por el juego combinado del art. 13.1 CE) y el régimen de los internos en centros penitenciarios.

«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 previsto por la ley».³⁴

Pues bien, los resultados de la interpretación del art. 24 CE de conformidad con aquel Pacto Internacional no pueden ser más evidentes.

En su Sentencia 42/1982, de 5 de julio, el alto Tribunal formuló por vez primera el principio:

«el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, consagra (art. 14.5) el derecho [...]. Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno (cfr. "Boletín Oficial del Estado", número 103, de 30 de abril de 1977) no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretados en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento».³⁵

Cinco meses después el alto intérprete de la Constitución declaró la nulidad del inciso presente en el art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar, en virtud del cual se limitaba el acceso al recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a los condenados en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar a penas superiores a tres años de privación de libertad, reconociéndose siempre, sea cual fuera la entidad de la pena, al Ministerio Fiscal. En un primer momento el Tribunal parece apoyarse únicamente en el art. 24.2 CE cuando

«exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurso. Y como en el caso presente los condenados hasta tres años de privación de libertad no

³⁴ Este mismo derecho se encuentra reconocido por el art. 2 del Protocolo Séptimo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que España ratificó solo en 2009.

³⁵ RA, FJ 3. Sólo dos semanas más tarde, STC 51/1982, de 19 de julio, CI, FJ 3, el Tribunal reconocía que nada se opone en la Constitución «a la existencia de recursos contra las sentencias pronunciadas en primera instancia, si bien es cierto que no existe ningún precepto constitucional que imponga la doble instancia como necesaria (pues tal imposición no se infiere ni siquiera del art. 24 CE), ni en materia de jurisdicción laboral hay tampoco norma equivalente al art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos concerniente al proceso penal». Una explícita declaración, en suma,

pueden recurrir en casación, como puede hacerlo el Ministerio Fiscal, dicha exclusión se opone a este precepto constitucional».

Esta resulta ser toda la argumentación con base en aquel art. 24.2 CE. Sin embargo, acto seguido el Tribunal Constitucional analiza detalladamente la referencia que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal hacen en sus escritos de alegaciones al art. 14.5 PIDCP, «cualquiera que sea la necesidad de tenerlo en cuenta para la decisión de la cuestión que nos ocupa». Y tras reproducir parcialmente el fundamento jurídico tercero de la STC 42/1982 concluye:

«En el proceso regulado por la Ley Orgánica 9/1980 el Tribunal Superior existe, y el legislador ha creado el recurso ante él; pero lo abrió al Ministerio Fiscal, excluyendo del mismo a los condenados a menos de tres años de privación de libertad. De esta última exclusión deriva la inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980: inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 de la Constitución [...]».³⁶

Ha de notarse que en este caso, y contrariamente a lo que el Tribunal parece apuntar al inicio de su razonamiento, el problema de constitucionalidad no se plantearía tanto en virtud de la diversa posición del condenado respecto del Ministerio Fiscal sino, pura y simplemente, a tenor de la imposibilidad del primero para recurrir cuando la condena no superara los tres años. En efecto, como más adelante vendría a reconocer el Tribunal Constitucional, corrigiendo la propia jurisprudencia, el derecho al recurso ex art. 14.5 PIDCP (...y 24.1 CE) se predica únicamente del condenado, no de las demás partes en el proceso penal (o militar)³⁷.

de la ausencia en el *texto* del art. 24 CE del derecho al recurso y, al mismo tiempo, de su incorporación *sólo al ámbito penal* por la vía del art. 10.2 CE (en un sentido muy próximo puede consultarse la STC 19/1998, de 27 de enero, RA, FJ 1). Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., "La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 331, 1998, págs. 1, 3-5. También, MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, págs. 165 ss., con muy interesantes consideraciones sobre el art. 14.5 PIDCP y su proyección interna.

³⁶ STC 76/1982, de 14 de diciembre, CI, FFJJ 4 y 5. Véase el voto particular discrepante del Magistrado AROZAMENA SIERRA para quien, a la postre, la inconstitucionalidad vendría generada por el art. 14.5 PIDCP, siendo éste un efecto no previsto por el art. 10.2 CE. Para E. ALONSO GARCÍA, con quien coincido plenamente, aunque según el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad nace de la contradicción con el art. 24 CE, y no con el 14.5 PIDCP, «sin embargo, el resultado es el mismo, ya que el art. 24 CE tiene ese contenido precisamente porque el art. 14.5 del Pacto le dota del mismo» (*La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pág. 402).

³⁷ Véanse SSTC 123/1986, de 27 de mayo, RA, FJ 2 (negando tal derecho al procesado absuelto que sólo pretende la revisión de los fundamentos de la resolución) y, sobre todo, 33/1989, de 13 de febrero, RA, FJ 4, y 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5.

Puede ahora prescindirse de la abundantísima jurisprudencia constitucional que ha depurado progresivamente los contornos del derecho aquí estudiado, en particular por referencia a la casación penal que cumple, al menos en parte, el papel del recurso al que se refiere el art. 14.5 PIDCP³⁸, a la espera de una deseable extensión por el legislador de la apelación a todos los procesos penales. Interesa, en resumen, apuntar las siguientes ideas:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no crea por sí mismo recursos no previstos en la legislación procesal penal (su art. 14.5 no es, obviamente, una norma self-executing), pero obliga a interpretar aquella legislación, a tenor del art. 10.2 CE, en el sentido más favorable a la existencia de un recurso ante un Tribunal superior por parte de toda persona declarada culpable de un delito.
- La casación penal puede asumir así un «carácter necesario», no predicable de idéntico recurso en otros ámbitos procesales³⁹.
- La libertad del legislador para decidir sobre el sistema de recursos dentro de cada proceso «tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el art. 14.5 del Pacto»⁴⁰.

En otras palabras: forma parte del contenido esencial del derecho

³⁸ La lista de sentencias a este propósito sería muy larga. Valgan, por todas, las referencias a las SSTC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5, y 184/1997, de 28 de octubre, RA, FJ 5. En esta última se lee, con cita de algunos pasajes de la STC 37/1988, cómo el art. 14.5 PIDCP «no establece propiamente una doble instancia, sino un sometimiento del fallo y de la pena a un Tribunal superior, lo que, ex art. 10.2 CE, ha llevado a una interpretación “integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación de la casación”, conforme a la cual ésta sirve no sólo a los efectos de satisfacer “un mandato al legislador interno”, sino que viene a ser cauce del ejercicio de un “derecho fundamental para el ciudadano”».

³⁹ La cita del «carácter necesario» es de la STC 230/1993, de 12 de julio, RA, FJ 2. Sobre la casación y el Tribunal superior e x art. 14.5 PIDCP, véase STC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5. Se establece aquí que el art. 14.5 PIDCP deja libertad al legislador nacional («conforme a lo prescrito por la ley», se lee en aquel art. 14.5) sobre «cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena [...]. Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación [...]; y permite asimismo que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal Superior». La casación penal, en consecuencia, protege intereses objetivos (depuración en Derecho del obrar judicial) y protege también al justiciable. De todo ello deriva un derecho fundamental para el ciudadano «de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, “inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 de la Constitución” (STC 76/1982)» (c f r. el voto particular discrepante de cuatro Magistrados para quienes con esta STC 37/1988 el Tribunal traspassa, por distintos motivos, «las fronteras de la integración y de la interpretación» dando lugar a un desarrollo normativo).

⁴⁰ STC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5. También 113/1992, de 14 de septiembre, RA, FJ 5.

a la tutela judicial efectiva el derecho del condenado al recurso penal, mientras que el derecho a los demás recursos legales (esto es, en otros órdenes jurisdiccionales) «es contingente», plenamente disponible por el legislador⁴¹. Afirmar que esta diferencia es sólo posible gracias a la interpretación internacionalmente conforme del art. 24.1 CE, parece una consecuencia obligada de cuanto se acaba de decir.

b) Derecho a la intimidad y uso de la informática

En este caso, la definición del contenido mínimo del derecho fundamental fue el resultado de la interpretación del art. 18.4 CE de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, vigente en España desde 1985.

La cuestión se planteó en la STC 254/1993, de 20 de julio, que resolvía el recurso de amparo interpuesto por un ciudadano frente a sendas resoluciones de denegación presunta del Gobierno Civil de Guipúzcoa y del Ministerio del Interior, así como frente a sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona y del Tribunal Supremo, que en opinión del recurrente habrían vulnerado el art. 18.1 y 4 CE al negársele el acceso a los datos automatizados referentes a su persona en poder de la Administración del Estado. En ausencia de desarrollo de las previsiones contenidas en el art. 18.4 CE⁴², el actor fundó su solicitud de información – junto con dicha disposición constitucional– en el precitado Convenio (art. 8.a y .b), que a su juicio poseería efecto directo, característica esta que rechazarían tanto la Audiencia de Pamplona como el Tribunal Supremo.

Los términos en los que se plantea la solicitud de amparo son los siguientes: ¿tiene o no derecho el recurrente, en virtud del art. 18 CE, a que la Administración le proporcione los datos solicitados? A estos efectos, reconoce el Tribunal Constitucional,

«el nudo gordiano del presente recurso consiste en determinar si las dos primeras letras del art. 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales surten efecto directo o, en su caso, interpretativo, en relación con los derechos fundamentales que enuncia el art. 18 de la Constitución».

⁴¹ BORRAJO INIESTA, I., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pág. 45.

⁴² La Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal se aprobaría en octubre de 1992 (LO 5/1992). El recurso de amparo del que ahora se trata se registró en julio de 1990, y la primera solicitud del recurrente al Gobierno Civil de Guipúzcoa lleva fecha de febrero de 1986.

El Tribunal opta decididamente por el efecto interpretativo ya que, tras rechazar que le competa mediante el recurso de amparo fiscalizar la adecuación de los poderes públicos españoles a lo establecido en los tratados, añade que éstos

«pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución»,

para concluir que es desde esta perspectiva «desde la que hay que examinar la presente demanda de amparo».

Cabe así preguntarse, prosigue el Tribunal, cuál puede ser el «contenido mínimo» de este derecho en ausencia de la interpositio legislatoris constitucionalmente prevista (art. 18.4). A juicio del alto intérprete dicho contenido mínimo se integra por un elemento negativo (respeto al honor, a la intimidad, y al pleno ejercicio de los derechos de las personas) aunque, se añade,

«la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España»,

para concluir que la llamada «libertad informática» es también el «derecho a controlar el uso de los mismos datos insertados en un programa informático (habeas data)». En este sentido, se afirma,

«las pautas interpretativas que nacen del Convenio de protección de datos personales de 1981 conducen a una respuesta inequívocamente favorable a las tesis del demandante de amparo».

Al desconocer esas facultades o garantías, que se integran en el art. 18.4 *en cuanto éste se interpreta de conformidad con el Convenio de 1981*, «la Administración demandada en este proceso vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección».

También en esta ocasión puede preguntarse si el Tribunal habría llegado a idéntica conclusión en ausencia del precitado Convenio. La respuesta puede ser positiva, pero con un matiz que vale también para el derecho al recurso ya estudiado: seguramente complicando el discurso argumentativo y haciéndolo menos evidente (persuasivo, quizá) de cuanto pueda serlo mediante la referencia internacional.

En definitiva, el contenido constitucionalmente declarado⁴³ del derecho a la intimidad en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal resulta de la Constitución interpretada a la luz del Convenio de 1981⁴⁴, siendo a estos efectos indiferente el carácter *self-executing* o no de dicho Convenio por cuanto no se trata de la aplicación inmediata del mismo sino de su utilización con el propósito interpretativo-integrativo que resultan del tenor del art. 10.2 CE⁴⁵. Así se evidencia, y critica, en el voto particular discrepante del entonces Presidente del Tribunal, RODRÍGUEZ-PIÑERO, que acompaña a esta Sentencia de la Sala Primera, cuando afirma

«que el Convenio no se utiliza meramente, frente a lo que se dice, como una fuente interpretativa que contribuye a la mejor interpretación del contenido de los derechos [STC 64/1991, fundamento jurídico 4.º, a], sino como elemento de integración ante la demora en el desarrollo legislativo del precepto constitucional».

Esta crítica carece de fundamento si se asume, como aquí se viene haciendo, que el canon hermenéutico del art. 10.2 CE sirve para la fijación del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales, con lo que esta obra (en la que la última palabra corresponde al Tribunal Constitucional) tiene de rellenado o concretización de los mismos⁴⁶.

⁴³ Concepto este más correcto aquí que el de contenido esencial que el propio Tribunal Constitucional emplea, por cuanto no deja de reconocerse que la autoridad administrativa puede denegar «algún extremo de la información solicitada, siempre que dicha negativa se encuentre justificada por alguna excepción prevista por la Ley, incluido el propio Convenio europeo de 1981» (FJ 9), y siempre – habría de añadirse– que la negativa en cuestión sea reconducible a alguna previsión constitucional.

⁴⁴ De hecho, los arts. 13 y 14 de la LO 5/1992 coinciden en su contenido con cuanto establecen los apartados a) y b) del art. 8 del Convenio de 1981.

⁴⁵ Sobre el carácter *non self-executing* del Convenio, véase VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, pág. 191, con cita del *Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, en nota 5.

⁴⁶ No creo que resulte ajeno al voto particular de RODRÍGUEZ-PIÑERO el hecho de que en el momento de dictarse Sentencia ya había entrado en vigor la Ley Orgánica de desarrollo del art. 18.4 CE, subsanándose así el comportamiento omisivo del legislador que, mediante la decisión en este conocido como caso Olaberri, seguramente la mayoría de la Sala pretendía remediar parcialmente. En definitiva, para el Presidente del Tribunal Constitucional dejaba ya de tener sentido una Sentencia cuyo tono monitorio para con el Parlamento parece evidente.

c) El derecho al intérprete

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.f) como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.3.e), reconocen, con formulación casi idéntica, el derecho de todo acusado a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en el proceso (idioma empleado en el tribunal, según el Pacto Internacional). La Constitución, como se sabe, no *reconoce explícitamente* semejante derecho en su art. 24.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho

«de toda persona acusada a ser asistida por un intérprete cuando no comprenda o pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado en el Tribunal»

forma parte del derecho a la defensa

«tal como resulta de la interpretación del art. 24 de la Constitución, de conformidad con el art. 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el art. 6.3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales».⁴⁷

El derecho al intérprete se integra de esta manera en el contenido esencial del derecho a la defensa, pasando a ser indisponible por el legislador. Así debe entenderse la afirmación del Tribunal Constitucional según la cual los anteriormente citados arts. 14.3.f. PIDCP y 6.3.e CEDH

«establecen, como una de las garantías mínimas que deberán respetarse en todo proceso penal, el derecho a ser asistido gratuitamente de un intérprete [...]»;

un derecho que

«deriva en cualquier caso directamente de la Constitución y no requiere para su efectividad y ejercicio una configuración legal, aunque ésta pueda ser conveniente para su eficacia».⁴⁸

⁴⁷ STC 5/1984, de 24 de enero, RA, FJ 2 (se afirma acto seguido que el derecho en cuestión se encuentra presente en varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En sentido concordante, por ejemplo, SSTC 188/1991, de 3 de octubre, RA, FJ 3, y 181/1994, de 20 de junio, RA, FJ 2.

La STC 74/1987, de 25 de mayo, RI, sin una sola referencia al art. 10.2 CE ni a los tratados en él aludidos, extiende a los detenidos o presos ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano el derecho a ser asistidos gratuitamente por un intérprete; un derecho que el tenor literal del art. 520.2.e de la Ley de Enjuiciamiento Criminal predica sólo de los extranjeros, aunque de los arts. 14.3.f PIDCP y 6.3.e CEDH no puede traerse semejante limitación a los mismos.

⁴⁸ STC 30/1989, de 7 de febrero, RA, FJ 4.

Para el Tribunal Constitucional el derecho al intérprete gratuito se prolonga, al menos en los supuestos de asistencia letrada de oficio, a las comunicaciones de los procesados con su Abogado «para formalizar el trámite procesal de calificación provisional de la causa a la que están sometidos»; en definitiva, a todas las actuaciones procesales que superen el estadio de la comunicación o conversación privada entre cliente y Abogado⁴⁹. Es importante notar que a estos efectos el Tribunal se sirvió también de los arts. 6.3.a CEDH y 14.3.a PIDCP (derecho del acusado a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda), y 6.3.c CEDH y 14.3.d PIDCP (derecho a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa), junto con referencias a una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos y dos Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que no tenían por objeto una cuestión idéntica a la entonces sometida a su conocimiento. De hecho, veinte meses más tarde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por vez primera, en un sentido similar al del Tribunal Constitucional, sobre el derecho al intérprete más allá del acto de la audiencia, estimando que ha de garantizarse en las relaciones entre el Abogado y su defendido respecto de todas las declaraciones [statements] que «éste necesita comprender para tener un juicio justo»⁵⁰.

2.2.2. La jurisprudencia (emanada de los órganos de garantía previstos en los tratados) como modelo

Me referiré en este nuevo epígrafe a algunos supuestos representativos en los que se emplea la *jurisprudencia como modelo* en las Sentencias del Tribunal Constitucional. Ahora no es ya el texto del tratado – al menos no lo es sólo– , su literalidad, el parámetro del que hace uso el alto Tribunal en la interpretación-integración de los derechos fundamentales. Antes bien, se recurre a la doctrina jurisprudencial que los órganos de garantía establecidos en el propio tratado han elaborado al proceder a su aplicación en los casos de los que han conocido. Salvada la especificidad del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por los motivos anteriormente recordados, y teniendo presente la utilización por el máximo intérprete de la Constitución del *case-law* del Comité de Derechos Humanos solo en tiempos muy recientes, sólo queda – y a ella me referiré– la jurisprudencia que resulta de la Comisión (para las demandas planteadas

⁴⁹ STC 71/1988, de 19 de abril, RA, FFJJ 3-5.

⁵⁰ En el caso STEDH *Kamisinski c. Austria*, de 19 de diciembre de 1989, A 168, apdo. 74.

antes del 1 de noviembre de 1998) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹. A ella aludiré inmediatamente aclarando una vez más que lo que aquí se quiere evidenciar son sólo algunos de los ejemplos posibles.

a) Igualdad-discriminación

En una de sus primeras Sentencias el Tribunal Constitucional asumió los criterios elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para separar la diferenciación permitida por el art. 14 CE, de la discriminación en éste vedada. Así, después de afirmar que esta disposición constitucional no implica

«en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica»,

se recuerda que el Tribunal de Estrasburgo tiene declarado «en varias de sus sentencias» que el art. 14 CEDH

«no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»⁵².

Estos criterios se reiterarán sistemáticamente por el Tribunal Constitucional, en ocasiones con recordatorio expreso de su inspiración estrasburguesa o, incluso, con cita de concretas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³. Es lógico imaginar que si el Tribunal

⁵¹ Una jurisprudencia que se comporta en estas ocasiones como «antecedente» (STC 131/1997, de 15 de julio, RA, FJ 2, a propósito de la validez de la prueba testifical indirecta) del que se sirve el Tribunal.

⁵² STC 22/1981, de 2 de julio, CI, FJ 3. El uso de esta doctrina de Estrasburgo como modelo se deduce claramente de cuanto se deja escrito más adelante en este mismo FJ 3: «Así, pues, conforme a esta interpretación, de decisiva relevancia en el caso español por la remisión contenida en el art. 10.2 de la Constitución, ha de considerarse que la argumentación en que se apoya el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es suficiente para deducir de ella la inconstitucionalidad de la disposición [...]». Sobre esta Sentencia y, en general, sobre la adecuación del Tribunal Constitucional a los parámetros que en este terreno provienen de Estrasburgo, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 53 ss.

⁵³ Algunos ejemplos de los recordatorios y citas a las que se alude en el texto pueden encontrarse, entre otras, en las siguientes SSTC: 34/1981, de 10 de noviembre, CI, FJ 3; 19/1982, de 5 de mayo, RA, FJ 3; 75/1983, de 3 de agosto, CI, FJ 2; 6/1984, de 24 de enero, CI, FJ 2; 23/1984, de 20 de febrero, RA, FJ 6; 93/1984, de 16 de octubre, RA, FJ 3, y 99/1984, de 5 de noviembre, RA, FJ 2.

Recuérdese que en materia antidiscriminatoria, en concreto en el terreno laboral y por motivos de sexo, la jurisprudencia comunitaria completa y *perfecciona* el canon establecido por el Tribunal de Estrasburgo (véanse las notas 248-249, y el texto correspondiente).

Constitucional hubiera prescindido (o mejor, podido prescindir) de la referencia a la doctrina de Estrasburgo habría llegado a conformar un test muy similar al que de ésta (y de la de otros muchos Tribunales Constitucionales) resulta en garantía del derecho a la igualdad. En este caso puede concluirse que el art. 10.2 CE facilita la tarea del Tribunal, que se adecúa así a estándares europeos por imperativo constitucional.

b) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Tal y como sucede con el derecho a la igualdad, también el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) aparece expresamente garantizado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos con una formulación muy próxima a la presente en la Constitución, como ha reconocido el Tribunal Constitucional. En concreto, se dice en el art. 6.1 CEDH que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista [...] en un plazo razonable [...]».

El concepto de proceso sin dilaciones indebidas (o en plazo razonable)

«es manifiestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico».⁵⁴

A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha acudido de manera continua, y desde el primer momento, a la jurisprudencia elaborada en Estrasburgo para la definición o fijación de aquel concepto, acompasando su entendimiento del mismo a las pautas que de modo progresivo ha ido precisando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera que, como el alto intérprete de la Constitución ha reconocido, el concepto jurídico indeterminado en cuestión ha recibido un contenido «a la luz de», o «siguiendo», los «criterios objetivos establecidos» por el Tribunal de Estrasburgo (SSTC 31 y 33/1997).

Ya en la STC 24/1981 el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la precitada jurisprudencia, aclaró que aunque del contexto general en que se utiliza dicha expresión pudiera deducirse que la garantía del proceso sin dilaciones indebidas se limita al ámbito penal, sin embargo la misma se proyecta también a los procesos contencioso-administrativos. Se fijaron allí también los elementos del test que, siempre a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo, sirven para apreciar el carácter razonable de su duración, a saber: la complejidad del asunto, el comportamiento del

⁵⁴ Por todas, en STC 36/1984, de 14 de marzo, RA, FJ 3.

recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales⁵⁵.

Algún tiempo después, y ahora en el ámbito laboral, se precisarían los componentes del test: la complejidad del litigio, la conducta de (todos) los litigantes y de las autoridades, y las consecuencias que del proceso demorado se siguen para los primeros⁵⁶. Unos componentes que se completarían, para una causa civil y de acuerdo con la evolución jurisprudencial de Estrasburgo, con el conocido como estándar medio admisible, a saber, «las pautas y márgenes ordinarios en los tipos de proceso de que se trata»⁵⁷.

Con posterioridad, en las muchas Sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado respecto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pueden encontrarse desarrollos o aclaraciones que se llevan a cabo de la mano de los pronunciamientos de los órganos de garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se ha hecho notar con apoyo en dos decisiones de la Comisión que si la estructura del proceso incluye una fase instructora autónoma

«el objetivo de una duración razonable del proceso se pone particularmente en peligro si se dilata irrazonablemente dicha fase de instrucción por tener una relevancia directa

⁵⁵ STC 24/1981, de 14 de julio, RA, FJ 3. Añadiendo en el FJ 4 que el art. 10.2 CE «nos permite acudir a aquella doctrina establecida en el caso König para determinar si en el sometido ahora a esta jurisdicción constitucional concurren los supuestos que permitan calificar de lesiva constitucionalmente la actuación del órgano del Poder Judicial».

⁵⁶ STC 36/1984, de 14 de marzo, RA, FJ 3. Para finalizar que «la aplicación de estos criterios al presente asunto obliga a concluir que el acto impugnado ha producido la lesión que se le imputa».

⁵⁷ STC 5/1985, de 23 de enero, RA, FJ 6. Ha de recordarse que esta Sentencia denegó el amparo solicitado por la Unión Alimentaria Sanders S.A. al considerar el Tribunal Constitucional que las circunstancias del caso, examinadas a la luz de los elementos del test referido en el texto, no implicaban la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En este sentido discrepante se manifestó el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular, favorable al otorgamiento del amparo.

Cuatro años y medio más tarde se pronunciaría sobre este mismo asunto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH Caso *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, de 7 de julio 1989) que, contrariamente al Tribunal Constitucional español, entendió vulnerado al derecho al proceso en un plazo razonable. A su juicio el litigio no presentaba especiales dificultades de hecho o de Derecho; el comportamiento de la recurrente fue diligente, sin que en ningún momento llevara a cabo actuaciones dilatorias, y, finalmente, las medidas adoptadas por las autoridades españolas para agilizar el funcionamiento de los Tribunales en Barcelona, aun no siendo irrelevantes, resultaron tardías e incompletas.

El diferente criterio de ambos Tribunales evidencia que, a pesar de utilizarse los mismos parámetros de enjuiciamiento, el intérprete puede alcanzar conclusiones opuestas, como sucedió en esta oportunidad. Nada debe extrañar semejante afirmación si se tiene presente que aquellos parámetros (los elementos que conforman el test de las dilaciones indebidas) son vagos o indeterminados y que, por consiguiente, en su apreciación existe un buen margen para la valoración.

sobre la propia apertura del juicio»⁵⁸.

También se ha puntualizado que no pueden excluirse las dilaciones «que vengan ocasionadas en defectos de la estructura de la organización judicial»⁵⁹, y que la sobrecarga de trabajo de un órgano judicial no puede justificar el retraso, aunque cuando éste

«es circunstancial y el Estado mediante las reformas orgánicas y procesales oportunas consigue el normal funcionamiento del órgano, [...] dicha sobrecarga puede operar como causa de justificación».⁶⁰

En fin, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha precisado cómo el momento inicial que ha de tomarse en consideración desde la perspectiva del derecho al que ahora me refiero «ha de ser interpretado de forma extensiva», y aunque

«podiera hacerse coincidir con el momento de la acusación, sin embargo “la misma puede revestir en ciertos casos la forma de otras medidas que impliquen tal acusación y entrañen, también, repercusiones importantes sobre la situación del acusado”».⁶¹

Se comprueba, en definitiva, cómo en esta ocasión la conformidad en la interpretación que impone el segundo apartado del art. 10 de la Constitución Española ha significado la identidad de contenidos en la definición de los criterios conformadores del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de acuerdo con las pautas marcadas tanto por la Comisión como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c) La prohibición de las torturas y de las penas o tratos inhumanos o degradantes

El art. 3 CEDH establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes», con fórmula reproducida casi literalmente al final del primer inciso del art. 15 CE. Para la definición de lo que puedan ser los tratos inhumanos o degradantes, el Tribunal Constitucional se ha servido del *case-law* de la Comisión y del Tribunal de Estrasburgo.

⁵⁸ STC 133/1984, de 4 de julio, RA, FJ 3.

⁵⁹ Por todas, STC 223/1988, de 25 noviembre, RA, Pleno, FJ 7, siempre con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

⁶⁰ Por todas, STC 206/1991, de 30 de octubre, RA, FJ 7, con remisiones a Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶¹ STC 13/1994, de 17 de enero, RA, FJ 5, correspondiendo la cita a dos Sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Ya en la STC 65/1986, y ante la alegada vulneración del art. 15 CE por el recurrente en amparo, el Tribunal, con cita de una Sentencia de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmó que

«la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o que provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena».⁶²

Pocos meses más tarde se evaluaría la (in)existencia de un trato inhumano o degradante a resultas de una sanción de varios días en celda de aislamiento impuesta a un recluso en Centro Penitenciario, trasladando al supuesto enjuiciado los criterios que en un caso muy similar había elaborado la Comisión Europea de Derechos Humanos cinco años antes:

«no es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del art. 3 del Convenio de Roma».

Para concluir, «a la luz de esta doctrina», rechazando la alegación del recurrente⁶³.

El dato de la humillación o el envilecimiento ante los demás o ante sí mismo, que el trato inhumano debe generar en el interesado, se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional siempre con reenvío a la doctrina estrasburguesa⁶⁴, de la que también se asume que la tortura y los tratos inhumanos o degradantes son «nociones graduadas», de manera que la distinción entre ambos ha de hacerse en virtud de la intensidad del sufrimiento causado⁶⁵.

⁶² STC 65/1986, de 22 de mayo, RA, FJ 4. Tales consideraciones, concluye el alto Tribunal, expuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 3 del Convenio, «son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución». Criterio reafirmado en la STC 89/1987, de 3 de junio, RA, FJ 2.

⁶³ STC 2/1987, de 21 de enero, RA, FJ 2.

⁶⁴ SSTC 120/1990, de 27 de junio, RA, Pleno, FJ 9; 137/1990, de 19 de julio, RA, Pleno, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, RA, FJ 4, y 215/1994, de 14 de julio, CI, FJ 5.

⁶⁵ SSTC 120/1990, de 27 de junio, RA, Pleno, FJ 9; 137/1990, de 19 de julio, RA, Pleno, FJ 7, y 57/1994, de 28 de febrero, RA, FJ 4. La gradación referida en el texto parece resultar igualmente

d) El derecho a un proceso con todas las garantías y la imparcialidad del juzgador. Las causas de abstención y recusación

Se trata de un supuesto singular en un doble sentido. En efecto, ello es así no sólo porque sea posible la cita de una única Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el particular, sino porque, además, en dicha Sentencia se manifiesta con bastante claridad el valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como modelo, de acuerdo con cuanto aquí se viene sosteniendo.

En esta ocasión, y tras recordar que la Constitución no enumera las causas de abstención y recusación que permiten preservar el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el Tribunal sostiene que, sin embargo, la Norma fundamental impone al legislador que debe ordenar tales causas «determinados condicionamientos». Estos,

«derivan del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE, a la luz de los mandatos del art. 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios [...]. Con relación a estos mandatos, [...], baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello».⁶⁶

Se reconoce, así, que a través del art. 10.2 CE pueden completarse las causas de abstención y recusación para preservar el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías⁶⁷.

de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (véanse los arts. 1.1 y 16.1), a la que se alude en las dos primeras Sentencias, y que fue ratificada por España en 1987.

⁶⁶ STC 157/1993, de 6 de mayo, CI, FJ 2. Prosigue el Tribunal Constitucional que «la cuestión planteada no se fundamenta en resolución jurisdiccional alguna dictada en aplicación de los convenios o tratados a que se refiere el art. 10.2», para concluir que la única Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que el supuesto «presenta alguna similitud con el ahora planteado», apunta en sentido contrario al pretendido por el órgano judicial *a quo* que interpone la cuestión de inconstitucionalidad (FJ 2). *Cfr.* la crítica al aspecto que aquí interesa de esta Sentencia del Tribunal Constitucional en MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, págs. 223-224.

⁶⁷ Sobre el particular, resulta de imprescindible consulta la obra de JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002, *passim*.

e) El derecho a la asistencia letrada gratuita

Este derecho se ha visto doblemente incidido por la jurisprudencia de Estrasburgo, a saber: en lo tocante al carácter efectivo de la asistencia letrada y, también, en cuanto a la eventual prestación de la misma.

Respecto de esta última el Tribunal Constitucional utiliza el test que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conformado para establecer cuándo «los intereses de la justicia» exigen que el acusado haya de ser «asistido gratuitamente por un abogado de oficio»⁶⁸. Además, por supuesto, de la insuficiencia de medios económicos, también presente en el art. 6.3.c CEDH como requisito, el Tribunal de Estrasburgo entiende que la complejidad del asunto, la capacidad de la persona implicada para defenderse por sí misma, y la importancia de lo que para ésta se encuentra en juego en el proceso, son los elementos que deben valorarse para reconocer el derecho en cuestión.

El Tribunal Constitucional no ha dudado al afirmar, «siguiendo la doctrina declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», que

«la negación del derecho a la asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz [...] de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso, lo cual será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura o conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa».⁶⁹

Opinión reiterada ulteriormente en diversas Sentencias al recordarse que la denegación de la asistencia letrada no implica sin más una vulneración del art. 24.2 CE: la real y efectiva situación de indefensión material del solicitante de letrado de oficio ha de verificarse a la luz de las circunstancias concretas del proceso a tenor de los criterios más arriba considerados⁷⁰.

⁶⁸ Estos son los términos que hacen posible dicha asistencia según el art. 6.3.c CEDH, que la predica de «todo acusado». El Tribunal de Estrasburgo ha extendido este derecho también al ámbito civil, haciéndolo derivar del genérico derecho de acceso a los tribunales al que alude el primer inciso del art. 6.1 CEDH; así, por primera vez, en el caso CEDH *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, A 32.

⁶⁹ STC 47/1987, de 22 de abril, RA, FJ 3.

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, SSTC 194/1987, de 9 de diciembre, RA, FJ 3; 216/1988, de 14 de noviembre, RA, FJ 2; 92/1996, de 27 de mayo, RA, FJ 3, y 105/1996, de 11 de junio, FJ 2.

También, tal y como se apuntaba anteriormente, el Tribunal Constitucional ha interpretado, apoyándose en la doctrina emanada de Estrasburgo, que la asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de un Abogado de oficio. Se ha hecho notar, a estos efectos, que el art. 6.3.c CEDH utiliza, al igual que el art. 24.2 CE, el término «asistencia», siendo así que «el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva», por cuanto de otro modo, se añade con cita del Tribunal de Estrasburgo, «la asistencia judicial [s i c] gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión»⁷¹. En suma, y siempre de conformidad con la jurisprudencia de fuente convencional,

«el derecho fundamental de carácter prestacional a la asistencia letrada no puede desembocar en una mera designación rituarial que redunde en una ausencia de asistencia efectiva, debiendo los órganos judiciales extremar las cautelas para que el derecho de defensa no sea meramente formal o ilusorio, sino en orden a que la asistencia letrada resulte real y efectiva».⁷²

Una demostración más, en suma, de cómo el entendimiento de los derechos fundamentales aparece condicionado por la jurisprudencia que resulta de la interpretación que del Convenio Europeo de Derechos Humanos lleva a cabo el Tribunal de Estrasburgo y, mientras existió, la Comisión Europea de Derechos Humanos.

3. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- AGUIAR DE LUQUE, L., "Los límites de los derechos fundamentales", *RCEC*, No. 14, 1993.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp., Madrid, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. esp., Baden-Baden, 1993.
- BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995.
- CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milán.

⁷¹ STC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 6.

⁷² STC 18/1995, de 24 de enero, RA, FJ 3. En sentido similar, SSTC 106/1988, de 8 de junio, RA, FJ 3; 180/1990, de 15 de noviembre, RA, FJ 3; 178/991, de 19 de setiembre, RA, FJ 3; 135/1991, de 17 de junio, RA, FJ 2; 12/1993, de 18 de enero, FJ 2; 162/1993, de 18 de mayo, FJ 4; 91/1994, de 21 de marzo, FJ 4, y 175/1994, de 6 de junio, RA, FJ 4.

- CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *REDC*, No. 35, 1992.
- DE OTTO, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en su obra con MARTIN-RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, 1988.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., "La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 331, 1998.
- GAY FUENTES, C., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español", *RAP*, No. 120, 1989.
- GUASTINI, R., *Commentario della Costituzione. Gli organi ausiliari art. 99-100. La magistratura art. 101-103*, Bolonia-Roma, 1994.
- HESSE, K., *Escritos de derecho Constitucional*, trad. esp., Madrid, 1992.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999.
- PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1996.
- PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 1976.
- REY MARTÍNEZ, F. "El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales", *Rev. General de Derecho*, No. 537, 1989.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Constitución y Tribunal Constitucional", *REDA*, n. 91, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.
- RUBIO LLORENTE, F., "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves*, No. 75, 1997
- SÁINZ MORENO, F., "Interpretación jurídica (Derecho Constitucional)", AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. 3.
- SCHENEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, trad. esp., Madrid, 1991.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, págs. 9-10, y GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1994.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., "Una reflexión acerca de los límites de los derechos fundamentales", *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, No. 4, 1998.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, 1999.

4. JURISPRUDENCIA BÁSICA

CEDH *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, A 32.

STEDH *Kamisinski c. Austria*, de 19 de diciembre de 1989.

STEDH *Caso Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, de 7 de julio 1989.

STEDH *Funke c. Francia*, de 25 de febrero de 1995.

STEDH *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992.

STEDH *Sentencia Chappell*, de 30 de marzo de 1989.

Tribunal Constitucional Español, STC 188/1991, de 3 de octubre, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 84/1989, de 10 de mayo, RA, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 104/1990, de 4 de junio, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 105/1994, de 11 de abril, RA, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 105/1996, de 11 de junio, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 106/1988, de 8 de junio, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 12/1993, de 18 de enero, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 120/1990, de 27 de junio, RA, Pleno, FJ 9.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 123/1986, de 27 de mayo, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 13/1985, de 31 de enero, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 135/1991, de 17 de junio, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 137/1990, de 19 de julio, RA, Pleno, FJ 7.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 140/1995, de 28 de septiembre, RA, Pleno, FFJJ 3, 4 y 6.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 16/1998, de 26 de enero, RA, FJ 4.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 162/1993, de 18 de mayo, FJ 4.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 171/1990, de 5 de noviembre, RA, FFJJ 9 y 10.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 175/1994, de 6 de junio, RA, FJ 4.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 178/991, de 19 de setiembre, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 180/1990, de 15 de noviembre, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 181/1994, de 20 de junio, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 184/1997, de 28 de octubre, RA, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 187/1998, de 28 de setiembre, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 188/1991, de 3 de octubre, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 19/1982, de 5 de mayo, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 19/1983, de 14 de marzo, RA, FJ 2.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 194/1987, de 9 de diciembre, RA, FJ 3.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, CI, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 205/1994, de 11 de julio, RA, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, SSTC 215/1994, de 14 de julio, CI, FJ 5.

- Tribunal Constitucional Español, SSTC 216/1988, de 14 de noviembre, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 23/1984, de 20 de febrero, RA, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 230/1998, de 1 de diciembre, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 24/1993, de 21 de enero, CI, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 254/1993, de 20 de julio, RA, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 260/1994, de 3 de octubre, RA, FJ 1.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 29/1995, de 6 de febrero, RA, FFJJ 3-4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 33/1989, de 13 de febrero, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 34/1981, de 10 de noviembre, CI, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, RI-CI, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, RI, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 51/1989, de 22 de febrero, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 51/1996, de 26 de marzo, RA, FJ 1.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 6/1984, de 24 de enero, CI, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 64/1988, de 12 de abril, RA, FJ 1.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 64/1991, de 22 de marzo, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 65/1992, de 29 de abril, RA, FJ.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, CI, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 77/1995, de 22 de mayo, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 89/1989, de 11 de mayo, CI, FJ 8.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 91/1994, de 21 de marzo, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 92/1996, de 27 de mayo, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 93/1984, de 16 de octubre, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, SSTC 99/1984, de 5 de noviembre, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, SSTC STC 50/1995, de 23 de febrero, RA, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, STC 11/1981, de 8 de abril, RI, FJ 8.
Tribunal Constitucional Español, STC 111/1983, de 2 de diciembre, RI.
Tribunal Constitucional Español, STC 112/1988, de 8 de junio, RA.
Tribunal Constitucional Español, STC 113/1992, de 14 de septiembre, RA, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 115/1987, de 7 de junio, RI.
Tribunal Constitucional Español, STC 13/1994, de 17 de enero, RA, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 133/1984, de 4 de julio, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 137/1985, de 17 de octubre, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 157/1993, de 6 de mayo, CI, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 16/1981, de 18 de mayo, RA, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 161/1997, de 2 de octubre, CI, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 170/1993, de 27 de mayo, RA, FJ 1.
Tribunal Constitucional Español, STC 176/1988, de 4 de octubre, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, STC 176/1995, de 11 de diciembre, RA, FJ 5.

Tribunal Constitucional Español, STC 177/1994, de 10 de junio, RA, FJ 1.
Tribunal Constitucional Español, STC 18/1995, de 24 de enero, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 195/1989, de 27 de noviembre, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 196/1987, de 11 de diciembre, CI, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, STC 197/1995, de 21 de diciembre, CI, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, STC 199/1987, de 16 de diciembre, RI, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, STC 2/1987, de 21 de enero, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, STC 206/1991, de 30 de octubre, RA, FJ 7.
Tribunal Constitucional Español, STC 21/1997, de 10 de febrero, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, STC 214/1991, de 11 de noviembre, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 22/1981, de 2 de julio, CI, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 22/1981, de 2 de julio, CI, FJ 9.
Tribunal Constitucional Español, STC 223/1988, de 25 de noviembre, RA, Pleno, FJ 7.
Tribunal Constitucional Español, STC 230/1993, de 12 de julio, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, STC 233/1993, de 12 de julio, RA, FJ 1.
Tribunal Constitucional Español, STC 24/1981, de 14 de julio, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 241/1994, de 20 de julio, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, STC 30/1981, de 24 de julio, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 30/1989, de 7 de febrero, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, STC 36/1984, de 14 de marzo, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 36/1984, de 14 de marzo, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 36/1991, de 14 de febrero, CI, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 37/1988, de 3 de marzo, RA, Pleno, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, STC 38/1981, de 23 de noviembre, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, STC 47/1987, de 22 de abril, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 5/1984, de 24 de enero, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, STC 5/1985, de 23 de enero, RA, FJ 6.
Tribunal Constitucional Español, STC 50/1995, de 23 de febrero, RA, FJ 7.
Tribunal Constitucional Español, STC 51/1982, de 19 de julio, CI, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 55/1996, de 28 de marzo, CI, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 59/1990, de 29 de marzo, RA, FJ 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 62/1982, de 15 de octubre, RA, FFJJ 2, 3 y 5.
Tribunal Constitucional Español, STC 65/1986, de 22 de mayo, RA, FJ 4.
Tribunal Constitucional Español, STC 67/1985, de 24 de mayo, CI, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 71/1988, de 19 de abril, RA, FFJJ 3-5.
Tribunal Constitucional Español, STC 74/1987, de 25 de mayo, RI.
Tribunal Constitucional Español, STC 76/1982, de 14 de diciembre, CI, FFJJ.
Tribunal Constitucional Español, STC 85/1994, de 14 de marzo, RA, FJ 3.
Tribunal Constitucional Español, STC 89/1987, de 3 de junio, RA, FJ 2.
Tribunal Constitucional Español, STC 99/1985, de 30 de septiembre, RA, FJ 2.

SEGUNDA PARTE

PERSPECTIVA HORIZONTAL: SISTEMA UNIVERSAL Y REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

3

**SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS**Renata Bregaglio¹

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen

Este capítulo presenta una introducción al sistema universal de derechos humanos, describe sus orígenes, estructura institucional y sus diferentes expresiones jurídicas.

1. INTRODUCCIÓN

En 1945 la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU) proclama la dignidad de la persona y el respeto a los derechos humanos, constituyéndose éste en uno de los propósitos de la ONU. Así, se pueden encontrar disposiciones relativas a derechos humanos en el Preámbulo de la Carta y los artículos 1.3, 13, 55, 56, 62, 68, 73 y 76 de la misma.

Como una respuesta a la afirmación de este propósito de respeto y promoción de los derechos humanos, y como primer paso en el programa de la Carta Internacional de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución de la Asamblea General No. 217 (III), se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)², colocando a los derechos humanos al lado del principio de soberanía de los Estados. Esto significó la transformación del Derecho internacional clásico, concebido por y para Estados, produciéndose una erosión y relativización del principio de soberanía. Así, por ser soberanos los Estados van a asumir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos

¹ Para la elaboración de este texto se ha tomado como referencia: BREGAGLIO, R. y CHAVEZ, C., *El sistema universal de protección de los derechos humanos. Cambios en la organización de Naciones Unidas y el papel de la sociedad civil, Guía práctica para defensores de derechos humanos*, CNDDH/CEDAL, Lima, 2008.

² Sin embargo, la DUDH ya había tenido su predecesora en el sistema americano, cuando el 2 de mayo de 1948 se aprobó, en el marco de la IX Conferencia Internacional en Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

respecto de la sociedad en su conjunto³. En efecto, como las disposiciones de la Carta establecen obligaciones jurídicas para los Estados y la Organización en sí, se va a desarrollar progresivamente una serie de cambios del Derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, si bien la DUDH enumera y define los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, no determina ningún derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales, ni establece ningún otro mecanismo jurídico de control. Ante esta situación, los órganos de Naciones Unidas van a asumir una serie de roles en materia de promoción y protección de derechos humanos, sobre todo, la Asamblea General, la Secretaría General y el ECOSOC. Es este último el que va a dar lugar a toda una red de protección y promoción de derechos humanos a partir de una serie de resoluciones emitidas en la materia.

2. EL SISTEMA UNIVERSAL

2.1. La ONU y el sistema universal de protección de derechos humanos

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos nace en el seno de la ONU, de la que son miembros casi todos los Estados del mundo. Este sistema consiste en un conjunto de mecanismos orientados a proteger los derechos de todas las personas. El término “universal” procede de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo.

La ONU, organización internacional única en la historia, actualmente integrada por 193 miembros, es la exponente por antonomasia de las fortalezas, los retos y las contradicciones de la comunidad internacional siendo el foro intergubernamental con mayor capacidad de decisión y más recursos de la historia contemporánea.

Se puede considerar lo que fue la Sociedad de las Naciones durante la I Guerra Mundial⁴ un antecedente histórico, pero sólo con la ONU aparece, después de la II Guerra Mundial, una organización internacional

³ CARIILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos* (2da edición), Tecnos, Madrid, 2001, p. 17.

⁴ Establecida en 1919 a raíz del Tratado de Versalles y que tenía como objetivo promover la cooperación internacional y conseguir la paz y la seguridad.

con verdadera vocación universal. La ONU fue creada el 24 de octubre de 1945, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, ratificada por 50 Estados y aprobada durante la Conferencia de las Naciones Unidas en la ciudad de San Francisco (EEUU). Dicha Carta señala como meta principal de la ONU mantener la paz mediante la cooperación internacional y la seguridad colectiva, fomentando las relaciones de amistad entre las naciones y promoviendo el progreso social, la mejora del nivel de vida y el respeto a los derechos humanos⁵.

La preocupación capital de la ONU al momento de su formación fue el mantenimiento de la paz y la seguridad, así como la hermandad entre los pueblos del planeta. En razón de ello asumió tempranamente la necesidad de desarrollar instrumentos que garantizaran la plena vigencia de esos principios y tuvieran como sujeto de protección central a las personas, siendo uno de los primeros pasos en su evolución la adopción de la DUDH el 10 de diciembre de 1948.

La DUDH fue una afirmación de buenas intenciones emitida voluntariamente por los Estados, no un documento que obligara a éstos jurídicamente ni que tuviera carácter vinculante. Por esto mismo, el cambio que se ha dado de tal concepción inicial a su actual sentido es una de las más notables revoluciones en la historia de la sociedad y de las ideas contemporáneas. Un cambio que ha contribuido a salvar y proteger la vida de millones de personas.

La DUDH reconoce 30 derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Además reconoce el principio de la no discriminación en el disfrute de los mismos, pero no establece ningún mecanismo específico de reclamo en el caso de que un Estado no cumpla con lo que ella estipula. La tarea de llenar este vacío ha generado un gran desarrollo institucional, como parte del cual se han creado, al interior de la ONU, órganos, como la Asamblea General, la Secretaría General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC), encargados de la promoción y la protección de los derechos humanos.

⁵ Se pueden encontrar disposiciones relativas a derechos humanos en el Preámbulo de la Carta y los artículos 1.3, 13, 55, 56, 62, 68, 73 y 76 de la misma.

2.1.1. Composición de la ONU

Según lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas, la ONU está formada por seis órganos principales:

- **La Asamblea General:** integrada por los 193 Estados miembros de la ONU, es el principal órgano deliberativo, de formulación de políticas y representativo de las Naciones Unidas. La Asamblea cumple también un papel importante en el proceso de creación de normas de Derecho internacional, pues en ella se debaten las propuestas de tratados internacionales que crean nuevas obligaciones para los Estados.
- **El Consejo de Seguridad:** la Carta de la ONU señala como su máxima instancia de representación a la Asamblea General, y como el órgano encargado de velar por la paz y seguridad entre las naciones al Consejo de Seguridad. Está formado por 15 Estados miembros: 5 permanentes, de acuerdo con lo establecido en la Carta⁶ y 10 electos cada dos años con un criterio de equidad en la representación regional. La presidencia rota mensualmente de manera alfabética y cada miembro cuenta con un voto. Las decisiones se toman por mayoría, requiriéndose al menos nueve votos a favor para su aprobación. Sin embargo, los miembros permanentes tienen derecho a veto, por lo que basta que uno de ellos vote en contra para que las resoluciones no sean aprobadas⁷.
- **El Consejo de Administración Fiduciaria:** creado como el órgano de supervisión del Régimen Internacional de Administración Tributaria, régimen que buscaba lograr la libre determinación o independencia de los territorios que aún no eran autónomos al momento de creación de la ONU mediante la instauración de un gobierno propio o la unión con países independientes. Este órgano, de acuerdo con la Carta de la ONU, estaba constituido por los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Actualmente el CAF se encuentra inactivo dado que todos los territorios en fideicomiso han alcanzado ese objetivo, pero puede reunirse si lo considera necesario.
- **La Corte Internacional de Justicia:** es el principal órgano judicial de la ONU. Tiene dos funciones principales: la contenciosa y la consultiva. En su función contenciosa la CIJ busca resolver litigios por controversias jurídicas entre los Estados parte o por cualquiera de los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes. En su función consultiva, opina sobre cuestiones jurídicas formuladas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad u otros órganos de la ONU, con permiso de la Asamblea General, siempre que tales cuestiones correspondan al ámbito de sus actividades.
- **El Consejo Económico y Social (ECOSOC):** es el órgano que coordina la labor económica y social de la ONU y de las instituciones y organismos especializados que la integran. Puede iniciar estudios e informes sobre asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo o sanitario o sobre otros temas conexos y dirigir recomendaciones al respecto a la Asamblea General, a los miembros de la ONU y a sus demás órganos a fin de promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y el cumplimiento en la práctica de estos principios. Está formado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General, cada uno de los cuales tiene derecho a un voto. Son designados con un criterio de equidad en la representación geográfica.
- **La Secretaría:** es el órgano administrativo de la ONU. Entre sus funciones está el auxiliar a los principales órganos de la ONU administrando los programas y las políticas que éstos elaboran. Así, administra operaciones de mantenimiento de la paz, es mediadora en controversias internacionales, examina tendencias y problemas económicos y sociales y prepara estudios sobre derechos humanos y desarrollo sostenible, entre otras cosas.

2.2. El sistema convencional de Naciones Unidas

El sistema universal convencional está conformado por numerosas convenciones y órganos creados para vigilar el cumplimiento de los distintos tratados de derechos humanos celebrados. Estos órganos, llamados comités, son nueve:

Convención	Órgano
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	Comité de Derechos Humanos (CDH)
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DPIDESC)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Comité contra la Tortura (CAT)
Convención sobre los Derechos del Niño	Comité de los Derechos del Niño (CRC)
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus Familiares (CMW)
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas	Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)

Estos comités están regularmente compuestos por 18 expertos, todos independientes en el ejercicio de sus funciones.

En el marco del sistema convencional existen dos tipos de mecanismos

⁶ Estados Unidos, Francia, Reino Unido, República Popular China y Rusia.

⁷ Sin embargo la Resolución N° 377, titulada "Unión pro Paz", establece que cuando el Consejo de seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales ante situaciones de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, para recomendar a los Estados medidas colectivas, inclusive, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.

de control, los mecanismos no contenciosos y los mecanismos contenciosos. Dentro de los mecanismos no contenciosos se encuentran: (i) el envío de informes periódicos a los Comités, (ii) la adopción de observaciones generales por los comités, y (iii) las investigaciones de oficio a Estados en caso de violaciones masivas y sistemáticas. Por otro lado, los mecanismos cuasicontenciosos son: (i) la presentación de quejas individuales, y (ii) la presentación de comunicaciones interestatales.

No todos los comités tienen las mismas funciones, sino que depende de lo que esté establecido en el convenio que vigilan, en un protocolo adicional o en sus normas internas. De esta manera, como puede verse en el cuadro, las funciones de los comités se distribuyen de la siguiente manera:

Órgano	Informes periódicos	Denuncias individuales	Denuncias estatales	Investigaciones de oficio	Observaciones generales
CDH	SI	SI	SI	NO	SI
CDESC	SI	NO	NO	NO	SI
CERD	SI	SI	SI	NO	SI
CAT	SI	SI	SI	SI	SI
CRC	SI	NO	NO	NO	SI
CMW	SI	SI	SI	NO	SI
CEDAW	SI	SI	NO	SI	SI
CRPD	SI	SI	SI	NO	SI
CED	SI	SI	Si	SI	SI

Los mecanismos no contenciosos son los más antiguos del sistema convencional de control, y se corresponden con el respeto absoluto del principio de la soberanía estatal que imperaba en el Derecho internacional clásico. Con este planteamiento solo se aceptaban los procedimientos que no implicasen ningún tipo de condena o sanción a los Estados responsables de violaciones a los derechos humanos, porque ésta era una materia que pertenecía exclusivamente al ámbito interno de los Estados⁸.

Estos sistemas se basan en el intercambio de información entre los comités y los Estados parte de los convenios cuyo cumplimiento deben

⁸ VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 379.

vigilar, y cumplen una función muy importante debido a que para que operen (salvo en el caso de las investigaciones de oficio), no se necesita consentimiento del Estado parte. De esta manera, los mecanismos no contenciosos permiten monitorear la situación de los derechos humanos sin establecer la responsabilidad de los Estados. Si bien esto puede ser negativo desde el punto de vista de la protección de derechos humanos, al menos permite que los estados no se alejen de estos mecanismos de protección. Estos sistemas son:

2.3. Sistema de informes de los Estados parte

El mecanismo de examen de informes periódicos remitidos por los Estados parte de las distintas convenciones es una competencia de todos los comités⁹. Este es el mayor y más antiguo sistema de control de las Naciones Unidas, a pesar de las duras críticas que ha recibido por su ineficiencia. Este es más que nada un sistema preventivo – *ex ante*– a largo plazo, ya que espera que mediante el análisis de las situaciones al interior de los Estados, se puedan evitar futuras violaciones de derechos humanos.

Mediante este mecanismo de control los estados parte de los convenios envían informes periódicos a los comités, señalando las medidas (administrativas, legislativas, judiciales) que han adoptado para la correcta implementación de las obligaciones establecidas, así como los progresos hechos en cuanto al respeto de estos derechos en su jurisdicción. El Comité, luego de examinar cada informe, dialogará con los Estados en cuestión con el objeto de identificar logros y fallas en la práctica legislativa y administrativa del ordenamiento interno de los Estados y en relación con el respeto y la efectiva aplicación interna de los derechos consagrados en los convenios de referencia. Luego de este diálogo cada comité emitirá sus “observaciones finales”, en las que recomendará a los Estados la adopción de medidas concretas, legislativas y administrativas u otras, que sean idóneas para acercar progresivamente la práctica interna a las exigencias de las normas de los convenios correspondientes.

Existen dos tipos de informes, los informes iniciales, que los Estados deben emitir luego de plazo desde que el tratado haya entrado en vigor para

⁹ Art. 40 del PIDCP, art. 16 y 17 del PIDESC, art. 9 de la Convención contra la discriminación racial, art. 19 de la Convención contra la tortura, art. 44 de la convención sobre los derechos del niño, art. 73 de la convención sobre trabajadores migratorios, y art. 18 de la Convención contra la discriminación de la mujer. Antes de la creación del CDESC, los informes remitidos al amparo del PIDESC eran dirigidos al ECOSOC.

dicho Estado y los informes periódicos, que son remitidos posteriormente de acuerdo al plazo que se haya establecido para cada comité. Adicionalmente, los comités pueden solicitar a los Estados parte que emitan un informe adicional, con anterioridad al próximo informe periódico, si es que lo considera pertinente.

Es importante en este procedimiento de examen, el rol que cumplen las ONGs, ya que la presencia de estas durante el examen de los informes dota al procedimiento de mayor credibilidad y transparencia. El CDESC ha sido el primer comité autorizado para recibir informes de ONG que gocen de estatus consultivo ante el ECOSOC. Hoy en día están autorizados en el CDH, CCR, CEDR y CAT. Otra posibilidad en cuanto al aporte de información lo constituyen las agencias especializadas, que pueden aportar información al CDH, CDESC, CEDR, CCR y CEDAW. Sin embargo, esta última posibilidad no ha dado muy buenos resultados.

a. Adopción de observaciones y recomendaciones generales

Todos los comités, en virtud de la competencia para examinar informes y emitir observaciones finales, pueden, a partir del examen de los informes y de la información transmitida por los Estados parte, adoptar observaciones y recomendaciones generales, que interpretan las disposiciones de los pactos y aclaran el alcance de las obligaciones de los Estados parte en virtud de éstos.

Las Observaciones Generales de los comités, lejos de contradecirse o repetir posiciones, se complementan de manera armónica. Así, por ejemplo, en relación con la prohibición de discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres el CDH se ha pronunciado en sus observaciones generales No. 4, 18 y 28, en perfecta correspondencia con las recomendaciones generales No. 5 y 25 del CEDAW que establecen la conveniencia de las medidas de acción positiva, lo cual también es señalado por el CDH en las observaciones No. 4 y 28. Sobre el mismo tema, el CERD se ha pronunciado sobre Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, en su Observación General No. 25.

Asimismo, el CDH ha emitido una observación general sobre los derechos del niño. Observación General No. 17, que lejos de interferir con la acción del CRC, realiza un análisis de la protección especial que los niños requieren en relación con los derechos recogidos en el PIDCP.

En este sentido, la práctica de las Observaciones Generales contribuye a la formación de una doctrina homogénea sobre los derechos humanos,

que permite interpretar de manera integrada las disposiciones contenidas en los principales convenios de derechos humanos.

b. Investigaciones de oficio

Cuando los comités reciban información fiable que, a su juicio, parezca indicar que un Estado parte viene realizando una práctica grave o sistemática de violaciones de los derechos consagrados en los convenios, podrán abrir una investigación contra dicho Estado e invitarán a ese Estado a cooperar en el examen de la información, y a presentar observaciones respecto de la información recibida. Teniendo en cuenta la información proporcionada por el Estado parte, los comités podrán designar a uno o varios de sus miembros para que proceda a realizar una investigación confidencial, que podría incluir una visita al territorio del Estado, para que luego de ella se informe a los comités. En caso de procederse a esta investigación, el Estado parte en cuestión deberá cooperar en todo momento. Este procedimiento, por tanto, no busca investigar violaciones individuales, sino la amplitud de esas prácticas violatorias para, de llegar el caso, formular recomendaciones al Estado en cuestión con miras a prevenir futuras violaciones a los convenios.

Solo cuatro comités gozan de esta competencia, el CAT, el CEDAW, el CRPD y el CED. Estos procedimientos tienen tres rasgos comunes: (i) son de carácter confidencial a lo largo de todo el procedimiento, incluso al momento del informe final; (ii) la investigación de oficio solo se iniciará si el comité recibe información fiable (de fuente gubernamental o no gubernamental) que indique una práctica sistemática de violación de los derechos consagrados en la respectiva convención; y (iii) la investigación de oficio se realizará en estrecha colaboración con el Estado en cuestión.

Una vez concluida la investigación, y luego de examinadas las conclusiones de ésta por los comités, estos procederán a transmitir sus conclusiones, observaciones o sugerencias, al Estado parte en cuestión, quien en un plazo de seis meses, deberá presentar sus propias observaciones a los comités.

Los mecanismos cuasicontenciosos, por su parte, se caracterizan por operar *ex post*, es decir, luego de producida alguna violación a los derechos consagrados en alguno de los convenios. A estos mecanismos se puede recurrir mediante la existencia de una sola y simple violación, siempre y cuando se haya cumplido con agotar los recursos internos. En este sentido, los mecanismos cuasicontenciosos serán subsidiarios de

los procedimientos nacionales judiciales.

La finalidad de estos procedimientos es que el comité se pronuncie sobre si ha habido o no una violación de los derechos consagrados en uno de los convenios. Estamos pues, en presencia de procedimientos contradictorios, sancionatorios y condenatorios del Estado, quedando este obligado a adoptar medidas de reparación de la violación que el comité determine.

Estos mecanismos son llamados "cuasicontenciosos", en la medida que la resolución de los comités que pone fin al procedimiento no es una sentencia en sentido estricto, ni dichos comités son tribunales¹⁰. A pesar de ello, el dictamen de los comités tiene la apariencia formal de una sentencia. Para que estos mecanismos operen, los estados deben aceptarlos, ya sea mediante una declaración expresa o mediante la omisión de una reserva. Ello es así porque si bien no son mecanismos contenciosos propiamente dichos, si establecen cierta responsabilidad de los Estados.

c. Atención de comunicaciones individuales

Este mecanismo permite que un individuo presente ante un comité una comunicación en la que alegue que el Estado ha incurrido en una violación de los derechos consagrados en el convenio respectivo, contra un individuo sujeto de su jurisdicción. El objeto de la comunicación es obtener un dictamen u opinión del comité, en el que se pronuncie sobre si ha habido o no, violación de derechos, con el fin de obtener una reparación del Estado infractor.

Este procedimiento, de carácter confidencial, es restrictivo, en la medida que los únicos comités que tienen esta competencia son el CDH, el CEDR, el CAT, el CEDAW, el CMW, el CRPD y el CED. Sin embargo se espera que con la adopción y entrada en vigor de sus respectivos protocolos adicionales, tanto el CDESC como el CRC puedan sumar esta función.

Estos mecanismos no buscan prevenir las violaciones de derechos humanos (como podría ocurrir con los procedimientos de envío de informes), sino que intentan que el comité correspondiente se pronuncie acerca de si hubo o no una violación de los derechos humanos, y establezca algún tipo de condena.

¹⁰ VILLÁN DURÁN, Op. Cit. p. 437.

Requisitos

Dentro de los requisitos de admisibilidad de estas comunicaciones podemos señalar como aquellos referidos a las competencias del comité (material, personal, de lugar y temporal):

- a) Competencia Ratione materiae: La comunicación debe ser compatible con las disposiciones del convenio. Contrario sensu esto implica que los derechos que se alegan han sido violados, deben estar contenidos en el convenio en cuestión. Asimismo, la denuncia no debe constituir un abuso de derecho.
- b) Competencia Ratione personae: El denunciante debe ser la víctima o su representante (terceras personas podrán presentar la denuncia, si es evidente que la víctima está imposibilitada de hacerlo). Asimismo, de acuerdo con las normas de cada comité, la víctima debe ser una persona física.
- c) Competencia Ratione loci: El denunciante debe ser una persona bajo la jurisdicción del Estado al que se denuncia, o que por lo menos lo estaba al momento de la violación.
- d) Competencia Ratione temporis: La violación debe haberse producido luego de que el convenio entrara en vigor para el Estado parte contra el que se plantea la comunicación.

Por otro lado, existen ciertos requisitos formales de admisibilidad, como el que la comunicación no sea anónima y sea remitida por escrito (al igual que toda comunicación posterior), que se hayan agotado los recursos internos (salvo que la tramitación de estos se prolongue injustificadamente, o que el daño sea tal que no haya posibilidad de repararlo), y que el mismo caso no esté siendo visto por otro procedimiento internacional de protección de derechos humanos.

En la medida en que para activar los procedimientos de denuncias individuales, se requiere el agotamiento de los recursos internos, estos mecanismos de control deberán ser considerados subsidiarios de los procedimientos judiciales internos. Adicionalmente, cada comité podrá señalar requisitos adicionales¹¹.

Luego de analizar la información proporcionada el comité procede a tomar una decisión sobre el fondo. En caso que el comité considere ha habido una violación de derechos, el Estado parte es requerido a remediarla. El resarcimiento del Estado parte hacia la víctima puede tomar diferentes formas, ya sea a través del pago de una indemnización, la satisfacción o la restitución al estado anterior de las cosas (como sería la derogación o modificación de la su legislación interna, o la liberación de una persona

¹¹ Si bien cada comité tiene su propio procedimiento para tramitar las comunicaciones individuales, es posible encontrar ciertas semejanzas en todos ellos. Así, luego de recibida la comunicación, y de realizado el análisis sobre admisibilidad, el comité respectivo la pondrá en conocimiento del Estado en cuestión. En un plazo, que puede variar entre tres o seis meses (dependiendo de lo que las reglas de procedimiento y el propio tratado establezcan), el Estado deberá presentar al comité explicaciones o declaraciones que permitan esclarecer el asunto y señalen las medidas que, eventualmente, se hubieren adoptado al respecto.

indebidamente detenida).

Ciertos comités, como el CDH y el CAT, tienen Relatores Especiales para el seguimiento de las comunicaciones. Así, luego de establecida la forma de reparación, el caso pasa a manos de este relator, quien se comunicará con las partes para lograr una solución adecuada, de acuerdo con lo señalado por los comités.

En el marco del procedimiento de comunicaciones individuales, los comités pueden solicitar al Estado en cuestión la adopción de medidas provisionales, las cuales permiten atender situaciones de urgencia que tengan lugar mientras se examina una comunicación, y que puedan hacer que se produzca un daño irreparable.

d. Quejas interestatales

El procedimiento de quejas interestatales consiste en la remisión de una comunicación de un Estado Parte en la que alega que otro Estado parte no está cumpliendo con las obligaciones establecidas en el tratado respectivo.

Los comités que pueden ejercer este mecanismo son el CDH, el CERD, el CAT, el CMW, el CRPD y el CED, de acuerdo a lo que establezca el tratado respectivo¹². Cabe señalar, que este procedimiento nunca ha sido utilizado, tal vez debido a que los gobiernos no lo consideran “políticamente correcto” en el marco de sus relaciones diplomáticas tradicionales¹³.

¿Cómo activar este procedimiento?

En líneas generales, para poder activar este procedimiento se requiere:

- a) Que ambos Estados parte hayan aceptado la competencia del comité para conocer examinar tales comunicaciones;
- b) Que se haya remitido la comunicación al comité luego de haberse intentado una solución amistosa por parte los Estados; y
- c) Que se haya agotado todos los recursos internos, salvo que la aplicación de los mencionados recursos se haya prolongado injustificadamente o que no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima.

¹² Esta competencia se le otorga al CDH, al CAT y al CTM mediante una declaración de aceptación de la competencia contenida en el artículo 41 del PIDCP, en el artículo 21 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 76 de la Convención sobre los Trabajadores Migratorios, respectivamente. En el caso del CEDR, la competencia está establecida en el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial. Sin embargo, en este caso no es necesaria ninguna declaración adicional, sino que la competencia se atribuye con la sola ratificación o adhesión a dicha Convención.

¹³ VILLÁN DURÁN. Op Cit, p. 439.

Así, antes de activar el procedimiento, el Estado que alega el incumplimiento de las obligaciones deberá señalar el asunto a la atención del otro Estado, dándole un plazo de tres meses para proporcionar una explicación o declaración que aclare la situación, en la que se hará referencia, en la medida de lo posible, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite, o que puedan adoptarse al respecto.

Si el asunto no es resuelto satisfactoriamente en un plazo de seis meses contados desde que el Estado parte en cuestión haya recibido la primera comunicación en la que solicita información, cualquiera de los Estados partes interesados tendrá derecho a someter el asunto al comité respectivo, quien pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados parte interesados, a fin de llegar a una solución amistosa. Para ello, el Presidente del comité nombrará una Comisión Especial de Conciliación, integrada por cinco personas que podrán o no ser miembros del comité. Los miembros de esta Comisión serán designados con el consentimiento pleno y unánime de las partes en la controversia y pondrán a disposición de los Estados interesados sus buenos oficios, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto.

Luego de que la Comisión Especial de Conciliación haya examinado detenidamente el asunto, preparará y presentará al comité un informe en el que figuren sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre las partes y las recomendaciones que considere apropiadas para la solución amistosa de la controversia. El comité transmitirá este informe a cada uno de los Estados partes en la controversia. Dentro de los siguientes tres meses, dichos Estados notificarán al comité si aceptan o no las recomendaciones contenidas en el informe.

Sin embargo, no todos los comités tienen competencia para llevar a cabo todos los procedimientos de control. Además, en algunos casos, los mecanismos de quejas individuales y comunicaciones interestatales están previstos en el tratado respectivo, entre otros, han sido establecidos en virtud de un protocolo adicional. Asimismo, en algunos casos se requiere una declaración expresa del Estado aceptando la competencia del comité para conocer comunicaciones individuales o quejas interestatales. A continuación se analizará estos tratados y sus comités por separado.

2.4. Los pactos de 1966

Uno de los objetivos de la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, fue la elaboración de un Pacto de derechos humanos. Originalmente, la ONU había encomendado la elaboración de un solo cuerpo normativo. Sin embargo, durante los años de la Guerra Fría, los Estados occidentales plantearon que el proyecto se dividiera en dos tratados, con diferentes obligaciones y órganos de control, uno referido a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Desde su punto de vista, sólo los derechos civiles y políticos, eran considerados de derechos de “primera generación”, es decir, verdaderos derechos humanos, que podían ser implementados y garantizados inmediatamente a través de procedimientos judiciales. Los DESC, por su parte, fueron considerados derechos de “segunda generación”. Los Estados socialistas abogaban por la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Estas diferencias ideológicas fueron las causantes de que el objetivo tuviera un retraso de diecisiete años, adoptándose finalmente en 1966 los dos pactos de derechos humanos. Hoy en día la distinción entre “generaciones” de derechos ya no es aceptada.

2.4.1. El PIDCP

El PIDCP fue adoptado unánimemente el 19 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, luego de la ratificación o adhesión de 35 Estados. Está dividido en seis partes principales:

El catálogo de derechos enumerados en el PIDCP contempla derechos que no fueron establecidos en la DUDH, como son: el derecho a no ser encarcelado por deudas, el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas con humanidad y garantizando el respeto a su dignidad, y el derecho de todo niño a una nacionalidad. Por otro lado, determinados derechos de la DUDH no fueron incluidos en el PIDCP, como son: el derecho a la nacionalidad, el derecho a la propiedad privada, y el derecho al asilo. Específicamente, el derecho a la propiedad privada no se incluyó en el PIDCP porque los diferentes bloques políticos e ideológicos que conformaban la ONU en aquel momento no pudieron ponerse de acuerdo sobre la definición y el alcance de este derecho¹⁴. Asimismo, el PIDCP no establece una protección específica al derecho a la educación, sino que lo hace el PIDESC.

¹⁴ BUERGENTHAL, T., et al., *International human rights* (3 edición), West group, St. Paul, 2002, p. 46.

Finalmente, la prohibición a la expulsión colectiva de extranjeros, contemplada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no es mencionada en el PIDCP, mientras que el derecho genérico al nombre, contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tampoco ha sido incluido en el PIDCP.

Llama la atención entre los derechos protegidos en el PIDCP, el derecho a la libre determinación, enumerado en el artículo 1. Este derecho, de naturaleza colectiva, si bien reviste especial importancia para el CDH, debido a que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos¹⁵, ha sido entendido por el CDH como fuera del ámbito de protección de las comunicaciones individuales. En este sentido, señaló el CDH, que mediante las comunicaciones individuales solo se atenderán aquellas que versen respecto de violaciones a los derechos contemplados en la Parte III del PIDCP¹⁶.

Los Estados parte del PIDCP pueden, además, ratificar alguno de los dos Protocolos Facultativos al PIDCP. El Primer Protocolo Facultativo del PIDCP (Protocolo I), fue adoptado el 16 de diciembre de 1966¹⁷ y entró en vigor, al igual que el PIDCP, el 23 de marzo de 1976. La adhesión a este Protocolo, como su nombre lo indica, es potestativa.

Dicho protocolo establece un sistema de control de cumplimiento de las disposiciones del PIDCP, mediante la atribución al CDH de la facultad de atender comunicaciones individuales en relación con supuestas violaciones a dicho tratado por los Estados parte. Si bien la adhesión a este protocolo es facultativa, luego de que un Estado se haya hecho parte del mismo, cualquier persona sometida a su jurisdicción (es decir, no necesariamente un nacional) podrá presentar una comunicación ante el CDH si es que considera que dicho Estado parte ha vulnerado alguno de los derechos comprendidos en el PIDCP.

El Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la Pena de Muerte (Protocolo II), fue adoptado el 15 de diciembre de 1989¹⁸ y entró en vigor el 11 de julio de 1991. Este protocolo establece que ninguna persona que se encuentre bajo la jurisdicción de algún Estado parte será

¹⁵ CDH Observación General No. 12 de 13 de marzo de 1984. p. 1.

¹⁶ Comunicación No. 167/1984. Lubicon Lake Band v. Canada. CCPR/C/38/D/167/1984, p. 32.1.

¹⁷ Resolución de la Asamblea General No. 220 A (XII), de 16 de diciembre de 1966.

¹⁸ Resolución de la Asamblea General No. 44/128, de 15 de diciembre de 1989.

condenada con la pena capital, y que cada Estado parte deberá tomar las medidas necesarias para abolir la pena de muerte. Sin embargo, este protocolo permite en su artículo 2 que al momento de la ratificación o la adhesión, los Estados formulen una reserva en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra. Este protocolo extiende la jurisdicción del CDH respecto del examen de los informes periódicos, del análisis de las quejas interestatales, y de las comunicaciones individuales para aquellos Estados que sean parte de los dos protocolos.

El PIDCP ha establecido como órgano de supervisión de la aplicación de dicho tratado al CDH¹⁹. En el desempeño de estas funciones, el CDH puede examinar los informes que los Estados parte deben enviar, señalando las medidas que se están tomando en su jurisdicción para implementar los derechos consagrados en el PIDCP; adoptar observaciones generales, examinar denuncias individuales, de acuerdo con el procedimiento señalado en el Protocolo I; y examinar quejas interestatales.

2.4.2. El PIDESC

El PIDESC fue adoptado el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Este pacto contiene un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales mucho mayor al establecido en la DUDH. Entre los derechos contemplados está el derecho al trabajo, al disfrute de condiciones de trabajo justas y favorables, a la seguridad social, a la protección de la familia, a gozar de un adecuado nivel de vida, a la educación, y a gozar de una vida cultural. Estos derechos no son simplemente descritos en el PIDESC, sino que son descritos y definidos, y generalmente establecen los pasos que los Estados deben cumplir para lograr su adecuada implementación. Sin embargo, si se compara la redacción del PIDESC con la de la Carta Social Europea, se puede observar que el PIDESC, si bien cubre una amplia gama de derechos, adolece de tener

¹⁹ Artículo 28 del PIDCP. Dicho comité, conformado por 18 miembros, elegidos entre los nacionales de los Estados parte del PIDCP, es el encargado de la supervisión del cumplimiento e implementación de las disposiciones del PIDCP por los Estados parte. Los miembros del CDH y de los otros órganos de control de los tratados, son conocidos como "expertos", y deben ser personas con una alta moral y una reconocida trayectoria en el campo de los derechos humanos. Los miembros del CDH son elegidos en votación secreta entre los nacionales de los Estados parte. La conformación final del CDH no debe contener más de un nacional del mismo Estado. Asimismo, al interior del CDH deberá mantenerse una distribución geográfica equitativa y estarán representadas las diferentes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos.

una redacción muy vaga y genérica. Así, por ejemplo, mientras la Carta Social Europea utiliza tres artículos para referirse al derecho a la seguridad social, el PIDESC solo hace una breve enumeración de las disposiciones relativas a este derecho²⁰. Además, en comparación con el tratado europeo, el PIDESC no señala de manera específica todos los grupos de personas que merecen una especial protección, sino que esta mención es hecha solo en relación con las mujeres y los niños²¹.

Por otro lado, si se compara el PIDESC con las disposiciones del Protocolo de San Salvador, en el sistema interamericano, se puede observar que este último presenta una gama más amplia de derecho protegidos, como son el derecho a la salud, al medio ambiente sano, y a la niñez.

Los Estados que ratifican el PIDESC no asumen la obligación de la inmediata implementación, tal como se establece en el PIDCP. A diferencia de este, el PIDESC establece en su artículo 2 que los Estados deben 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, la plena efectividad de los DESC.

No obstante, de acuerdo con la Observación General No 3 del CDESC²², son dos las obligaciones que resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación de ninguna índole. La segunda consiste en el compromiso de adoptar medidas. Así, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve, tras la entrada en vigor del PIDESC para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC.

En ese sentido, si bien la falta de suficientes recursos económicos puede ser una razón para alegar la no implementación de los derechos

²⁰ CRAVEN, M., "The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en HANSKI, R. y MARKKU, S. (Eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (2da Ed.), Institute for Human Rights, Turku, 2000, p. 105.

²¹ Artículo 3 y 10 del PIDESC.

²² CDESC Observación General No. 3 de 14 de diciembre de 1990.

consagrados en el PIDESC, debe observarse, tal como lo ha señalado el CDESC, que muchos de estos derechos son susceptibles de una inmediata implementación. Este es el caso, por ejemplo, del derecho a una igual remuneración por un igual trabajo (artículo 7-a-i), el derecho a fundar y afiliarse a sindicatos (artículo 8), el derecho de los padres a elegir las escuelas de sus hijos (artículo 13.3 y 13.4), entre otros. En este sentido, puede observarse que todos los DESC tienen un ámbito de implementación que no necesita de mayores recursos económicos.

El CDESC es el órgano de control del PIDESC, y fue creado mediante la Resolución del ECOSOC No. 1985/17 de 28 de mayo de 1985²³. En el desempeño de estas funciones de supervisión y monitoreo, el CDESC tiene dos atribuciones principales: (i) recibe y examina los informes que los Estados parte deben enviar, señalando las medidas que se están tomando en su jurisdicción para implementar los derechos consagrados en el PIDESC; y (ii) adopta observaciones generales, orientadas a asesorar a los Estados parte para dar efecto a las disposiciones del PIDESC, mediante el análisis e interpretación de las obligaciones contenidas en dicho tratado.

El CDESC no puede examinar comunicaciones individuales. No obstante, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU adoptó el texto de un Protocolo Facultativo al PIDESC, que establece la competencia del CDESC para conocer denuncias individuales y quejas interestatales. Dicho protocolo entrará en vigor cuando lo hayan ratificado al menos diez Estados. Esto aún no ha sucedido, pero significaría un gran avance para la tutela y exigencia de los DESC.

²³ En dicha Resolución, el ECOSOC decidió que este comité sería conformado por 18 miembros, nacionales de los Estados parte del PIDESC y que tendría a su cargo la supervisión del cumplimiento e implementación de las disposiciones del PIDESC por los Estados parte. Al igual que los miembros de los otros órganos de control de los tratados, los miembros del CDESC, son conocidos como “expertos”, y deben ser personas con una alta moral y una reconocida trayectoria en el campo de los derechos humanos. Antes del establecimiento del CDESC, el ECOSOC contaba con el apoyo del Grupo de Trabajo sobre la Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales). Este, sin embargo, nunca logró un adecuado desempeño, debido a las constantes divergencias políticas, especialmente en relación con la participación de las agencias especializadas. Esta experiencia llevó al ECOSOC, en 1985, a establecer al CDESC como nuevo órgano, conformado por expertos independientes. Desde entonces el CDESC se ha convertido en el principal órgano de control de PIDESC y ha podido llevar a cabo adecuadamente la función de asistir en el examen de los informes.

2.5. Convenciones de carácter específico

2.5.1. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

La Convención para la Discriminación Racial fue adoptada el 21 de diciembre de 1965²⁴ y entró en vigor el 4 de enero de 1969. El antecedente inmediato de esta convención lo podemos encontrar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, proclamada mediante R. AG. No. 1904 (XVIII) de 20 de noviembre de 1963.

Esta convención define a la discriminación racial como: *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga el objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública (art. 1)*. Asimismo, establece que los Estados parte se comprometen a enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista, así como a no participar en ningún acto o práctica de discriminación racial, y a prohibir y poner término a toda discriminación racial por parte de cualquier individuo, grupo u organización.

El artículo 8 de la convención establece como órgano de control al CERD, que tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento e implementación de las disposiciones de la Convención para la Discriminación, por los Estados parte. Debido a los derechos legislados, y al establecimiento del CERD, como órgano de control con anterioridad a la adopción de los Convenios internacionales de 1966, esta convención ha significado un gran logro en el ámbito universal.

El CERD está conformado por 18 expertos, elegidos entre los nacionales de los Estados parte, y se encarga de la supervisión del cumplimiento e implementación de las disposiciones de la Convención para la Discriminación, por los Estados parte²⁵. En el desempeño de estas funciones, el CERD puede examinar los informes que los Estados parte deben enviar, adoptar

²⁴ Resolución de la Asamblea General No. 2106 A (XX), de 20 de diciembre de 1965.

²⁵ Los miembros del CERD son nacionales del Estado parte que los postula. La conformación final del CERD debe mantener una distribución geográfica equitativa y tomar en cuenta la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

observaciones generales, examinar denuncias individuales; y examinar quejas interestatales.

2.5.2. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura)

Como antecedente a esta convención se puede mencionar la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁶. La Convención contra la Tortura fue adoptada el 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987. Esta convención aporta un elemento nuevo de pertinencia particular para la lucha de la ONU contra la tortura, al prever la posibilidad de que se realice una investigación internacional cuando se tenga información fundada sobre prácticas sistemáticas de tortura en el territorio de Estados parte de la convención (este procedimiento será analizado más adelante).

Otras disposiciones de esta convención establecen la obligación de los Estados parte de adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. Asimismo, se establece que no se pueden invocar circunstancias excepcionales de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. Finalmente señala que la obediencia debida no puede ser una justificación válida de la comisión de actos de tortura.

El CAT fue establecido por el artículo 17 de la Convención contra la Tortura como el órgano de control de dicho instrumento internacional, encargado de supervisar y monitorear la implementación de las disposiciones de dicha convención. Este comité está conformado por 10 expertos.

En el desempeño de estas funciones, el CAT puede examinar los informes que los Estados parte deben enviar; adoptar observaciones generales; examinar denuncias individuales; examinar quejas interestatales; y realizar investigaciones de oficio.

El 22 de junio de 2006 entró en vigor el Protocolo Facultativo a la Convención. Este Protocolo definió un sistema de visitas para inspeccionar lugares de detención en conjunto con los órganos nacionales de visitas, creando para ello el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros

²⁶ Proclamada mediante Resolución de la Asamblea General No. 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del CAT, con la misión de visitar los lugares designados y hacer recomendaciones a los Estados parte sobre la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Este subcomité está compuesto por 10 miembros independientes. El Protocolo establece también en su artículo 17 que cada Estado parte debe designar, a más tardar un año tras la entrada en vigor del Protocolo, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional.

Funciones

Estos mecanismos tendrán las siguientes funciones:

Examinar periódicamente el trato de las personas privadas de su libertad en lugares de detención para fortalecer su protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

Hacer recomendaciones a las autoridades competentes para mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad y prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, según las normas pertinentes de las Naciones Unidas;

Hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia.

2.5.3. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención para los Derechos del Niño fue adoptada, el 20 de noviembre de 1989²⁷ y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990. Este instrumento reconoce que en todos los Estados del mundo existen niños viviendo en condiciones inadecuadas, y que estos niños merecen una especial atención.

La Convención sobre los Derechos del Niño busca tomar en consideración las diferentes realidades culturales, sociales, económicas y políticas de los Estados, de forma tal que cada uno pueda determinar las medidas de implementación que sean compatibles con su propia estructura. Para lograr este propósito, la convención, plantea la existencia de cuatro principios generales. Estos orientan la interpretación dicha convención y el establecimiento de los programas de implementación.

²⁷ Resolución de la Asamblea General No. 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Los principios generales

- No discriminación (artículo 2): Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
- Interés superior del niño (artículo 3): En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá, será el interés superior del niño.
- Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6): Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, y garantizarán en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. El término "desarrollo", debe interpretarse en un sentido amplio, es decir, como el derecho al desarrollo físico, emocional, mental, social y cultural.
- La formación del juicio del niño (artículo 12): El niño tendrán derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que lo afecten, y éstas serán debidamente tomadas en cuenta, en función de la edad y madurez de éste.

Dentro de los principales derechos protegidos por la Convención de los Derechos del Niño se encuentra el derecho a la vida; al nombre y nacionalidad desde su nacimiento; a no ser separado de sus padres (salvo que las autoridades competentes lo determinen en función del bienestar del niño); a la reunión familiar; a la protección contra daños mentales o físicos (incluyendo al protección contra el abuso o la explotación sexual); a la protección especial en caso de discapacidad; a la educación primaria gratuita y obligatoria; al disfrute del tiempo libre para descansar y jugar; a la protección contra la explotación económica, y el trabajo que intervenga contra su educación o su salud; a la protección contra el tráfico ilícito de drogas; a ser ubicados en celdas separadas de los adultos en caso de detención; a que la pena de muerte no sea impuesta a aquellos que cometieron el crimen antes de los 18 años de edad; a que ningún niño menor de 15 años tome parte en las hostilidades en un conflicto armado; a que los niños que pertenezcan a minorías étnicas o población indígena, tengan derecho a disfrutar libremente de su cultura, religión y lenguaje.

El 25 de mayo de 2000 fueron adoptados dos protocolos facultativos, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil. El primero

de estos entró en vigor el 12 de febrero de 2002 y que la edad mínima para tomar parte en las hostilidades será 18 años. Asimismo dispone que los Estados parte deberán tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los miembros de sus fuerzas armadas, menores de 18 años, no tomen parte en las hostilidades. Por otro lado, las leyes relativas al reclutamiento voluntario deben contener disposiciones destinadas a proteger a aquellos menores de 18. Finalmente, en el artículo 4, el protocolo señala que en el caso de grupos armados distintos a las fuerzas armadas del Estado, estos no deberán, bajo ninguna circunstancia reclutar a menores de 18.

El segundo protocolo, entró en vigor el 18 de enero de 2002 y establece que los Estados parte deben asegurar, como mínimo, que las actividades descritas en él sean penalizadas, estableciendo que el Estado tendrá tanto jurisdicción territorial, como jurisdicción personal activa y pasiva.

A comienzos de 1991, en una reunión de los representantes de los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, se acordó la instauración de un órgano de control para dicha convención: el Comité para los Derechos del Niño. Este comité está conformado por 18 expertos y se encarga de la supervisión del cumplimiento e implementación de sus disposiciones por los Estados parte.

En el desempeño de las funciones de supervisión y monitoreo de la implementación de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, el CRC tiene 2 funciones principales: i) recibe y examina los informes que los Estados parte deben enviar, señalando las medidas que se están tomando en su jurisdicción para implementar los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño; y ii) tiene a su cargo la elaboración de las observaciones generales, orientadas a asesorar a los Estados parte para dar efecto a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante el análisis e interpretación de las obligaciones contenidas en dicha convención.

El CRC no puede examinar comunicaciones individuales. No obstante, el 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General de la ONU adoptó el texto de un tercer Protocolo Facultativo a la Convención que establece la competencia del CRC para conocer denuncias individuales, quejas interestatales y realizar comunicaciones de oficio. Dicho protocolo entrará en vigor cuando lo hayan ratificado al menos diez Estados.

2.5.4. Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias

Esta convención fue adoptada el 8 de diciembre de 1990²⁸ y entró en vigor el 1 de julio de 2003.

El rol que la OIT ha tenido como órgano protector de los derechos de los trabajadores migratorios ha sido importante. Si bien este tema ya había sido abordado por esta organización en el Convenio No. 97 de 1949 y en el Convenio No. 143 de 1975, es a comienzos de 1970 cuando la preocupación por los trabajadores migratorios entra a la esfera de la ONU. En 1972 el ECOSOC, mediante su Resolución No. 1706 (LIII) llamó la atención acerca del transporte ilegal de trabajadores a ciertos Estados europeos y de la explotación de trabajadores en algunos Estados del África. El ECOSOC deploró que ciertos Estados estuvieran beneficiándose de la ignorancia y el desempleo que existía en otros, y apeló a los gobernantes a tomar acciones para combatir el problema. Ese mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución No. 2920 (XXVII), condenó la discriminación contra los trabajadores extranjeros y solicitó a los Estados a que pongan fin a dicha situación. Asimismo, invitó a los gobernantes a ratificar el Convenio No. 97 (1949). Esta misma solicitud de ratificación fue hecha nuevamente en 1973 por el ECOSOC mediante Resolución No. 1789 (LIV).

En los siguientes años tuvo lugar una gran cruzada de protección a los derechos de los trabajadores migratorios²⁹. Sin embargo no es hasta 1978, en el marco de la primera Conferencia Mundial para combatir el Racismo, realizada en Ginebra, que se recomienda la elaboración de una convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. Como resultado de estas recomendaciones, en 1980 se estableció un grupo de trabajo, conformado por Estados miembros de la ONU, encargado de elaborar la convención³⁰. El grupo

²⁸ Resolución la Asamblea General No. 45/158.

²⁹ El Plan de Acción sobre población mundial, adoptado por las Naciones Unidas en 1974; el seminario sobre Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios, organizado por la Naciones Unidas en noviembre de 1975, el estudio de las provisiones internacionales sobre protección de los derechos humanos a los no ciudadanos, elaborado por Baroness Elles; el seminario internacional sobre diálogo cultural entre Estados de origen y Estados de empleo, organizado por la ONU en setiembre de 1989; entre otros.

³⁰ Fueron también invitados a contribuir con este trabajo la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión de Desarrollo Social, la OIT, la UNESCO y la OMS.

de trabajo terminó el proyecto de la Convención para proteger los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, en 1990. Y fue en ese mismo año, el 18 de diciembre, que se adoptó dicha convención.

Los trabajadores migratorios no son nuevos en la historia de la humanidad, pero durante el siglo XX ha habido más trabajadores migratorios que en cualquier otro periodo. Un aporte de la Convención para los Trabajadores Migratorios, sin embargo, será la clasificación de estos.

Clasificación de trabajadores

La convención distingue entre:

- a) Trabajadores fronterizos,
- b) Trabajadores estacionarios,
- c) Trabajadores de embarcaciones que pertenecen a un Estado del que no son nacionales,
- d) Trabajadores que laboran en plataformas o instalaciones ubicadas en el mar,
- e) Trabajadores itinerantes, empleados que migran para una obra determinada, y
- f) Trabajadores por cuenta propia.

Importante es también señalar que la Convención establece reglas para el reclutamiento y para el retorno a sus Estados de origen. Asimismo, señala los pasos a seguir para combatir la migración clandestina.

Bajo el artículo 72 de la Convención se estableció la creación del CMW como órgano de control de dicho tratado. Este comité está conformado por 14 miembros. En el desempeño de las funciones de supervisión el CMW puede examinar los informes que los Estados parte deben enviar; adoptar observaciones generales; examinar denuncias individuales; y examinar quejas interestatales.

2.5.5. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La Convención CEDAW fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 3 de setiembre de 1981. Consta de un preámbulo y 30 artículos, y establece una agenda para el desarrollo de acciones locales para erradicar dicha discriminación. Esta convención define la discriminación contra la mujer, en su artículo 2, como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por 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” (artículo 1).

Esta convención establece una serie de obligaciones hacia los Estados parte para tomar medidas orientadas a erradicar la discriminación contra la mujer, en todas sus formas. Estas medidas incluyen la incorporación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en los sistemas legales internos; la derogación de todas las normas discriminatorias y la aprobación de otras que prohíban la discriminación contra la mujer; y el establecimiento de tribunales e instituciones públicas que aseguren a las mujeres una efectiva protección contra la discriminación.

Bajo el artículo 17 de la Convención se estableció la creación del CEDAW como órgano de control de dicho tratado, conformado por 23 expertos. Las funciones de este comité están complementadas por las señaladas en el Protocolo Facultativo a la convención, que entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. Así el CEDAW puede examinar los informes que los Estados parte deben enviar; adoptar observaciones generales; examinar denuncias individuales; y realizar investigaciones de oficio.

2.5.6. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se adoptó el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta convención cuenta con cincuenta artículos, tiene como propósito fundamental promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como velar por el respeto de su inherente dignidad. La Convención tiene también como tarea fundamental “adaptar” las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes, al contexto de la discapacidad. Esto significa que, más allá de reiterar el reconocimiento de derechos que ya establecen dichos tratados, uno de los objetivos primordiales de la Convención es establecer mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad, sin discriminación y en igualdad de oportunidades que el resto de personas³¹. Por ello, se la considera un complemento de los tratados internacionales ya vigentes sobre los derechos humanos adaptándolos al contexto específico de la discapacidad.

³¹ DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en *Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. I Aspectos jurídicos*, Madrid, 2007, p 43.

La Convención representa, además, un cambio importante en la manera de entender la discapacidad, pues abandona el enfoque médico-asistencial en favor del modelo social o de derechos humanos.

El artículo 3 de la Convención establece un conjunto de principios generales y fundamentales que orientan la interpretación y la aplicación de la Convención en su totalidad.

Los principios

Estos principios son el punto de partida para la comprensión e interpretación de los derechos de las personas con discapacidad y ofrecen puntos de referencia que sirven de parámetros para evaluar cada derecho³². Estos ocho principios son:

- El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- La no discriminación;
- La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- La igualdad de oportunidades;
- La accesibilidad;
- La igualdad entre el hombre y la mujer;
- El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

El artículo 34 de la Convención crea el CRPD y, al igual que sus similares, este se encuentra a cargo de velar por el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con esta finalidad puede, además de examinar informes periódicos, tramitar denuncias individuales y quejas interestatales.

2.5.7. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas se adoptó el 20 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Esta Convención, que cuenta con 45 artículos, y define como desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos

³² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, "Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos", *Serie de Capacitación Profesional*, No. 17, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf, p.17.

de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Uno de los aportes de la Convención es la consagración del derecho a la verdad en el artículo 24.2. Dicha norma dispone que cada víctima tenga el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.

El órgano de control de esta convención es el Comité contra la Desaparición Forzada. Dicho comité, integrada por 10 expertos independientes, monitorea la convención a través de todos los mecanismos de control previstos: informes periódicos, investigaciones de oficio, denuncias individuales y quejas interestatales. Además, la Convención establece en su artículo 30 un procedimiento urgente mediante el cual el Comité podrá examinar toda petición presentada por los allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida.

2.6. El sistema extra-convencional

Adicionalmente a los órganos de control de los tratados de derechos humanos de la ONU, existen otras instituciones y procedimientos destinados a la protección de los derechos humanos, basados en la Carta de la ONU. Este es el caso de los procedimientos especiales monitoreados por el Consejo de Derechos Humanos.

2.6.1. La Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos

La Comisión fue un órgano subsidiario del ECOSOC y el foro más importante del mundo en materia de derechos humanos hasta el 2003. Dicho órgano fue creado en 1946, en aplicación de una disposición de la Carta de la ONU³³, para establecer la estructura jurídica e internacional

³³ El artículo 68 de la Carta de Naciones Unidas estableció que el ECOSOC establecerá comisiones en los ámbitos económicos y sociales, y en la promoción de los derechos humanos. En su primera reunión, en 1946, el ECOSOC estableció dos comisiones, la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión sobre el Estatus de la Mujer.

que protege los derechos y libertades fundamentales. Posteriormente, ha ido ampliando su mandato inicial para ocuparse de toda la problemática de los derechos humanos.

Esta Comisión se creó con un triple propósito: (i) formular una Declaración de derechos humanos, (ii) adoptar un Pacto de derechos humanos -instrumento jurídico vinculante-, y (iii) establecer medidas para la puesta en práctica de los derechos reconocidos en la Declaración y el Pacto. De estos tres propósitos sólo el primero fue conseguido, cuando el 10 de diciembre de 1948 se adoptó la DUDH, gracias a la labor conjunta de la Comisión y la Subcomisión. Los demás objetivos tuvieron que esperar algunos años. Así, con dicha declaración como base, entre 1948 y 1966, la Comisión concentró sus esfuerzos en fijar estándares y elaborar el proyecto de un impresionante cuerpo de normas sobre Derecho internacional de los derechos humanos. Este proceso culminó en 1966 con la adopción por parte de la Asamblea general del PIDCP y del PIDESC.

Evolución histórica

La Comisión no siempre gozó de las mismas de las funciones de las que goza ahora. En este sentido, se puede identificar cuatro etapas en el desarrollo de este órgano:

- *Primera Etapa* (1947): el ECOSOC emite las resoluciones 75 y 76 (V) en las cuales señala que la Comisión no tenía competencia para recibir comunicaciones individuales. Esto era así porque en ese entonces se entendía aún que tal iniciativa caía en la prohibición de intervención en asuntos internos de los Estados.
- *Segunda Etapa* (1959): el ECOSOC emite la resolución 728F (XXVIII) que confirma la anterior pero a su vez encarga a la Secretaría General la elaboración de 2 listas, una confidencial y otra no confidencial y que agrupe las comunicaciones en listas que luego serían remitidas a la Comisión, sin ningún propósito ulterior más allá del conocimiento de las mismas. Se faculta además a los miembros de la Subcomisión en lo concerniente a comunicaciones sobre minorías y discriminación.
- *Tercera Etapa* (1967): el ECOSOC emite la resolución 1235 (XLII) y la Comisión las resoluciones 8 y 9 (XXIII), de manera que la Comisión queda autorizada a recibir comunicaciones individuales y a examinar dichas comunicaciones de la lista no confidencial sobre violaciones notorias de derechos humanos en las siguientes materias: (i) apartheid; (ii) discriminación racial; y (iii) dominación colonial. Desde entonces la Comisión ha elaborado una serie de mecanismos y procedimientos, temáticos o por países (que operan a través de relatores especiales y grupos de trabajo), encargados de monitorear el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos por los Estados, y de investigar las supuestas violaciones a los derechos humanos, mediante el envío de misiones de investigación a los Estados.
- *Cuarta Etapa* (1970): el ECOSOC emite la resolución 1503 (XLIII) la cual da lugar al procedimiento confidencial para examinar situaciones de violación masiva y flagrante de derechos humanos.

En 2003, Kofi Annan, entonces Secretario General de la ONU, presentó una declaración³⁴ a la Asamblea General sobre los retos que, desde su perspectiva, debía enfrentar la ONU, proponiendo crear grupo de trabajo para efectuar los cambios pertinentes, entre ellos un grupo de análisis de las funciones de los principales órganos de la ONU y otro encargado de formular recomendaciones para reforzar el papel de la ONU. Tras esta declaración, en noviembre del mismo año Kofi Annan creó el Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio³⁵, con la tarea de elaborar propuestas para el fortalecimiento de la seguridad internacional. El grupo presentó sus recomendaciones el 2 de diciembre de 2004 en un informe titulado "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos". Este documento presentó recomendaciones para todos los órganos de la ONU³⁶.

Acogiendo estas recomendaciones, el 15 de marzo de 2006 la Comisión de Derechos Humanos fue remplazada por el Consejo de Derechos Humanos³⁷. Éste órgano, el más nuevo del sistema, tiene la tarea de velar por los derechos humanos en todo el planeta, emitiendo recomendaciones donde quiera que se den violaciones de los mismos y «examinando» permanentemente sus avances y problemas en cada país del mundo.

Su estructura es similar a la de la antigua Comisión de Derechos Humanos, y, como ella, es un órgano de control intergubernamental. La diferencia, sin embargo, está en que la Comisión estaba integrada por 53 representantes de Estados, mientras que el Consejo lo está por 47 miembros elegidos de forma directa e individual en votación secreta por mayoría en la Asamblea General³⁸. El mandato de los miembros del

34 Declaración del Secretario General del 23 de setiembre de 2003.

35 Compuesto por dieciséis ex jefes de Estado, ministros de relaciones exteriores y oficiales de seguridad, militares, diplomáticos y de desarrollo.

36 Una de éstas fue la de modificar la conformación de la Comisión de Derechos Humanos, elegir sus miembros de modo universal y asesorarla mediante un comité consultivo, ya que, a juicio del Grupo de Alto Nivel, muchos Estados se hacían parte de dicha Comisión, más que para proteger los derechos de las personas, para protegerse de las críticas por una mala gestión respecto de ellos. El Grupo de Alto Nivel también recomendó, por un lado, conformar una Comisión para la Consolidación de la Paz encargada de identificar los Estados en riesgo de conflicto armado y adoptar medidas de prevención y, por otro, desvincular al ECOSOC de temas administrativos y centrar sus funciones en la supervisión del cumplimiento de los Objetivos del Milenio, creando un comité ejecutivo, con un representante de cada región del mundo, para asesorarlo.

37 Resolución de la Asamblea General N° 60/251, de 3 de abril de 2006.

38 La representación deberá ser geográficamente equitativa, distribuyéndose así: trece miembros representantes de Estados de África, trece de Estados de Asia, seis de Estados de Europa oriental, ocho de Estados de América Latina y el caribe y siete Estados de Europa occidental y otros Estados.

consejo es de tres años y no podrán ser reelectos de manera inmediata después de dos períodos consecutivos. Además, la Comisión de Derechos Humanos era un órgano creado al interior del ECOSOC, mientras que el Consejo es un órgano subsidiario de la Asamblea General.

El Consejo asumió los mandatos y responsabilidades antes encomendadas a la Comisión, pero también añadió algunas funciones, como la realización del Examen Periódico Universal (EPU), que evalúa la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de la ONU. El examen lo realiza un grupo de trabajo conformado por el presidente del Consejo y los 47 Estados miembros del mismo. Para cada examen se nombran, por sorteo entre los miembros del Consejo, tres relatores (troika), cuidando que procedan de diferentes grupos regionales. El Estado examinado puede pedir que uno sea de su propio grupo regional. Los relatores preparan un informe con el resumen de las actuaciones, conclusiones y recomendaciones formuladas al Estado examinado y los compromisos voluntariamente asumidos por éste.

2.6.2. Mecanismos de control

En el marco del sistema de protección universal de derechos humanos, la Comisión (y hoy el Consejo) fue la principal encargada de la conducción de los mecanismos extraconvencionales de control. Estos mecanismos, como ya se ha adelantado, tienen como característica no haber sido creados directamente por tratados internacionales, sino derivar de las competencias generales de la ONU en materia de derechos humanos.

Los mecanismos extraconvencionales implican procedimientos que establecen órganos de control con miras a vigilar y examinar posibles violaciones a los derechos humanos fuera del marco convencional. Estos procedimientos han sido creados en virtud de dos resoluciones del ECOSOC y se han desarrollado en el ámbito de competencias de la Comisión y de la Subcomisión.

Ambos procedimientos establecen órganos subsidiarios con procedimientos de investigación que compilan y analizan información sobre una determinada situación de graves violaciones de derechos humanos. Estos órganos, que pueden ser unipersonales (relator especial, representante, enviado, experto, etc.) u órganos colectivos (grupo de trabajo, comité *ad hoc*) están integrados por expertos independientes.

En cuanto a los instrumentos aplicables o que pueden invocarse para justificar la violación de algún derecho, se encuentra la DUDH. Sin

embargo, estos órganos tendrán también en cuenta todos los instrumentos convencionales en los el Estado en cuestión sea parte.

Procedimientos extraconvencionales

Los procedimientos extraconvencionales, de acuerdo con sus normas internas pueden ser de dos tipos:

- (i) Público (establecido en virtud de la Resolución del ECOSOC No. 1235), y
- (ii) Privado (establecido en virtud de la Resolución del ECOSOC No. 1503).

A su vez, estos procedimientos, pueden utilizar dos tipos de mecanismos:

- (i) Instrumentos geográficos, que están referidos a un Estado determinado; e
- (ii) Instrumentos temáticos, que tratan de fenómenos globales. Dentro de esta categoría se pueden ubicar cuatro grandes temas: (a) de violaciones de DESC; (b) de violaciones de derechos civiles y políticos; (c) de violaciones de derechos de determinados grupos de la población, y d) de fenómenos específicos.

Al combinar ambas características, de acuerdo a las reglas de cada procedimiento, se obtiene que estos pueden ser los siguientes:

- (i) Instrumentos geográficos, que pueden llevarse dentro de un procedimiento público o confidencial, e
- (ii) Instrumentos temáticos, que solo pueden ser llevados por medio de un procedimiento público.

2.6.3. Procedimiento 1235

Este mecanismo fue creado mediante la Resolución No. 1235 (XLII) del ECOSOC³⁹ para tratar situaciones de violación masiva y flagrante de derechos humanos relacionadas con situaciones de apartheid, discriminación racial y dominación colonial⁴⁰. Como antecedente a la creación de este procedimiento, podemos remontarnos a la práctica de la Asamblea General, que ya en 1952 había creado la primera Comisión para estudiar la situación racial en la Unión Sudafricana; en 1963 estableció una Misión para investigar la situación de Vietnam del Sur para que investigara discriminaciones y persecuciones contra la comunidad budista; y en 1968 el Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afectaban a los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados(está último todavía en vigor bajo el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios ocupados de palestina desde 1967)⁴¹.

³⁹ Adoptada el 6 de junio de 1967.

⁴⁰ El párrafo 2 de esta resolución autorizaba a la Comisión y la subcomisión a examinar la información relativa a graves violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales, como lo son la política del *apartheid* en Sudáfrica y la discriminación racial en Rhodesia.

⁴¹ VILLÁN DURÁN. Op. Cit. pp. 626-627.

Como se ha señalado al comentar la evolución de la Comisión, el procedimiento 1235 se creó como una respuesta al problema que se presentó por la llegada a la Secretaría de la ONU de quejas individuales bajo el procedimiento no confidencial sobre temas como al *apartheid* y la discriminación racial en Rhodesia y Sudáfrica. Ante esta situación, y mediante dicha Resolución 1235, se autorizó a la Comisión a examinar informaciones relativas a violaciones flagrantes a los derechos humanos y libertades fundamentales⁴². Los temas para los que fue autorizada la Comisión, estaban referidos a violaciones notorias de derechos humanos en las siguientes materias: (i) *apartheid*; (ii) discriminación racial; y (iii) dominación colonial. En 1975, la creación del grupo de trabajo para investigar la situación de los derechos humanos en Chile después del golpe de Estado, abrió la puerta a una nueva concepción de este mecanismo. A partir de allí la práctica de la Comisión ha desarrollado la potencialidad que tenía de realizar estudios sobre situaciones que revelen cuadros de violencia persistente de violaciones de derechos humanos, en materias no contempladas inicialmente en la resolución 1235⁴³.

Los Mandatos Temáticos están a cargo grupos de trabajo, relatores especiales (cuya función tiene un carácter predominantemente técnico y de investigación) y representantes de la secretaría general (que presentan un matiz político y diplomático orientado al asesoramiento en ciertos asuntos). Los mandatos geográficos, por su parte, están a cargo de relatores especiales, representantes especiales (enviados a Estados que tienen actitud de cooperar con el Consejo), y expertos independientes (que ponen el acento en formular recomendaciones de carácter técnico orientadas a mejorar la situación de los derechos humanos en un país determinado). Estos mandatos son esencialmente de carácter humanitario. No se trata de un procedimiento acusatorio, sino de un medio de la comunidad internacional para tratar de controlar graves situaciones de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, como sostiene Villán

⁴² Sin embargo, a raíz de una serie de cambios introducidos en el año 2000, la Subcomisión ya no examina más violaciones de derechos humanos que se producen en un país, excepto bajo el procedimiento confidencial.

⁴² Sin embargo, a raíz de una serie de cambios introducidos en el año 2000, la Subcomisión ya no examina más violaciones de derechos humanos que se producen en un país, excepto bajo el procedimiento confidencial.

⁴³ La práctica de los Estados ha consolidado esta actuación sobre la base de la obligación de cooperar con la organización en la realización de sus propósitos (artículo 55.c) y el cumplimiento de buena fe del tratado (artículo 2.2).

Durán⁴⁴ la protección ejercida por los mecanismos extraconvencionales ya no es puramente humanitaria, sino que entra de lleno en el terreno de lo jurídico, antesala de la futura exigencia de responsabilidad internacional a los Estados por violación de normas internacionales de derechos humanos.

Si bien este procedimiento fue establecido en un inicio para ayudar a resolver problemas globales (situaciones de violaciones graves y masivas de derechos humanos), a medida que los procedimientos investigaban y avanzaban con el tiempo, se llegó a la separación en la concepción de aplicar el procedimiento 1503 (que veremos a continuación) a situaciones globales, y el procedimiento 1235 a casos concretos a través de las acciones individuales y urgentes, así como de situaciones globales. Sin embargo, no todos los mandatos temáticos (propios del procedimiento 1235) se hacen cargo de casos individuales, sino que algunos, como el Representante del Secretario General sobre Desplazados Internos, se ocupa únicamente del fenómeno y no acepta casos individuales ni envía acciones urgentes.

Las actividades del procedimiento 1235 (mecanismos por países y temáticos) están basadas en comunicaciones recibidas de diversas fuentes (las víctimas o sus familiares, organizaciones locales o internacionales, etc.) que contienen denuncias de violaciones de derechos humanos. Estas comunicaciones pueden presentarse en diversas formas (por ejemplo, cartas, faxes, telegramas) y pueden referirse a casos particulares, así como a detalles de situaciones de presuntas violaciones de derechos humanos.

Requisitos mínimos

En cuanto a la presentación de comunicaciones, no hay diferencias entre los mecanismos de los países y los mecanismos temáticos; ambos han de reunir los mismos requisitos mínimos, a saber:

- (i) Identificación de la presunta víctima (o las presuntas víctimas);
- (ii) Identificación de los autores de la violación;
- (iii) Identificación de la/las persona/s u organización/ organizaciones, que presentan la comunicación. Las comunicaciones anónimas no son admisibles;
- (iv) Descripción detallada de las circunstancias del incidente en que se produjo la presunta violación.

Otra característica del procedimiento 1235 consiste en ser un procedimiento público, que permite que los informes sean considerados en sesiones del Consejo abiertas al público. En estas sesiones no solo pueden los Estados miembros del Consejo, sino también todos los demás Estados de la ONU como observadores, las organizaciones internacionales

⁴⁴ VILLÁN DURÁN. Op Cit. p 648.

y las ONGs con estatuto consultivo ante el ECOSOC. Por otro lado, la admisibilidad de las comunicaciones que se reciben bajo este procedimiento no está sometida a reglas tan estrictas ni a la regla del agotamiento de los recursos internos. En general son los métodos de trabajo de los propios órganos públicos especiales los que deciden las reglas de admisibilidad de las comunicaciones. Estos criterios poco a poco se han ido armonizando.

La posibilidad de hacer una visita *in situ* es compartida con el procedimiento 1503. Estas visitas se hacen con el objeto de poder evaluar mejor la situación, entrevistarse con las víctimas y los testigos, o enviar acciones urgentes de carácter humanitario. No obstante, para que estas visitas se lleven a cabo es necesario contar con una invitación por parte del gobierno interesado. Luego de que el gobierno interesado ha dado su consentimiento para que el órgano pueda ingresar al territorio del Estado, las autoridades nacionales deben facilitar las medidas apropiadas para que la visita pueda realizarse.

En cuanto a las fuentes de información, el procedimiento 1235 es bastante liberal, al permitir desde el principio toda fuente de información que el propio órgano de investigación considere fidedigna, ya sea oficial o privada.

Otra característica que vale la pena señalar es que los órganos especiales del procedimiento 1235 son de carácter temporal, por lo que sus mandatos deben renovarse. Inicialmente, esta renovación debía producirse cada año. Sin embargo, en los últimos años se observa que los mandatos geográficos siguen teniendo una duración de un año, mientras que los temáticos se prolongan por tres años.

Finalmente, cabe señalar que existen al interior del procedimiento 1235 mecanismos que permiten interactuar directamente con gobiernos, con motivo de supuestas violaciones de derechos humanos. Esto se debe a que, en la mayoría de los casos, los procedimientos geográficos no han desarrollado como regla general medidas de signo preventivo ante una amenaza verosímil de violación a los derechos y libertades fundamentales de una persona concreta (por ello el deber de investigar situaciones que presenten un cuadro persistente de violaciones). En el caso de los mandatos temáticos si ha habido, por el contrario, un mayor interés por ocuparse de casos concretos e individuales. Por ello, se puede decir que ellos son los responsables del establecimiento de este procedimiento de acciones urgentes⁴⁵. Estas acciones están orientadas a la prevención de violaciones estatales de los derechos más fundamentales (como vida, integridad,

libertad y seguridad personales). Así, las acciones de urgencia pueden presentarse con respecto a una violación que está ocurriendo, o que existe un alto riesgo de que ocurra. En este proceso, dado su carácter urgente, las reglas procedimentales se han flexibilizado de manera sustancial, por lo que el procedimiento implica el envío de una carta a los gobiernos involucrados (por cualquier medio), solicitando información y comentarios respecto a la comunicación recibida, así como acciones preventivas o de investigación. En términos jurídicos, estas acciones son equivalentes a las medidas provisionales del sistema convencional.

La decisión de intervenir es discrecional de quien detenta el mandato (relator especial, grupo de trabajo) para atender las acciones urgentes, y generalmente tendrá en cuenta aspectos como la credibilidad de la información recibida y el alcance del mandato.

Esta práctica en los mandatos geográficos no ha sido muy desarrollada. No obstante, pueden señalarse algunas intervenciones en las que, aunque dispares y sin obedecer a un patrón genérico, uniforme y preestablecido, algunos relatores especiales no dudaron en interponer sus buenos oficios. Esta es la situación de ejecución de esta práctica en el marco de los mandatos en Burundí, Guinea Ecuatorial, República Democrática del Congo, Sudán, Chile, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Afganistán, Irak, Myanmar, o territorios palestinos ocupados. En el caso de los mandatos temáticos, existe un mayor desarrollo de esta práctica, particularmente en el caso de Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias; el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias; el Relator Especial sobre Tortura, el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Detención Arbitraria, y el Relator especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados.

2.6.4. Procedimiento 1503

El ECOSOC estableció en su Resolución No. 1503 (XLVIII)⁴⁶ un mecanismo procesal permanente y confidencial de recepción y tramitación de quejas individuales por violaciones de derechos humanos⁴⁷. De acuerdo con este mecanismo, el Consejo debe determinar la existencia de una situación de violación manifiesta de derechos humanos. En caso de

⁴⁵ VILLÁN DURÁN. Op. cit, p. 774.

⁴⁶ Adoptada el 27 de mayo de 1970.

⁴⁷ De acuerdo con la Resolución No. 1503, el objeto de este procedimiento es identificar las comunicaciones que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Párrafo 1 *in fine*).

hacerlo, la Comisión podrá decidir si tal situación merece la realización de un estudio de fondo, o una investigación a cargo de un comité especial. En estos casos, el Consejo solicitará el consentimiento del Estado en cuestión. Como puede verse, a diferencia del procedimiento 1235, el procedimiento 1503 no fue creado con la intención de aplicarlo a situaciones relacionadas con el *apartheid*, la discriminación racial o la dominación colonial, por lo que se deduce que el procedimiento 1503, desde sus orígenes, estuvo habilitado para recibir comunicaciones referidas a todo tipo de situación de violaciones graves y masivas de derechos humanos.

El procedimiento 1503, si bien permite recibir y examinar quejas individuales de derechos humanos, no se centra en atenderlas de manera individualizada, sino que las tendrá en cuenta a efectos de determinar la existencia o no de una situación de violaciones flagrantes y masivas de derechos humanos en el territorio de un Estado determinado (de allí que bajo el procedimiento 1503 no quepan mandatos temáticos). De ser el caso que se determine tal situación, la atención del Consejo se centrará en esta, globalmente considerada, y no en la queja individual específica. En este sentido, el examen no se realizará con una finalidad protectora de los derechos humanos, entendida en el sentido de protección específica para el individuo que ve vulnerados sus derechos, sino con la finalidad de más promoción de los derechos humanos, de acuerdo con el deber de cooperación de los Estados, y de conformidad con el artículo 5 de la Carta de la ONU⁴⁸.

Las actuaciones de este procedimiento serán confidenciales hasta que el Consejo emita sus recomendaciones al ECOSOC y este las apruebe. Existen casos, sin embargo, en los que el ECOSOC ha decidido levantar la confidencialidad luego de finalizado el estudio de una situación determinada, o por recomendación del Consejo⁴⁹. Al finalizar el procedimiento, el Consejo anuncia públicamente la relación de Estados que han sido examinados bajo el procedimiento 1503.

⁴⁸ VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2002, p. 634.

⁴⁹ Así, por ejemplo, bajo el mandato de la antigua Comisión de Derechos Humanos, se ordenó levantar la confidencialidad en los casos de Guinea Ecuatorial (1979), Argentina (1985), Uruguay (1985), Filipinas (1986) y Haití (1987). Asimismo, en 1999 la Comisión puso fin al examen de la situación en Sierra Leona bajo el procedimiento 1503, para abrir estudio bajo el procedimiento 1235. Actualmente, a solicitud de los respectivos Gobiernos, la documentación examinada por la Comisión bajo el procedimiento confidencial 1503 relativa a la situación de derechos humanos en Argentina (examinada entre 1980 y 1985), Uruguay (1978 y 1985) y Paraguay (1978 y 1990), ha dejado de ser considerada confidencial y se encuentra a disposición de individuos y organizaciones interesados.

3. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BREGAGLIO, R. y CHAVEZ, C., *El sistema universal de protección de los derechos humanos. Cambios en la organización de Naciones Unidas y el papel de la sociedad civil, Guía práctica para defensores de derechos humanos*, CNDDH/CEDAL, Lima, 2008.
- BUERGENTHAL, T., et al., *International human rights* (3 edición), West group, St. Paul, 2002.
- CARIILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos* (2da edición), Tecnos, Madrid, 2001.
- CRAVEN, M., "The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en HANSKI, R. y MARKKU, S. (Eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (2da Ed.), Institute for Human Rights, Turku, 2000.
- DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en *Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. I Aspectos jurídicos*, Madrid, 2007.
- VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

4. FUENTES COMPLEMENTARIAS

- ALSTON, P., *International Human Rights in context*, Oxford University Pressm Oxford, 2000.
- BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. y NIKKEN, P., *Manual internacional de Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1990.
- CANÇADO TRINDADE, A., *El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- CASSESE, A., *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos*, Diles S.A., Madrid, 2000.
- HANSKI, R. y MARKKU, S. (Ed.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (2da. Ed.), Institute for Human Rights, Turku, 2000.

5. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- CDESC Observación General No. 3 de 14 de diciembre de 1990.
- CDH Observación General No. 12 de 13 de marzo de 1984.
- Comunicación No. 167/1984. Lubicon Lake Band v. Canada. CPR/C/38/D/167/1984.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, "Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos", *Serie de Capacitación Profesional*, No. 17, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf

Resolución de la Asamblea General No. 60/251, de 3 de abril de 2006.

Resolución de la Asamblea General No. 2106 A (XX), de 20 de diciembre de 1965.

Resolución de la Asamblea General No. 220 A (XII), de 16 de diciembre de 1966.

Resolución de la Asamblea General No. 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Resolución de la Asamblea General No. 44/128, de 15 de diciembre de 1989.

Resolución de la Asamblea General No. 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Portal de Naciones Unidas: <http://www.un.org>

Portal del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>

4

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Felipe Arias Ospina y Juliana Galindo Villarreal
Universidad de los Andes

Resumen

Este capítulo presenta una introducción al sistema interamericano de derechos humanos, describe sus orígenes, estructura institucional y sus diferentes expresiones jurídicas.

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha jugado un papel primordial en la protección y promoción de los derechos humanos en el continente americano. Esto ha sido posible, a través de la consolidación de un marco normativo vinculante para los Estados en materia de derechos humanos, y la consecuente creación de los órganos encargados de velar por la garantía de los mismos, y la formulación de procedimientos específicos que permiten vigilar y calificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados Partes al respecto. En este sentido, el presente documento tiene por objeto exponer los elementos más importantes que componen el andamiaje del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien los antecedentes del Sistema Interamericano se remontan a la primera parte del siglo XX¹, fue en la Novena Conferencia Panamericana, celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 en Bogotá-Colombia, donde el establecimiento del Sistema Interamericano como sistema de

¹ GOLDMAN, R., "Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en COVARRUBIAS VELASCO, A. y ORTEGA NIETO, D. (Coords), La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI, México D.F., 2007, pp. 101, 109-148.

protección de derechos humanos tomó vigencia, en tanto allí se adoptaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos², el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH o Declaración Americana).

Es oportuno resaltar que, junto con la Carta de la OEA, la DADH - adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos- fue el instrumento más relevante para el posterior surgimiento de los órganos de protección de derechos humanos, ya que estableció la relevancia de la protección internacional de los derechos humanos por parte de los Estados Americanos. Ahora bien, pese a las importantes discusiones que giraron en torno a las obligaciones en materia de derechos humanos, la DADH no fue aprobada como una convención con efectos vinculantes para los Estados, sino que fue consagrada como una declaración que definían los medios para fortalecer el compromiso de los Estados con los derechos y libertades individuales y sociales. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH ha dispuesto en su Opinión Consultiva No. 10/90 que *“para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (...) La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”*³. Este mismo criterio ha sido sostenido por la Comisión⁴.

Sin embargo, y habida cuenta de la importancia de formular un instrumento con fuerza vinculante para hacer exigibles las obligaciones en materia de derechos humanos en el continente americano, fue suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH

² Modificada posteriormente por: el Protocolo de Buenos Aires de 1967, el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985, el protocolo de Washington de 1992 y el Protocolo de Managua de 1993.

³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A. No. 10 (1989), párrs. 45 y 47.

⁴ Comisión IDH Informe Anual 1986-1987, James Terry Roach y Jay Pinkerton vs Estados Unidos ref. 9647, Res. 3/87, del 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-49. Comisión IDH Informe N° 51/01 Rafael Ferrer-Mazorra y Otros vs Estados Unidos No. 9903, del 4 de abril de 2001.

o Convención Americana). Como se observa en el preámbulo de la misma, se reafirma el espíritu de los Estados Americanos por consolidar en la región las instituciones democráticas: libertad personal, justicia social y los derechos esenciales del hombre consagrados en la DADH, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios de la Carta de la OEA.

Primera parte

La primera parte de la Convención se denomina Deberes de los Estados y Derechos de los protegidos, allí se encuentran consagrados los aspectos más relevantes de la CADH, a saber:

- La obligación de respeto y garantía de los Estados (art. 1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para la aplicación plena de la CADH (art. 2);
- Los derechos civiles y políticos, entre los cuales se encuentran: derecho a la personalidad jurídica (art.3), derecho a la vida (art. 4), derecho a la integridad personal (art. 5), prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6), derecho a la libertad y la seguridad personal (art. 7), garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25), protección a la honra y la dignidad (art. 11), libertad de pensamiento y expresión (art. 13), derecho de reunión (art. 15), derecho de asociación (art. 16), derechos políticos (art. 23) derecho de igualdad ante la ley (art. 24), entre otros;
- Derechos Económicos, sociales y culturales (art. 26) donde se consideran estos derechos como de desarrollo progresivo;
- Suspensión de garantías (art. 27), interpretación (art. 29) y aplicación (arts. 28, 30 y 31) de la CADH;
- Deberes de las personas (art. 32) que consagra la correlación entre los deberes y los derechos consagrados.

Los siguientes capítulos de la Convención regulan los temas concernientes a: medios de protección; órganos competentes (Comisión Interamericana y Corte Interamericana); firma, ratificación, enmienda, protocolo y denuncia de la CADH; y las disposiciones comunes y transitorias. Vale destacar en lo atinente a las reservas y denuncias de la Convención, el art. 75 de la CADH se remite a la Convención de Viena de 1969⁵, según el cual la reserva únicamente puede realizarse al momento de firmar, ratificar, aceptar o adherirse al tratado, no después. Estas reservas no son absolutas, pues se encuentran limitadas por el Derecho Internacional⁶ cuando el tratado prohíbe expresamente que se efectúen

⁵ Art. 2 Convención de Viena de 1969 define la reserva como "(...) una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado".

⁶ Art. 19 Convención de Viena de 1969.

reservas, cuando disponga que solamente pueda hacerse determinadas reservas, o cuando las reservas efectuadas resulten incompatibles con el fin y objeto del tratado. Ahora bien, en lo que concierne a la denuncia de la Convención, el art. 60 de la CADH, prohíbe esta figura al consagrar que no se permite la suspensión o terminación de tratados cuyo fin sea la protección de la persona humana⁷.

A partir de la Convención Americana, como se verá más adelante, se formularon los presupuestos actuales de funcionamiento del Sistema Interamericano, especialmente por el reformulación de los órganos y procedimientos adecuados para asegurar la vigencia de los derechos humanos. Con posterioridad a su entrada en vigor en el año de 1978, en el marco del Sistema Interamericano se han establecido otros instrumentos jurídicos referentes a derechos humanos particulares o a poblaciones de especial protección, tales como, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁸, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"⁹, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte¹⁰, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belém Do Pará"¹¹, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas¹², y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad¹³.

3. LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Los órganos que componen el Sistema Interamericano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión), que a su vez tiene a cargo las diferentes Relatorías del sistema, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte)¹⁴. El primero fue creado con

⁷ En este sentido no tiene aplicación los arts. 56 y 78 de la Convención de Viena de 1969, según los cuales la denuncia consiste en la manifestación de voluntad del Estado de no seguir obligado por un tratado determinado, antes de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del instrumento, con un preaviso de un año.

⁸ Adoptada el 9 de diciembre de 1985. Entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

⁹ Adoptado el 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

¹⁰ Adoptado el 8 de junio de 1990. Entrada en vigor el 28 de agosto de 1991.

¹¹ Adoptada el 9 de junio de 1994. Entrada en vigor el 5 de marzo de 1995.

¹² Adoptada el 9 de junio de 1994. Entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.

¹³ Adoptada el 7 de junio de 1999. Entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001.

el objeto de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región y ser el órgano consultivo de la Organización de los Estados Americano (OEA) en materia de DDHH, mientras que la Corte IDH es el órgano judicial del sistema encargado de interpretar y aplicar la CADH de acuerdo con los casos que sean presentados bajo su jurisdicción. Ambos organismos tienen una labor complementaria en cuanto al sistema de peticiones individuales, en el cual ante la CIDH se agota la primera etapa del procedimiento y en la Corte IDH la fase final del mismo, de ser el caso.

Estas instituciones tienen orígenes distintos que definen su rol dentro del sistema interamericano y que son fundamento de las funciones que les fueron otorgadas por la OEA.

3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La Comisión fue creada en 1959 por la OEA para la promoción y defensa de los derechos humanos en la región, y servir como órgano consultivo de la OEA¹⁵. Está compuesto por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA. Su misión en un principio (1959-1967) fue reportar la situación de los DDHH a través de informes que advertían y relacionaban violaciones de derechos humanos ocurridas en los países americanos. Con la entrada en vigor de la CADH, las funciones de la Comisión se ampliaron: (i) además del monitoreo sobre la situación de derechos humanos, se incluyó (ii) la formulación de recomendaciones a los Estados, (iii) atender consultas formuladas por los Estados miembros y (iv) el trámite del sistema de peticiones individuales¹⁶.

La función de monitoreo de la Comisión consiste en elaborar informes sobre el estado de los derechos humanos a partir de tres categorías: un informe anual, otro por países y uno temático. En la primera de ellas la Comisión describe los avances o retrocesos de la protección de derechos en cada país. Verbigracia, en el informe de 1970, por ejemplo, la CIDH presentaba las reformas procesales penales que se estaban dando en países como Argentina, Colombia Panamá y Estados Unidos, así como tema relacionados con la igualdad y no discriminación, derecho al trabajo

¹⁴ CADH, art. 33.

¹⁵ CIDH, reglamento art. 1.1. modificado 2 de septiembre de 2011.

¹⁶ CADH, art. 41 Lit. a-g.

y a una justa remuneración entre otros¹⁷. El segundo tipo de informe que hace la Comisión es por países, donde describe la situación de cada Estado en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos. El último informe publicado giró en torno a la situación de Jamaica, enfatizando en temas como la discriminación basada en la orientación e identidad de género en materia de acceso a la justicia, violencia policial y comunitaria¹⁸. Finalmente, los informes temáticos analizan coyunturas específicas que se estén presentando en el continente, tratando temas desde el rol de la mujer en las Américas (1998), Libertad de Expresión (2002), la situación de defensores y defensoras de derechos humanos en la región (2006), comunidades indígenas y tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales (2009), hasta la restricción y abolición de la pena de muerte en el marco del sistema interamericano (2011), entre muchos otros¹⁹.

¿Para qué sirven los informes?

Los informes de la CIDH sirven como sustento para realizar recomendaciones generales y/o particulares a cada Estado en aras de proteger y garantizar el pleno ejercicio de los derechos contenidos en la CADH. En la mayoría de las ocasiones las recomendaciones se encuentran al final de los informes antes mencionados, donde se proponen directrices y parámetros para la debida implementación de medidas tendientes a cumplir el objetivo antes mencionado. Por ejemplo, en el informe general de 1997, la Comisión recomendaba a los Estados una mejor y más clara delimitación del papel que cumplían las fuerzas armadas y seguridad de los países miembros. En efecto, señalaba que las Fuerzas Armadas no podían abrogarse la investigación y arrestos de crímenes comunes, pues debido a su complejidad y especialidad, además del contacto social que esto produce, debía ser responsabilidad de un cuerpo policial debidamente instruido y respetuoso del Derecho²⁰. Por otro lado, en el año 2009 la Comisión publicó el segundo

(Sigue en la página 137)

¹⁷ Comisión IDH Informe Anual 1970, del 12 de marzo de 1971. Parte I. Hasta la fecha han sido publicados 31 informes anuales sobre la situación de DDHH en la región. A partir del informe de 2009 es posible consultar las intervenciones y comentarios de los Estados parte al informe anual de la CIDH. Información disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anales.asp>, consultado el 18 de Enero de 2013.

¹⁸ Comisión IDH Informe sobre la situación de DDHH en Jamaica de 2012, del 10 de agosto de 2012. En esta oportunidad la CIDH especificó el énfasis que tuvo en la evaluación a este país: "la CIDH prestó especial atención a la situación de los derechos humanos y la seguridad ciudadana, la conducta de las fuerzas de seguridad del país, la administración de la justicia y la situación en las cárceles, así como la situación de las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, las personas con VIH/SIDA, las personas privadas de libertad y las personas que sufren discriminación por motivos de orientación sexual". Párr. 4.

¹⁹ Comisión IDH Informes temáticos, disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp> consultado el 19 de Enero de 2013.

²⁰ Comisión CIDH Informe Anual 1997, punto tres de las Recomendaciones.

informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, haciendo especial énfasis en el respeto a la Libertad Expresión. Las recomendaciones apuntaban a problemáticas desde la imparcialidad en los procesos de juzgamiento, tanto administrativos como judiciales, sobre radiodifusión, hasta asegurar que los funcionarios públicos se abstuvieran de realizar declaraciones que generaran un ambiente de intimidación sobre los medios de comunicación²¹.

Otra forma de recomendación es a través de las consultas que pueden realizar los Estados a la CIDH²². Esta función de la Comisión consiste en dar el asesoramiento respectivo para ayudar a los países a mejorar el nivel de cumplimiento de los derechos humanos contenidos en la CADH. Al igual que la mayoría de recomendaciones, esta función tiene un carácter preventivo que busca evitar futuros perjuicios a los derechos humanos ocasionados por la indebida implementación de medidas estatales. Esta labor preventiva también es ejercida a través de la investigación o visita *in loco* que realiza la Comisión a algunos Estados²³. Esta visita tiene por objeto evaluar directamente en el Estado alguna situación de violación de derechos humanos que se esté presentando. En el informe sobre los desafíos a la democracia en Guatemala de 2003, a modo de ejemplo, la CIDH señaló que desde 1982 había realizado más de once visitas a este país y que en la última de ellas se había reunido con diferentes autoridades del Estado, representantes de la sociedad civil, había recibido testimonios sobre la situación de DDHH en varias regiones del país, así como denuncias sobre presuntas violaciones a los derechos contenidos en la CADH²⁴. El objetivo de las visitas *in loco* es, entonces, ofrecer insumos a la Comisión para que formule recomendaciones que sirvan para el mejoramiento del goce efectivo de los derechos humanos en ese país.

La CIDH también tiene a cargo el trámite de peticiones individuales que se presentan ante el sistema interamericano por presuntas violaciones a los derechos humanos contenidos en la CADH²⁵. Esta función será explicada en la siguiente sección, simplemente recordando que esta labor de la Comisión es la que permite que los individuos que se encuentran en los

²¹ Comisión IDH Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Venezuela de 2009, del 30 diciembre de 2009, párr. 555. Num. 1-8.

²² CADH art. 41 lit. e.

²³ Comisión CIDH Reglamento art. 39. Citada en *Ref.* 2.

²⁴ Comisión IDH Informe sobre Guatemala, Justicia e Inclusión social: desafíos de la democracia en Guatemala 2003, del 29 de diciembre de 2003.

²⁵ CADH art. 41 lit. f.

Estados parte de la CADH puedan acceder al sistema de protección interamericano y ventilar cualquier presunta violación a sus derechos fundamentales en el ámbito internacional.

Finalmente, cabe resaltar que en el marco de la CIDH se encuentran las relatorías del sistema interamericano, las cuales fueron creadas a principios de los años noventa para apoyar a la Comisión en su labor de promoción y defensa de los derechos humanos en la región. Su objeto principal es dar atención a grupos, comunidades y pueblos que se encuentran en especial estado de vulnerabilidad y se exponen a constantes riesgos de violación de derechos humanos²⁶.

3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

La Corte IDH es el órgano jurisdiccional del sistema interamericano encargado de la aplicación e interpretación de la CADH. Creada en 1969, pero con funciones a partir de 1978, la Corte ha sido pieza fundamental para garantizar el respeto a los derechos humanos en América. Esta institución sólo puede pronunciarse en aquellas controversias que involucren a Estados que hayan ratificado su jurisdicción a través de los procedimientos establecidos en la CADH para tal fin²⁷. La Corte cuenta con siete magistrados²⁸ encargados de sustanciar y resolver las controversias que la CIDH o cualquier Estado parte le someta a su conocimiento. En este sentido, las funciones de la Corte IDH se dividen en dos principalmente: conocer de casos individuales o interestatales donde se alegue la violación de algún derecho contenido en la CADH²⁹ y, por otro lado, emitir opiniones consultivas

²⁶ En la actualidad existen 8 relatorias y dos unidades especiales. La primera de ellas fue la relatoria sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1990), seguida por la de los Derechos de la Mujer (1994), los Migrantes (1996), la Libertad de Expresión (1997), la Niñez (1998), Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (2001), Personas Privadas de la Libertad (2004), Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial (2005), y más recientemente la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Transm Bisexuales e Intersex (2011) y la Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012). Información disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>, consultada el 19 de enero de 2013.

²⁷ CADH art. 62. El numeral primera de artículo señala que “[t]odo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

²⁸ CADH art. 52 a 55.

²⁹ CADH art. 61.

a petición de los Estados parte³⁰.

El conocimiento de los casos individuales se surte una vez se ha agotado el procedimiento ante la Comisión. Es por ello que sólo podrá conocer de aquellos casos que le sean presentados por la CIDH o por los Estados, agotado el primer trámite ante la Comisión, con el objeto de dirimir la controversia³¹. La Corte debe determinar en cada caso si el Estado es internacionalmente responsable por violar las obligaciones contraídas en la CADH en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos allí consagrados³². Como se explicará más adelante, este órgano debe determinar si las actuaciones u omisiones del Estado, representado por cualquier institución o funcionario, transgredió algún derecho humano reconocido en la convención y consecuentemente determinar las reparaciones a que haya lugar.

La segunda función de la Corte IDH es resolver las consultas remitidas por los Estados miembro de la OEA³³. Las consultas pueden estar relacionadas con la interpretación de la CADH o con los tratados de protección de derechos humanos que involucran a los Estados americanos, así como sobre la compatibilidad entre las leyes internas y los tratados internacionales antes referenciados. Las opiniones consultivas proferidas por este órgano han sido varias y han esclarecido el panorama sobre ciertas obligaciones contenidas en la Convención. Así, de modo ilustrativo, se ha pronunciado sobre la continuidad de las penas capitales a la luz de la vigencia de la CADH (OC-3/1982), la propuesta de modificación de la Constitución en Costa Rica relacionada con la naturalización (OC-4/1984), el Habeas Corpus bajo la suspensión de garantías (OC-8/1987), Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (OC-9/1987), Excepción al Agotamiento de recursos internos (OC-11/1990), Condición Jurídica y Derechos de

³⁰ CADH art. 64.

³¹ CADH, arts. 62 num. 3 y 63 num. 1.

³² La responsabilidad internacional del Estado se deriva del análisis de dos elementos: por un lado la comisión de un hecho ilícito internacional, o lo que es lo mismo la transgresión de una obligación contraída por el Estado, y la atribución que del mismo se hace a un Estado. Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. 12 de diciembre de 2001. Disponible en <http://www.ajol.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>, consultado el 19 de enero de 2013. Para el caso del sistema interamericano, el hecho ilícito internacional se produce cuando un Estado presuntamente transgredió algún derecho contenido en la CADH. Si la Corte encuentra que la violación a ese derecho le es atribuible al Estado, bien por acción bien por omisión, será declarado internacionalmente responsable.

³³ CADH art. 64 num. 1.

los Migrantes Indocumentados (OC-18/2003), Art. 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OC-20/2009), entre otras³⁴.

¿Para qué sirve la labor interpretativa?

Esta labor interpretativa que ejerce la Corte ha permitido clarificar varios aspectos sobre la relación entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular respecto al alcance y naturaleza de las obligaciones contenidas en la CADH. Esto implica que su labor, al igual que la CIDH, es promover el respeto y defensa de los derechos humanos. Si bien no es su función principal y tampoco es mencionado de esta forma en los instrumentos que la crearon, el efecto promotor que generan las Opiniones Consultivas, así como los casos contenciosos, permite crear conciencia sobre la necesidad de un actuar gubernamental acorde con el respeto de los derechos humanos de los individuos, como beneficiarios de este sistema de protección.

4. EL TRÁMITE DE PETICIONES INDIVIDUALES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien son múltiples las funciones que cumplen los órganos del Sistema Interamericano, el trámite de peticiones individuales ha jugado un papel protagónico en la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados Partes por la vulneración de los derechos consagrados en la Convención Americana, principalmente, así como los establecidos en la Declaración Americana y otros instrumentos del Sistema que otorgan competencia a los órganos de protección.

El trámite de peticiones individuales parte de un postulado esencial del Sistema Interamericano, consagrado en el Preámbulo de la Convención Americana³⁵, a saber, el principio de *complementariedad*, según el cual “los sistemas de protección de derechos humanos sólo obran ante la ineficacia de los sistemas nacionales de justicia. Se da primero la oportunidad al Estado de hacer justicia y sólo se puede acudir a las instancias internacionales si se demuestra que el proceso interno no fue instruido de manera independiente e imparcial de conformidad con las garantías del derecho internacional”³⁶.

³⁴ Todas las Opiniones consultivas están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

³⁵ CADH Preámbulo “Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, (...) 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” (Subrayado fuera de texto original).

A continuación se presentarán los elementos más relevantes de este trámite, no sin antes reseñar que se desarrolla en dos fases: la primera ante la CIDH, donde mediante la presentación de una denuncia individual la Comisión analiza el caso y remite recomendaciones al Estado infractor; la segunda fase, de ser procedente, se surte ante la Corte IDH ante la permanencia de la violación de los derechos humanos por parte de dicho Estado. Así, el procedimiento ante la CIDH es presupuesto para acudir ante la Corte IDH, y en este sentido, ningún individuo puede acudir directamente ante la Corte sin antes adelantar el trámite ante la Comisión.

4.1. Trámite de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

De conformidad con el art. 44 de la CADH y el art. 23 del Reglamento de la CIDH, *“cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas”* referentes a la presunta violación de los derechos humanos consagrados en la CADH.

Así las cosas, una vez ha sido presentada ante la Comisión una denuncia, y cómo determina el artículo 26 del Reglamento de la CIDH, compete a la Secretaría Ejecutiva realizar el estudio y trámite inicial de la petición presentada, estableciendo que llene todos los requisitos contenidos en el art. 28 del mismo Reglamento, a saber, los datos de identificación del denunciante, descripción de los hechos, identificación de las presuntas víctimas, identificación del Estado denunciado, las gestiones emprendidas para el agotamiento de recursos y si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento internacional. Durante la tramitación inicial, la CIDH puede requerir al denunciante completar la petición elevada en caso de no cumplir con los requisitos, así como desglosar la queja ante la existencia de hechos, personas o presuntas violaciones a los derechos humanos sin conexión, o acumular varias peticiones si versan sobre hechos, personas y/o conductas similares³⁷.

Según dispone el artículo 48 de la CADH, la CIDH dará trámite a aquellas peticiones que cumplan los requisitos previstos, dando inicio al procedimiento de admisibilidad dispuesto en el art. 30 de su Reglamento. Para ello, transmitirá al Estado la denuncia, otorgando un plazo de dos meses para presentar su respuesta, término prorrogable por un mes.

Una vez recibido el escrito del Estado, y antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a efectuar observaciones adicionales por escrito o a través de una audiencia. Cabe indicar que este es el momento oportuno para que el Estado presente las excepciones preliminares dirigidas a objetar la competencia de la Comisión o la admisibilidad del caso, ya sea por el incumplimiento de algunos de estos elementos, por el irrespeto de alguna de las reglas procedimentales establecidas en la CADH o el Reglamento de la CIDH, por incongruencias en los requisitos formales de la denuncia o por el menoscabo del derecho de defensa del Estado.

En esta fase la Comisión debe efectuar un análisis de los factores de competencia y admisibilidad. En efecto, como lo ha manifestado la propia CIDH, le corresponde *“realizar una evaluación prima facie y determinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado por la Convención Americana, mas no establecer la existencia de dicha violación”*³⁸. En la presente etapa corresponde efectuar un análisis sumario que no implica un prejuicio o un avance de opinión sobre el fondo. El propio Reglamento de la Comisión Interamericana, al establecer una fase de admisibilidad y otra de fondo, refleja esta distinción entre la evaluación que debe realizar la Comisión Interamericana a fin de declarar una petición admisible y la requerida para establecer si se ha cometido una violación imputable al Estado³⁹.

³⁶ UPRIMNY YEPES, R., “Una introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su sistema de fuentes” en RENGIFO LOZANO, A. (Comp.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sistemas internos de protección y reparación, Bogotá D.C., Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 61.

³⁷ Comisión CIDH Reglamento art. 29.

³⁸ Comisión IDH Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser del Diario “La Nación” vs Costa Rica, Informe No. 128/01 Caso 12.367, del 3 de diciembre de 2001, párr. 50. Comisión IDH Rubén Luis Godoy vs. Argentina, Informe No. 4/04, Petición 12.324, del 24 de febrero de 2004, párr. 43. Comisión IDH Juan Patricio Marileo Saravia y Otros vs Chile Informe No. 32/07, Petición 429-05, de 23 de abril de 2007, párr. 54.

³⁹ Comisión IDH Mario Alberto Jara Oñate y otros vs Chile, Informe No. 31/03, Caso 12.195, del 7 de marzo de 2003, párr. 41. Comisión IDH Juan Patricio Marileo Saravia y Otros vs Chile Informe No. 32/07, Petición 429-05, de 23 de abril de 2007, párr. 54. Comisión IDH Víctor Manuel Ancalaf Llaupe vs Chile, Petición 581-05, del 2 de mayo de 2007, párr. 46. Comisión IDH Adan Guillermo López Lone y otros vs Honduras, Informe No. 114/12, Petición 524-07, del 13 de noviembre de 2012, párr. 40.

Crterios de competencia

Bajo esta línea, la Comisión debe observar los siguientes criterios:

- *Competencia ratione personae.* De un lado, en lo que atañe al denunciante la CIDH debe constatar que se cumplan los presupuestos del art. 44 de la CADH, es decir que se trate de una persona, un grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, sin importar que sean las presuntas víctimas o no. De otro lado, debe verificarse que se identifique al Estado denunciado, así como a la(s) presunta(s) víctima(s), aclarando que sólo las personas naturales pueden acreditarse como víctimas en el Sistema Interamericano, más no las personas jurídicas⁴⁰. La Comisión ha considerado que “*corresponde declarar la admisibilidad de la petición con respecto a aquellas víctimas debidamente individualizadas, identificadas y determinadas*”⁴¹; no obstante también ha determinado que debe haber cierta flexibilidad en la identificación de las víctimas, de tal suerte que si dichas no se encuentran plenamente individualizadas, si pueden ser determinables a través de la prueba aportada por las partes en la etapa de fondo⁴².
- *Competencia ratione materiae.* La CIDH debe observar que los hechos denunciados hagan referencia a la presunta vulneración de los derechos consagrados en la CADH, la DADH y los demás tratados del Sistema Interamericano consagrados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH.
- *Competencia ratione temporis.* La Comisión debe confirmar que las presuntas violaciones hayan ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención Americana en el Estado denunciado, o del correspondiente tratado que haya sido invocado en la denuncia. Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH⁴³, la CIDH puede conocer de aquellos casos donde la vulneración a los derechos humanos permanece en el tiempo, tal como sucede en los casos de desaparición forzada⁴⁴.
- *Competencia ratione loci.* La CIDH debe examinar que las alegadas violaciones a los derechos humanos hayan ocurrido en el territorio del Estado denunciado.

⁴¹ Comisión IDH Emérita Montoya González vs Costa Rica, Informe No. 48/96, Caso 11.553, del 14 de marzo de 1997, párr. 28, 31. Comisión IDH María Eugenia Morales Sierra vs Guatemala, Informe N° 28/98, Caso 11.625, del 6 de marzo de 1998, párr. 30. Comisión IDH Janet Espinoza Feria y otras vs Perú, Informe N° 51/02, Petición 12.404, del 10 de octubre de 2002, párr. 35.

⁴² Comisión IDH Marino López y otros (Operación Génesis) vs Colombia, Informe No. 86/06, Petición 499-04, del 21 de octubre de 2006, párr. 34. Comisión IDH Masacre y desplazamiento forzado de los Montes de María vs Colombia, Informe 15/09, Petición 1-06, del 19 de marzo de 2009, párr. 47. Comisión IDH Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (Sintraofan) vs Colombia, Informe No. 140/09, Petición 1470-05, del 30 de diciembre de 2009, párr. 51.

⁴³ Corte IDH Velásquez Rodríguez vs Honduras, del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 155 y 158.

⁴⁴ Comisión IDH Santiago Antezana Cueto y Otros vs Perú, Informe No. 3/12, Petición 12.224, del 27 de enero de 2012, párr. 21.

Requisitos de admisibilidad

Respecto a los requisitos de admisibilidad, de conformidad con el art. 46 de la CADH y los arts. 31 a 34 de su Reglamento, la CIDH debe abordar los elementos de:

- *Agotamiento de los recursos internos* por parte de las presuntas víctimas, donde la Comisión ha entendido que deben agotarse aquellos recursos que pueden abordar adecuadamente la violación de un derecho jurídico y que efectivamente pueden producir el resultado para el cual fueron creados⁴⁵, de acuerdo con lo dispuesto en la Opinión Consultiva No. 11/90 de la Corte IDH⁴⁶.
- *Cumplimiento del plazo de los seis (6) meses para la presentación de la petición*, contados a partir de la notificación de la decisión que agota los recursos internos.
- *Duplicación de procedimientos*, es decir, que la materia puesta en conocimiento no esté sujeta a otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional o que no se reproduzca otra petición ante el Sistema Interamericano que esté pendiente o ya haya sido examinada.
- Que contenga los datos básicos de identificación y ubicación del denunciante establecidas en el art. 46.4 de la CADH.
- Que la petición exponga hechos que caractericen una violación de derechos humanos, sea manifiestamente fundada y resulte de información o prueba sobreviniente presentada a la Comisión, conforme lo estableció en el art. 34 del Reglamento de la CIDH.

El artículo 46.2 de la CADH consagra algunas excepciones a los requisitos de agotamiento de los recursos internos y el plazo de presentación de la petición cuando: i) no existe en legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o los derechos que se alegan han sido violados; ii) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y iii) haya un retardo injustificado en la decisión de los recursos interpuestos.

Teniendo en cuenta los anteriores, y una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto, para lo cual debe emitir un informe de admisibilidad o inadmisibilidad de la petición. En caso de ser admitida la causa, la petición debe ser registrada y se da paso a la fase de fondo⁴⁷. El procedimiento de fondo tiene por objeto el examen de los hechos y pretensiones planteadas por las partes, a fin de que la CIDH determine si hubo o no una violación a los derechos humanos por parte del Estado denunciado. Así, la Comisión fija un plazo de tres (3) meses a los peticionarios para que presenten observaciones adicionales sobre el asunto, para posteriormente transmitir las

⁴⁵ Comisión IDH Comunidades Maya Kaqchikel de los Hornos y El Pericón I y sus Miembros vs Guatemala, Informe No. 87/12, Petición 140-08, del 8 de noviembre de 2012, párr. 31.

⁴⁶ Corte IDH Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 34-36.

al Estado con el fin de que también presente sus consideraciones en el mismo plazo⁴⁸. Cabe destacar que el artículo 38 del Reglamento de la CIDH determina que si en el plazo fijado el Estado no suministra información, se presumirán como verdaderos los hechos relatados en la petición. Además, de considerarlo necesario, la Comisión podrá acudir a otros medios para el establecimiento de los hechos, tales como convocar a las partes a una audiencia pública⁴⁹ o efectuar observaciones *in loco*⁵⁰.

Analizados los anteriores elementos, según establece el art. 50 de la CADH, la CIDH deliberará sobre el fondo del caso, preparando un informe que incluya los alegatos, pruebas y demás información recabada⁵¹. En dicho informe, la Comisión debe establecer si hubo o no violación a los derechos humanos. En caso afirmativo, debe presentar un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes, y determinando un plazo dentro del cual el Estado debe informar sobre las medidas adoptadas para cumplir dichas recomendaciones⁵².

Ahora bien, si un plazo no superior a tres meses el Estado no adopta acciones para el cumplimiento de las recomendaciones del informe del artículo 50, la Comisión podrá someter el caso ante la Corte IDH, siempre y cuando el Estado haya ratificado la competencia del mencionado Tribunal. La CIDH tendrá en cuenta al momento de remitir el caso a la Corte: la posición del peticionario, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar jurisprudencia del sistema, y el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁵³.

Si transcurrido el plazo de los tres meses a partir de la remisión del informe del artículo 50, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte IDH, la Comisión podrá emitir otro informe con su opinión y conclusiones sobre el asunto. Allí plasmará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación. Posteriormente, la

⁴⁷ Comisión IDH Reglamento art. 36.

⁴⁸ Comisión IDH Reglamento art.37.

⁴⁹ Comisión IDH Reglamento arts. 37.5 y 61 a 70.

⁵⁰ Comisión IDH Reglamento arts. 39 y 53 a 57.

⁵¹ Comisión IDH Reglamento arts. 43.

⁵² Comisión IDH Reglamento art. 44.

⁵³ Comisión IDH Reglamento art. 45.

Comisión decidirá si el Estado ha tomado las medidas adecuadas al respecto⁵⁴.

Ahora bien, además del procedimiento descrito, es oportuno señalar que pueden presentarse dos circunstancias de culminación del trámite de peticiones individuales: de un lado, el denunciante puede desistir de la petición, manifestándolo por escrito a la CIDH en cualquier momento del proceso, la cual analizará la solicitud y procederá al archivo o proseguirá con la causa si lo considera pertinente para proteger un derecho determinado⁵⁵. De otro lado, el trámite de solución amistosa previsto en los arts. 48.1, literal f, de la CADH y 40 del Reglamento de la Comisión, en virtud de los cuales la CIDH se pondrán a disposición de las partes en cualquier fase del proceso a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, y de ser el caso aprobar el informe mediante el cual se exponen brevemente los hechos y la solución pactada por las partes.

Por último, cabe destacar que el artículo 25 del Reglamento de la CIDH contempla la adopción del mecanismo extraordinario de medidas cautelares ante situaciones de gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente. Así mismo, se dispone el otorgamiento de medidas cautelares a las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte de la CADH o la Declaración Americana, de forma independiente a cualquier petición o caso pendiente en el Sistema Interamericano. Estas medidas pueden ser de carácter individual o colectivo, y están precedidas, en la mayoría de los casos, de un trámite de solicitud de información previo al Estado, a menos que la urgencia de la situación justifique la adopción inmediata de las mismas. Sobre el particular, la CIDH ha afirmado que las *“medidas cautelares cumplen una función “cautelar”, en el sentido de preservar una situación jurídica frente al ejercicio de jurisdicción por parte de la Comisión y “tutelar” en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales consagrados en las normas del sistema interamericano, evitando daños irreparables a las personas”*⁵⁶.

La noción de gravedad *“se ha de relacionar con hechos o situaciones que pongan en peligro derechos humanos fundamentales, es decir,*

⁵⁴ ADH art. 51; Comisión IDH Reglamento arts. 45- 46.

⁵⁵ Comisión IDH Reglamento art. 41.

⁵⁶ Comisión IDH Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, del 31 de diciembre de 2011, párr. 419.

*aquellos que bajo ningún respecto puedan verse menoscabados o limitados en su ejercicio, no siquiera en situaciones de emergencia constitucional (...)*⁵⁷. De manera similar, el Profesor Faúndez Ledesma ha indicado que *“en otras palabras, no basta la gravedad del peligro que se anticipa, sino que también se requiere que ésta sea verosímil. La gravedad de la amenaza es la consecuencia de un peligro real y no meramente hipotético”*⁵⁸. Respecto al carácter urgencia de la situación objeto de solicitud de medidas, el riesgo o amenaza involucrados deben ser inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata, en forma tal que en el análisis de este aspecto corresponde valorar la oportunidad y la temporalidad de la intervención cautelar o tutelar solicitada⁵⁹. Finalmente, en cuanto al requisito de irreparabilidad del daño, la CIDH ha considerado necesario que en los hechos que fundamentan la solicitud se advierta una probabilidad razonable de que se materialice y el daño no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables⁶⁰.

Siguiendo los anteriores parámetros, el mecanismo de medidas cautelares ha jugado un papel trascendental en la protección de los derechos humanos, tanto en el marco de peticiones individuales como en situaciones independientes a dicho trámite. Como bien anota la misma Comisión, el mecanismo de medidas cautelares ha contribuido a la protección de miles de personas en situación de riesgo en todos los Estados miembros de la OEA, y particularmente en el contexto de la *“ha operado como instrumento efectivo de protección y prevención ante posibles daños irreparables a personas o grupos de personas que enfrentan situaciones de riesgo grave e inminente. De esta manera, la Comisión ha venido cumpliendo con el mandato de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en los términos del artículo 106 de la Carta de la Organización, y de asistir a los Estados a cumplir con su ineludible deber de protección – el cual es su obligación en toda instancia”*⁶¹.

⁵⁷ AGUIAR-ARANGUREN, A., “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos”, NIETO NAVIA, R. (Ed.), La Corte y el Sistema Interamericano de derechos humanos, Comisión IDH, 1994. p. 25.

⁵⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales, Tercera Edición, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2009, p. 537, 607.

⁵⁹ Comisión IDH Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, del 31 de diciembre de 2011, párr. 425.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 428.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 417.

Sin perjuicio de lo anterior, se han presentado un debate en torno a la obligatoriedad de las medidas cautelares, en la medida que no se encuentran consagradas convencionalmente. Al respecto, la CIDH ha considerado que las medidas cautelares son de obligatorio cumplimiento, en tanto se sustenta en la obligación general de garantizar los derechos y de adoptar medidas para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana y la Carta de la OEA, carácter que también se deriva de la competencia conferida a la CIDH para velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados en los artículos 33 y 41 de la Convención Americana⁶².

4.2. Trámite de peticiones individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Surtido el trámite ante la CIDH, y habiendo proferido el informe del artículo 50 de la CADH, la Comisión o el Estado demandado pueden solicitar a la Corte que el caso sea sometido a su conocimiento. Esto supone, que el Estado ha aceptado la jurisdicción de este órgano y que respetará la decisión que sea tomada. La Corte deberá, entonces, determinar si el Estado es internacionalmente responsable y en consecuencia ordenar las reparaciones a que haya lugar, o desestimar las pretensiones de los peticionarios y absolverlo. Para ello, ante la Corte debe surtirse un proceso donde se analizan los aspectos de competencia y admisibilidad, de ser el caso la adopción de medidas provisionales, los alegatos de cada parte y finalmente la adopción de la sentencia con la cual culmina el contradictorio dando paso al seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

El primer aspecto que tiene en cuenta la Corte es la competencia de ella misma para conocer de un caso. Este análisis se desglosa en cuatro criterios: competencia *rationae personae*, competencia *rationae materiae*, competencia *rationae temporis* y competencia *ratione loci*. En cuanto a la competencia en razón de la persona es pertinente analizar dos aspectos: por un lado debe analizar la capacidad de quien presenta el caso y del Estado demandado para acudir a dicha instancia. En cuanto al demandado, es necesario que al momento haya aceptado la competencia de la Corte para la interpretación y aplicación de la CADH⁶³. Esta aceptación de competencia no puede tener restricciones o limitaciones según ha

⁶² *Ibidem*, párr. 438.

⁶³ CADH art. 62.

señalado la Corte. En efecto, en un caso de Trinidad y Tobago la aceptación señalaba al final que reconocía la competencia “siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”⁶⁴. Esta cláusula luego fue el fundamento para que este país evitara cumplir algunas sentencias que se habían proferido en su contra, y así eludir las reparaciones ordenadas por la Corte. Sin embargo, este órgano aclaró que la aceptación de su competencia no podía limitarse o restringirse por la voluntad de los Estados siendo el único límite el temporal, que implica el conocimiento de los casos por hechos ocurridos con posterioridad a la fecha en que fue aceptada su competencia. En cuanto al análisis sobre quien presenta el caso, la CADH señala que sólo la Comisión o el propio Estado demandado pueden realizar tal solicitud. Si bien, ante la Corte las partes son los Representantes de las Víctimas y el Estado demandado, y la Comisión hace las veces de ministerio público, la Convención es rígida en establecer quienes están facultados para pedirle a la Corte que conozca de un caso.

La competencia según la materia se refiere a que el caso verse sobre la interpretación o aplicación de la CADH y otros instrumentos del Sistema Interamericano que le confieren competencia. En efecto, la jurisdicción de la Corte se circunscribe a la CADH, lo cual implica que sus pronunciamientos y órdenes siempre estarán enmarcados bajo los estándares de dicha Convención. En lo que refiere a otros instrumentos del Sistema, valga destacar que la Corte IDH se pronunciado respecto a los derechos contenidos en la Convención contra la Tortura⁶⁵, los arts. 8 y 13 del Protocolo de San Salvador⁶⁶, y respecto al art. 7 de la Convención Belem Do Pará⁶⁷. Asimismo, la Corte ha acudido a otros instrumentos internacionales de derechos humanos para interpretar el contenido y alcance de ciertos derechos contenidos en la Convención. En efecto, esta labor interpretativa se produce a través de dos figuras una de con carácter convencional establecida en el art. 29 de la CADH y otra de creación de

⁶⁴ FAUNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales, 2004. Pg. 607.

⁶⁵ Corte IDH Cantoral Benavides vs Perú, del 18 de agosto de 2000, párr. 180-191. Corte IDH Masacre de Río Negro vs Guatemala, del 4 de septiembre de 2012, párr. 221-227.

⁶⁶ Corte IDH "Cinco Pensionista" vs Perú, del 28 de febrero de 2003, párr. 116.

⁶⁷ Corte IDH "Campo Algodonero" vs México, del 16 de noviembre de 2009, párr. 35-80. Corte IDH Masacre de las Dos Erres vs Guatemala, del 24 de noviembre de 2009, párr. 136-154. Corte IDH Rosendo Cantú y otra vs México, del 31 de agosto de 2010.

la misma Corte llamada el *Corpus Iuris*. En casos de protección de los derechos indígenas y de protección de los derechos del niño, la Corte ha hecho uso de estas herramientas para aclarar concepto y elementos de las obligaciones contenidas en el art. 19 sobre derechos del niño y el art. 21 sobre propiedad privada para el caso de las comunidades indígenas⁶⁸.

El criterio de competencia en razón del tiempo es el único límite que se plantea a la jurisdicción de la Corte. Según éste, la Corte IDH sólo puede conocer de aquellos hechos ocurridos con posterioridad a la fecha en que el Estado haya aceptado su competencia, siendo consecuente con el principio de irretroactividad de las obligaciones internacionales⁶⁹. En otras palabras, la Corte debe abstenerse de analizar cualquier caso que haya ocurrido antes de que el Estado demandado hubiese ratificado su jurisdicción. Este mismo criterio hace referencia al periodo de tres meses que tiene la Comisión para presentar el caso ante la Corte⁷⁰, que una vez vencidos elimina la competencia del tribunal por extemporaneidad del caso. Ahora bien, esta regla puede diluirse en los casos de delitos de ejecución continuada, donde el hecho ilícito ocurre en un momento pero sus efectos se prolongan a través del tiempo. En el caso de Trujillo Oroza vs. Bolivia de 2002 la Corte señaló que la desaparición forzada es un delito continuado y que sus efectos generaban un vínculo de causalidad con los perjuicios ocasionados a los familiares de la víctima tiempo después. Por lo tanto, *“la Corte determinó las reparación con base en la equidad, teniendo presente la situación permanente -desde su inicio hasta la fecha- del delito de desaparición forzada que hasta hoy (sic) perdura, por ende [es] imprescriptible”*⁷¹.

Finalmente, el último criterio de competencia es el *ratione loci*, el cual implica que los hechos deben tener lugar en el territorio del Estado demandando.

El segundo aspecto que tiene en cuenta la Corte antes de valorar el fondo del asunto es el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

⁶⁸ Corte IDH Villagran Morales y otros vs Guatemala, del 19 de noviembre de 1999. Corte IDH Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua, del 31 de agosto de 2001. Corte IDH “Instituto de Reeducación del Menos” vs. Paraguay, del 2 de septiembre de 2004. Corte IDH Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, del 27 de junio de 2012.

⁶⁹ CADH art. 62 num. 3.

⁷⁰ CADH, art. 51 num. 1.

⁷¹ Corte IDH, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia del 26 de enero de 2000. Voto Razonado Cancado Trindade.

El primero de ellos es que el caso sea presentado dentro de los tres meses siguientes a la notificación del informe de artículo 50, a su vez el escrito de la demanda deberá cumplir con las formalidades señaladas en el art. 34 del Reglamento de la Corte⁷².

Una vez surtida esta etapa la secretaría de la Corte notifica de la demanda al Estado demandado, a la Comisión -si no es la demandante- y a las presuntas víctimas del ser el caso. Los representantes de las víctimas tendrán un plazo perentorio de 2 meses para presentar sus escritos de solicitudes, argumentos y pruebas. El Estado, por su parte, podrá interponer en el escrito de contestación las excepciones preliminares a que haya lugar, exponiendo los hechos y fundamentos de dicha petición así como los documentos que la sustenten⁷³. Dentro de las excepciones preliminares que suelen presentar los Estados ante la corte es la falta de agotamiento de los recursos internos. En efecto, el primer ejercicio de defensa que ejerce un Estado es a través de las instituciones internas, siendo indispensable que las presuntas víctimas acudan a ellas primero para solicitar la tutela de sus derechos y a falta del mismo al sistema interamericano. La procedencia de estas excepciones, ha indicado la Corte, depende de su presentación de forma oportuna en el trámite ante la Comisión. En otras palabras, la Corte ha considerado que sólo son admisibles las excepciones que también se hayan presentado ante la Comisión en la etapa inicial del proceso, de lo contrario el Estado -en virtud del principio de *estoppel*- produjo unos efectos jurídicos que le impide adoptar una conducta contraria en una etapa posterior del proceso⁷⁴.

⁷² Reglamento de la Corte IDH, art. 34 num. 1. "pretensiones (incluidas las referidas a las reparaciones y costas); las partes en el caso; la exposición de los hechos; las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán; la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la Comisión deberá consignar el nombre y la dirección de las presuntas víctimas o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible".

⁷³ Reglamento de la Corte IDH, art. 38.

⁷⁴ Corte IDH, caso *Acevedo Buendía y otros vs Perú* del 1 de julio de 2009. Párr. 57. La corte ha señalado en cuanto a esta regla que "cada acto de reconocimiento realizado por [dicho Estado, tanto a nivel interno como] ante la Comisión creó un *estoppel*. Por ello, al haber admitido como legítima, por medio de un acto jurídico unilateral de reconocimiento, la pretensión planteada en el procedimiento ante la Comisión, el Perú qued[ó] impedido de contradecirse posteriormente. Tanto las presuntas víctimas [y] sus representantes como la Comisión Interamericana actuaron en el procedimiento ante dicho órgano con base en esa posición de reconocimiento adoptada por el Estado". Párr. 58.

En referencia a este punto, en el primer caso ante el sistema, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* del 26 de junio de 1987, la Comisión argumentó que la Corte estaba impedida para revisar cuestiones relaciones con excepciones preliminares en tanto están ya habían sido objeto de análisis en la etapa de admisibilidad de la petición ante la Comisión. La Corte señaló que su labor es analizar todo el proceso precedente de cada caso, que sin ser un organismo de apelación o una segunda instancia, pero sí el órgano jurisdiccional del sistema, debía considerar lo actuado y decidido por la Comisión⁷⁵. No obstante, en un caso posterior la Corte rechazó una excepción preliminar porque ya había sido planteada ante la Comisión y aquella lo había resuelto⁷⁶, cambiando su posición frente al ámbito de estudio que tenía ese órgano.

Una vez establecido el contradictorio, el Presidente de la Corte define una fecha para la apertura del procedimiento oral. En esta audiencia de alegatos los representantes de las víctimas y el Estado presentan sus pruebas⁷⁷ y argumentos para sustentar su posición, dando las herramientas necesarias a los jueces del tribunal para proferir una decisión. En el sistema interamericano no existe un estándar probatorio determinado, cada uno de los medios de prueba puede ser usado para demostrar varios hechos. En esa medida, el derecho a la propiedad, por ejemplo, comúnmente exige un medio de prueba determinado en el derecho interno, como el registro ante la oficina competente. Sin embargo, ante el sistema interamericano la libertad probatoria permite que en esos casos la propiedad pueda ser demostrada a través de testimonio, peritos, documentos de carácter privado, etc.

Habiendo culminado la etapa oral pueden ocurrir dos supuestos: por un lado, la terminación anticipada del proceso a solicitud de la parte demandante o, por otro lado, la publicación de la sentencia⁷⁸. El sobreseimiento y/o terminación del caso se presenta cuando el demandante notifica a la Corte dicha intención, la cual puede ser acatada o desestimada por la Corte. Esta potestad del órgano judicial del sistema se establece en el

⁷⁵ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras* de excepciones preliminares del 26 de junio de 1987.

⁷⁶ Corte IDH, caso *Gangaram Panday vs Suriman* de excepciones preliminares del 4 de diciembre de 1991.

⁷⁷ Reglamento de la Corte IDH, art. 46-55 para la admisión, decreto y práctica de las pruebas solicitadas por las partes.

⁷⁸ Reglamento de la Corte IDH, arts. 56-63.

art. 58 de su reglamento, el cual señala que la responsabilidad que tiene la Corte la obliga proteger los derechos humanos y, por lo mismo, puede discrecionalmente aceptar o rechazar la solicitud de terminación o sobreseimiento del caso. Asimismo, nos encontramos frente a una culminación anticipada del proceso en los casos de solución amistosa en el que las partes comunican a la Corte que se ha llegado a un acuerdo para la solución del litigio y en consecuencia solicitan la terminación del caso⁷⁹.

La sentencia

La segunda vía de terminación del proceso es la sentencia⁸⁰. Este fallo tiene carácter definitivo e inapelable, y los Estados se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en cada uno de sus apartes. Si existiera algún desacuerdo sobre el sentido y alcance de la decisión, cualquier de las partes podría solicitar la interpretación del mismo, bien sobre el fondo del asunto o las reparaciones⁸¹. En el escrito se debe especificar las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia dentro de los noventa días siguientes a la notificación del fallo. Este recurso en ningún caso suspende la ejecución de la sentencia, la cual será supervisada por la misma Corte a través de informes que el Estado deberá enviar a dicho órgano para su evaluación, y así establecer el nivel de cumplimiento de lo resuelto y emitir las resoluciones a que haya lugar⁸².

En la sentencia, en virtud del artículo 63.1 de la CADH, la Corte IDH puede determinar las reparaciones e indemnizaciones que considere oportunas como consecuencia del hecho internacional ilícito cometido por el Estado. En esta medida, y como lo ha manifestado la propia Corte, las reparaciones ordenadas imponen obligaciones de derecho internacional, cuyo contenido no puede ser modificado ni su cumplimiento suspendido por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno⁸³. En la práctica, la Corte IDH ha ordenado reparar el daño material, el cual comprende tanto el daño emergente (referente a los gastos efectuados con ocasión a la vulneración de derechos) como el lucro cesante (relacionado con los ingresos dejados de percibir por las víctimas o sus familiares), como lo estableció en sus primeras sentencias de reparaciones como los casos Castillo Páez contra Perú⁸⁴, Blake contra Guatemala⁸⁵ o Suárez Rosero contra Ecuador⁸⁶. En lo que atañe al daño inmaterial, la Corte ha señalado que este comprende, los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus familiares, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o su familia⁸⁷, frente a lo cual ha formulado el pago de una indemnización y/o la realización de un acto público de desagravio.

⁷⁹ Reglamento de la Corte IDH, art. 63.

⁸⁰ CADH, arts. 66-69.

⁸¹ Reglamento de la Corte IDH, art. 62.

⁸² Reglamento de la Corte IDH, art. 63.

⁸³ Corte IDH, Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 106; Caso Barrios Altos contra Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41.

⁸⁴ Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 76-77.

⁸⁵ Sentencia de 22 de enero de 1999, párr. 51.

⁸⁶ Sentencia de 20 de enero de 1999, párr. 60.

Ahora bien, en materia de reparaciones, la Corte IDH ha establecido que una reparación adecuada, además de las indemnizaciones decretadas por el ordenamiento jurídico interno, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición⁸⁸. Por esta razón, por ejemplo, la Corte ha afirmado que el deber de investigar, juzgar y sancionar a los culpables de las violaciones a los derechos humanos es una medida de reparación⁸⁹, y aunado a ello, el derecho a la verdad tanto de las víctimas y/o sus familiares a conocer la verdad de lo sucedido por medio de una investigación seria y la sanción de los responsables, como de la sociedad como un todo, de manera que al conocer sobre éstas graves violaciones a los derechos humanos, tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro⁹⁰. En este escenario, la Corte IDH también ha decretado como medidas de reparación integral, entre otras, la realización de actos de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado⁹¹, la entrega de los restos mortales de la víctima a sus familiares⁹², la implementación de programas de vivienda y educación para las víctimas⁹³, construcción de monumentos o instalación de placas⁹⁴, y la publicación de las partes pertinentes de la sentencia⁹⁵, entre otros.

Para terminar, es importante ilustrar que en los casos de extrema urgencia y gravedad para evitar daños irreparables, la CIDH puede solicitar

⁸⁷ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de reparaciones del 22 de febrero de 2002, párr. 56; Caso Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001, párr. 53.

⁸⁸ Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 341.

⁸⁹ Corte IDH, Caso Maritza Urrutia c. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrs. 11 y 125; Caso Carpio Nicolle y otros c. Guatemala, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 127; Caso Baldeón García c. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 146.

⁹⁰ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, *supra*, párr. 77; Caso 19 Comerciantes contra Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 258.

⁹¹ Corte IDH, Caso Cantoral Benavides, *supra*, párr. 79; Caso Bámaca Velásquez, *supra*, párr. 84; Caso Masacre de Mapiripán contra Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 405-406.

⁹² Corte IDH, Caso Trujillo Oroza, *supra*, párr. 114.

⁹³ Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, sentencia de reparaciones del 19 de noviembre de 2004, párr. 105; Caso Masacre de Mapiripá, *supra*, párr. 407 y 409.

⁹⁴ Corte IDH, Caso Masacre de Mapiripá, *supra*, párr. 407 y 409; Caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, sentencia de, párr. 278.

⁹⁵ Corte IDH, Caso Gómez Palomino y otros contra Perú, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 142; Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2005, párr. 282, Caso Blanco Romero y otros contra Venezuela, sentencia del 28 de noviembre de 2005, párr. 101.

a la Corte la adopción de medidas provisionales para evitar daños irreparables a favor de una persona o grupo de personas, mediante escrito adicional a la presentación del caso, aunque las mismas también pueden ser requeridas con independencia al trámite de una petición individual. Al respecto ha determinado la Corte que los Estados tiene la obligación de proteger siempre a las personas dentro de su territorio, medida que debe extremarse sobre los individuos que se encuentran involucrados en procesos tramitados ante ese órgano⁹⁶. A diferencia de las medidas cautelares de la Comisión antes comentadas, las medidas provisionales son de obligatorio al encontrarse consagradas en el art. 63.2 de la CADH, lo cual exige de los Estados el cumplimiento de sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)⁹⁷. En este sentido, la Corte IDH ha precisado que “En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Las medidas se aplican siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas. De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”⁹⁸. Por ello, la Corte IDH ha establecido que los tres requisitos exigidos por el art. 63.2 deben coexistir y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal⁹⁹.

⁹⁶ Corte IDH, medidas provisionales solicitadas por la Comisión respecto del Estado de Colombia en el caso *Clemente Teherán y otros vs Colombia* del 23 de marzo de 1998. Párr. 7.

⁹⁷ Corte IDH, Medidas Provisionales en el Asunto *James y otros* respecto de Trinidad y Tobago, Resolución de 14 de junio de 1998, Considerando sexto; Medidas Provisionales en el Asunto *Natera Balboa* respecto de Venezuela, Resolución de 15 de mayo de 2011, Considerando tercero; Medidas Provisionales en el Asunto *Alvarado Reyes* respecto de México, Resolución de 15 de mayo de 2011, Considerando cuarto.

⁹⁸ Corte IDH, Medidas Provisionales en el *Caso del Periódico “La Nación”* respecto de Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, considerando cuarto; Medidas Provisionales en el Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó respecto de Colombia, Resolución de 25 de noviembre de 2011, considerando cuarto; Medidas Provisionales en el Asunto *Wong Ho Wing* respecto de Perú, Resolución de 26 de junio de 2012, considerando cuarto.

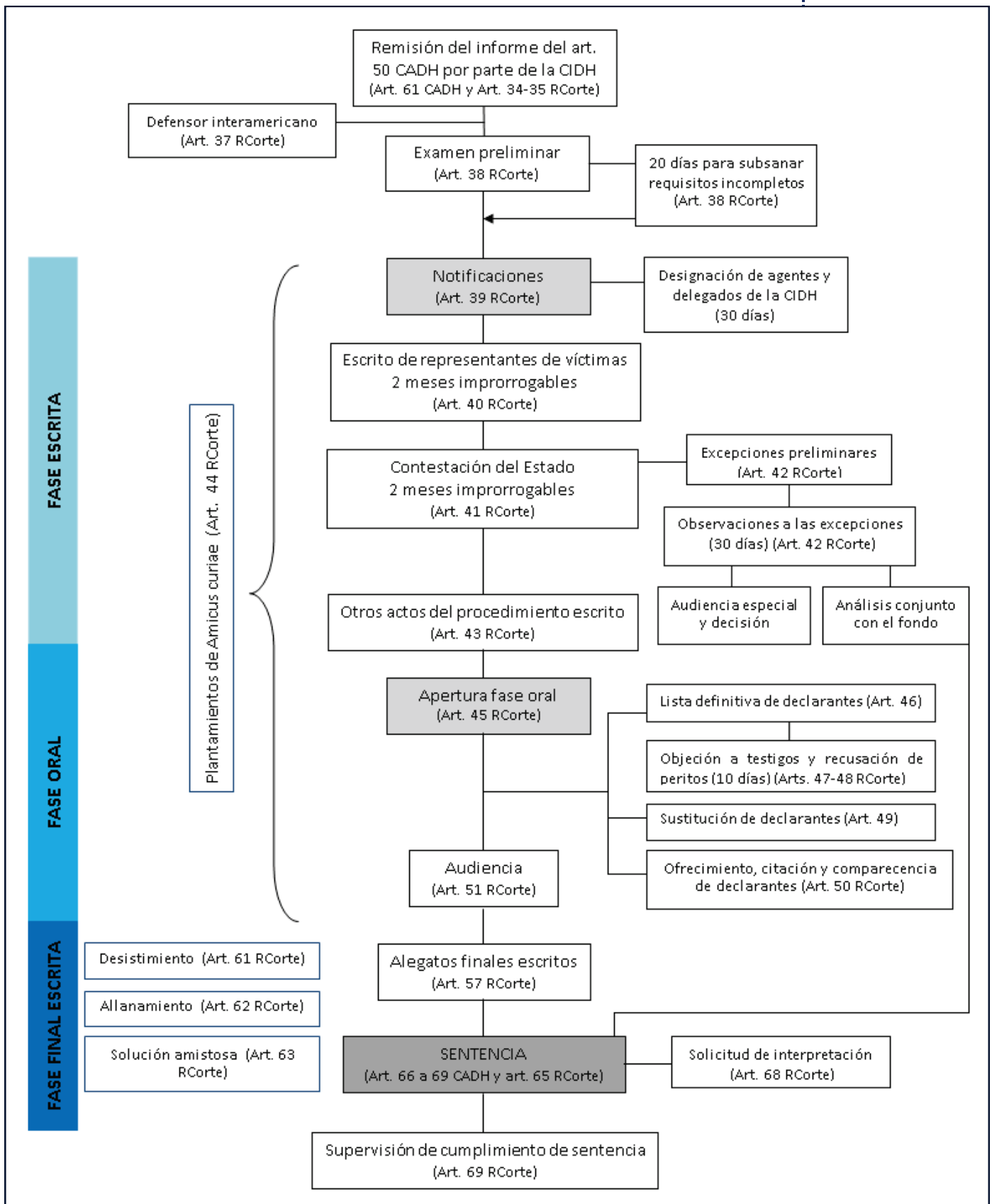
⁹⁹ Corte IDH, Medidas Provisionales en el *Caso Carpio Nicolle* respecto de Guatemala, Resolución de julio de 2009, considerando decimocuarto; Asunto Medidas Provisionales en el Asunto de la *Fundación de Antropología Forense de Guatemala* respecto de Guatemala, Resolución de 22 de febrero de 2011, Considerando segundo; Medidas Provisionales en *Asuntos de Determinados*

5. CONCLUSIONES

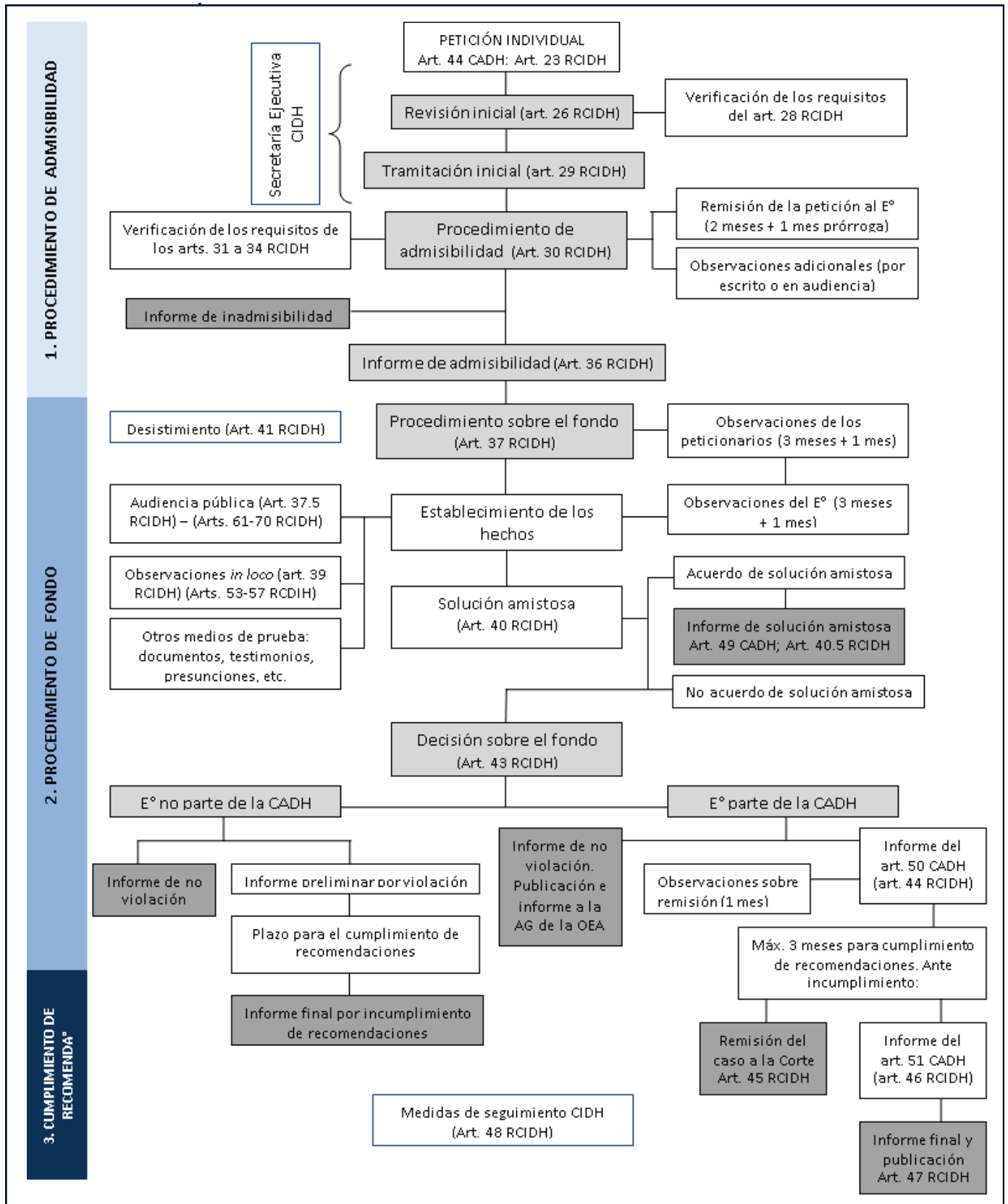
Como pudo observarse, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con un entramado de instrumentos, órganos y procedimientos, a través de los cuales ha sido posible garantizar y proteger los derechos humanos en el continente americano, destacándose la labor de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana en el trámite de peticiones individuales tendientes a determinar la responsabilidad de los Estados por la vulneración de derechos humanos.

Centros Penitenciarios de Venezuela respecto de Venezuela, Resolución de 6 de julio de 2011, considerando cuarto.

PROCEDIMIENTO DE CASOS CONTENCIOSOS ANTE LA CORIDH



PROCEDIMIENTO DE PETICIONES INDIVIDUALES ANTE LA CIDH



6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- AGUIAR-ARANGUREN, A., "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos", NIETO NAVIA, R. (Ed.), La Corte y el Sistema Interamericano de derechos humanos, Comisión IDH, 1994. p. 25.
- GOLDMAN, R., "Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en COVARRUBIAS VELASCO, A. y ORTEGA NIETO, D. (Coords.), La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI, México D.F., 2007, pp. 101, 109-148.
- UPRIMNY YEPES, R., "Una introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su sistema de fuentes" en RENGIFO LOZANO, A. (Comp.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sistemas internos de protección y reparación, Bogotá D.C., Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 61.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales, Tercera Edición, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2009, p. 537, 607.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Organización de los Estados Americano (<http://www.oas.org/es/>)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.oas.org/es/cidh/>)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr/>)
- Instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr/index.php/instrumentos>)
- Comisión IDH *Informes temáticos*, disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp> consultado el 19 de Enero de 2013.
- Comisión IDH, *Relatorías Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>, consultada el 19 de enero de 2013.
- Comisión de Derecho Internacional *Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, del 12 diciembre de 2001, Disponible en <http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>, consultado el 19 de enero de 2013.
- Corte IDH *Opiniones consultivas*, disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado el 19 de enero de 2013.

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

a. Organismos o Tribunales Internacionales de garantía

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Comisión IDH *Informe Anual 1970*, del 12 de marzo de 1971. Parte I.
- Comisión IDH *Informe Anual 1986-1987*, James Terry Roach y Jay Pinkerton vs Estados Unidos ref. 9647, Res. 3/87, del 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-49
- Comisión IDH *Accionistas del Banco de Lima vs Perú*, Informe N° 10/91, caso 10.169, del 22 de febrero de 1991, párr. 2.
- Comisión IDH *Informe Anual 1997*, del 17 de febrero de 1998, Recomendaciones.
- Comisión IDH *Emérita Montoya González vs Costa Rica*, Informe No. 48/96, Caso 11.553, del 14 de marzo de 1997, párr. 28, 31.
- Comisión IDH *Tabacalera Boquerón, S.A. Vs Paraguay*, Informe N° 47/97, del 16 de octubre de 1997, párr. 25.
- Comisión IDH *María Eugenia Morales Sierra vs Guatemala*, Informe N° 28/98, Caso 11.625, del 6 de marzo de 1998, párr. 30.
- Comisión IDH *Informe N° 51/01 Rafael Ferrer-Mazorra y Otros vs Estados Unidos* No. 9903, del 4 de abril de 2001.
- Comisión IDH *Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser del Diario "La Nación" vs Costa Rica*, Informe No. 128/01 Caso 12.367, del 3 de diciembre de 2001, párr. 50.
- Comisión IDH *Mario Alberto Jara Oñate y otros vs Chile*, Informe No. 31/03, Caso 12.195, del 7 de marzo de 2003, párr. 41.
- Comisión IDH *Informe sobre Guatemala, Justicia e Inclusión social: desafíos de la democracia en Guatemala 2003*, del 29 de diciembre de 2003.
- Comisión IDH *Rubén Luis Godoy vs. Argentina*, Informe No. 4/04, Petición 12.324, del 24 de febrero de 2004, párr. 43.
- Comisión IDH *Marino López y otros (Operación Génesis) vs Colombia*, Informe No. 86/06, Petición 499-04, del 21 de octubre de 2006, párr. 34.
- Comisión IDH *Juan Patricio Marileo Saravia y Otros vs Chile* Informe No. 32/07, Petición 429-05, de 23 de abril de 2007, párr. 54.
- Comisión IDH *Víctor Manuel Ancalaf Llaupe vs Chile*, Petición 581-05, del 2 de mayo de 2007, párr 46.
- Comisión IDH *Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Venezuela de 2009*, del 30 diciembre de 2009, párr. 555. Num. 1-8.
- Comisión IDH *Janet Espinoza Feria y otras vs Perú*, Informe N° 51/02, Petición 12.404, del 10 de octubre de 2002, párr. 35.
- Comisión IDH *Masacre y desplazamiento forzado de los Montes de María vs Colombia*, Informe 15/09, Petición 1-06, del 19 de marzo de 2009, párr. 47.
- Comisión IDH *Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (Sintraofan) vs Colombia*, Informe No. 140/09,

Petición 1470-05, del 30 de diciembre de 2009, párr. 51.

Comisión IDH *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66*, del 31 de diciembre de 2011, párr. 419, 415 y 428.

Comisión IDH *Informe sobre la situación de DDHH en Jamaica de 2012*, del 10 de agosto de 2012.

Comisión IDH *Adan Guillermo López Lone y otros vs Honduras, Informe No. 114/12, Petición 524-07*, del 13 de noviembre de 2012, párr. 40.

Comisión IDH *Santiago Antezana Cueto y Otros vs Perú, Informe No. 3/12, Petición 12.224*, del 27 de enero de 2012, párr. 21.

Comisión IDH *Comunidades Maya Kaqchikel de los Hornos y El Pericón I y sus Miembros vs Guatemala, Informe No. 87/12, Petición 140-08*, del 8 de noviembre de 2012, párr. 31.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs Honduras de excepciones preliminares*, del 26 de junio de 1987.

Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 155 y 158.

Corte IDH *Opinión Consultiva OC-10/89 Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 14 de julio de 1989, párrs. 45 y 47.

Corte IDH *Opinión Consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párrafos 34 al 36.

Corte IDH *Gangaram Panday vs Suriman de excepciones preliminares*, del 4 de diciembre de 1991.

Corte IDH *Clemente Teherán y otros vs Colombia sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión*, del 23 de marzo de 1998. Párr. 7.

Corte IDH *James y otros vs de Trinidad y Tobago Medidas Provisionales*, considerando sexto, del 14 de junio de 1998.

Corte IDH *Castillo Páez vs Perú*, del 27 de noviembre de 1998, párr. 76-77.

Corte IDH *Blake vs Guatemala*, del 22 de enero de 1999, párr. 51.

Corte IDH *Suárez Rosero vs Ecuador*, del 20 de enero de 1999, párr. 60.

Corte IDH *Villagran Morales y otros vs Guatemala*, del 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH *Trujillo Oroza vs. Bolivia, Voto Razonado Cancado Trindade*. del 26 de enero de 2000.

Corte IDH *Cantoral Benavides vs Perú*, del 18 de agosto de 2000, párr. 180-191.

Corte IDH *Barrios Altos vs Perú*, del 14 de marzo de 2001, párr. 41.

Corte IDH *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001.

Corte IDH *Periódico "La Nación" vs Costa Rica Medidas Provisionales*, considerando cuarto, del 7 de septiembre de 2001.

- Corte IDH *Cantoral Benavides vs Perú sentencia de reparaciones*, del 3 de diciembre de 2001, párr. 53.
- Corte IDH *Bámaca Velásquez vs Guatemala sentencia de reparaciones*, del 22 de febrero de 2002, párr. 56.
- Corte IDH *Trujillo Oroza vs Bolivia*, del 27 de febrero de 2002, párr. 106.
- Corte IDH *"Cinco Pensionista" vs Perú*, del 28 de febrero de 2003, párr. 116.
- Corte IDH *Maritza Urrutia vs Guatemala*, del 27 de noviembre de 2003, párrs. 11 y 125.
- Corte IDH *19 Comerciantes vs Colombia*, del 5 de julio de 2004, párr. 258.
- Corte IDH *"Instituto de Reeducción del Menos" vs. Paraguay*, del 2 de septiembre de 2004.
- Corte IDH *Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala del reparaciones*, del 19 de noviembre de 2004, párr. 105.
- Corte IDH *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, del 15 de septiembre de 2005.
- Corte IDH *Carpio Nicolle y otros vs Guatemala*, del 22 de noviembre de 2004, párr. 127.
- Corte IDH *Gómez Palomino y otros vs Perú*, del 22 de noviembre de 2005, párr. 142.
- Corte IDH *García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, del 25 de noviembre de 2005, párr. 282.
- Corte IDH *Blanco Romero y otros vs Venezuela*, del 28 de noviembre de 2005, párr. 101.
- Corte IDH *Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*, del 31 de enero de 2006, párr. 278.
- Corte IDH *Baldeón García vs Perú*, del 6 de abril de 2006, párr. 146.
- Corte IDH *Masacres de Ituango vs Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 341.
- Corte IDH *Acevedo Buendía y otros vs Perú*, del 1 de julio de 2009.
- Corte IDH *Carpio Nicolle vs Guatemala Medidas Provisionales*, considerando decimocuarto, del 6 julio de 2009.
- Corte IDH *"Campo Algodonero" vs México*, del 16 de noviembre de 2009, párr. 35-80.
- Corte IDH *Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*, del 24 de noviembre de 2009, párr. 136-154.
- Corte IDH *Rosendo Cantú y otra vs México*, del 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH *Natera Balboa vs Venezuela Medidas Provisionales*, considerando tercero, del 15 de mayo de 2011.
- Corte IDH *Fundación de Antropología Forense de Guatemala vs Guatemala Medidas Provisionales*, considerando segundo, del 22 de febrero de 2011.
- Corte IDH *Alvarado Reyes vs México Medidas Provisionales*, considerando cuarto, del 15 de mayo de 2011.
- Corte IDH *Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela vs Venezuela Medidas Provisionales*, considerando cuarto de 6 de julio de 2011.

Corte IDH *Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó vs de Colombia Medidas Provisionales*, Considerando cuarto del 25 de noviembre de 2011.

Corte IDH *Wong Ho Wing vs Perú Medidas Provisionales*, considerando cuarto, del 26 de junio de 2012.

Corte IDH *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*, del 27 de junio de 2012

Corte IDH *Masacre de Rio Negro vs Guatemala*, del 4 de septiembre de 2012, párr. 221-227.

5

EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resumen

Este capítulo presenta una introducción al sistema europeo de derechos humanos, describe sus orígenes, estructura institucional y sus diferentes expresiones jurídicas.

1. INTRODUCCIÓN. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Las características del sistema europeo de protección de los derechos humanos (sus notas organizativas, su funcionamiento, la doctrina jurisprudencial en él elaborada) son resultado de un proceso que hasta el momento (2013) tiene una duración de más de sesenta años. Por ello, muchos de los elementos definidores del sistema, en su versión actual, han ido surgiendo en momentos determinados de ese proceso, como innovaciones para enfrentarse con nuevos problemas o como reformas de situaciones anteriores. En consecuencia, la exposición de esos elementos y la comprensión de su significado en la actualidad exige una cierta perspectiva histórica y se facilita conociendo en qué momento aparecen y se consolidan, hasta constituir el edificio que, aunque hoy aparece como un todo coherente, no es resultado de un diseño original completo y acabado, sino de una evolución quizás imprevisible para sus mismos creadores. Conviene por ello tener en cuenta la existencia de varios periodos (muy diferentes en su duración) de la historia del sistema: el período de creación (1950-1959) que culmina con la constitución del Tribunal de Estrasburgo; el período de desarrollo que va de ese año hasta la entrada en vigor del protocolo 11 en 1998, y la constitución del “nuevo Tribunal”; el período de funcionamiento de ese nuevo Tribunal, hasta la reforma llevada a cabo por el protocolo 14, el año 2010; y finalmente, un último periodo, a partir de la entrada en vigor de ese

protocolo y la puesta en práctica de las notables novedades que introduce¹.

2. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA

Los elementos básicos del sistema europeo se encuentran en el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas aprobado en Roma el día 4 de noviembre de 1950. Un primer aspecto a tener en cuenta es que el Convenio se firma en el marco del Consejo de Europa², en cuanto que sus signatarios son, como indica el Preámbulo, miembros del Consejo de Europa, siendo esa pertenencia condición para su firma (Art. 59)³, y que diversos órganos a que se refiere el Convenio (Comité de ministros, Secretario General) son órganos del Consejo de Europa. Por otro lado, debe recordarse el contexto histórico en que se produce, una Europa que aún sufría las consecuencias de una Guerra Mundial iniciada por la agresión de regímenes totalitarios, y en la que era bien presente la amenaza de la extensión de nuevos conflictos. El Convenio, como indica expresamente su Preámbulo, se basaba en la creencia de que el mantenimiento de la paz reposaba en la existencia de regímenes democráticos y de un respeto común de los derechos humanos.

En este marco, el sistema creado por el Convenio suponía una radical innovación en el campo del Derecho Internacional. Implicaba la creación de una garantía colectiva de los derechos en él enumerados, en el sentido de que los Estados se comprometían a observarlos respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción⁴ (y no solamente a sus nacionales), sin condiciones de reciprocidad, esto es, independientemente de la conducta de los Estados co-signatarios; se establecía así un orden objetivo, que debía respetarse por los Estados miembros⁵. Reflejo de este orden era

¹ Una exposición del desarrollo del sistema creado por el Convenio, puede encontrarse en el libro de BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

² Creado por el Tratado de Londres, de 5 de mayo de 1949, incluyendo inicialmente a diez países de Europa Occidental.

³ Las referencias a los artículos del Convenio se hacen conforme a su numeración actual. El art. 59 admite la eventual adhesión de la Unión Europea.

⁴ Para el contenido y alcance del concepto de jurisdicción, según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ver las sentencias en los casos STEDH *Al Skeini vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011 y STEDH *Al Jedda vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011, de la misma fecha. Para un análisis detallado. NUSSBERGER, A., "The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Current Legal Problems*, No. 65, 2012, págs. 241-268.

⁵ Ver al respecto dos trabajos de dos antiguos jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: PASTOR RIDRUEJO, J.A., "El proceso de internacionalización de los derechos humanos:

la previsión de la creación de varios órganos encargados de supervisar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones, y señaladamente, un órgano de carácter jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comprometiéndose los Estados firmantes a “acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes” (Art. 46.1).

Una novedad adicional

El Convenio añade un elemento inusitado en el Derecho Internacional: la posibilidad de que el sistema de protección frente a vulneraciones de los derechos por los Estados se ponga en marcha a iniciativa de sujetos individuales. Desde luego, y al entrar en vigor el Convenio, tal posibilidad se veía disminuida por la ausencia de legitimación individual para acudir al Tribunal: la iniciativa individual debía pasar por el filtro de otro órgano, la Comisión Europea de Derechos Humanos, que (junto a los Estados firmantes) estaba legitimada para llevar los asuntos al Tribunal. Pero, aún con esta limitación, el reconocimiento de la iniciativa individual quedó firmemente establecido, y se tradujo, a partir de las reformas introducidas en 1998 por el Protocolo 11, en el reconocimiento de la legitimación activa directa de quienes se consideraran víctimas de una violación de sus derechos.

Otro aspecto del Convenio reviste extraordinaria importancia, a efectos de asegurar su efectiva vigencia: la encomienda a un órgano específico del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, de la tarea (entre otras) de velar por el cumplimiento por los Estados miembros de las decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Constituye éste un elemento decisivo, por cuanto viene a suplir el carácter eminentemente declarativo de las Sentencias del Tribunal, al establecer un mecanismo que asegure su ejecución; si bien ésta corresponde a los Estados, ello no se producirá según la voluntad discrecional de éstos, sino sometida a la supervisión y el control del Comité de Ministros.

La novedad de todo el sistema explica que sus dimensiones iniciales, en cuanto al ámbito de derechos protegidos, fueran modestas. La lista de derechos incluidos en el convenio es notablemente inferior, por ejemplo, a los enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de la Asamblea de las Naciones Unidas; pero debe tenerse en

El fin del mito de la soberanía nacional (I). Plano universal: la obra de las Naciones Unidas”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 35-46; CARRILLO SALCEDO, J.A., “El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (II) Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 47-76.

cuenta que los sucesivos Protocolos adicionales al Convenio han ido aumentando considerablemente el ámbito de protección que éste otorga⁶. El primero de ellos (el Protocolo. 1, citado usualmente como Protocolo Adicional) venía reconocer derechos que habían quedado, por su carácter controvertido, conscientemente omitidos en el texto del Convenio: el derecho de propiedad, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones, y el derecho a elecciones libres.

Por otra parte, el impacto que la introducción del sistema de protección de derechos humanos implicaba en las fórmulas tradicionales de relación interestatal, y las obligaciones que venía a imponer, explican que su puesta en práctica llevase algún tiempo. El Convenio entró en vigor sólo tres años después de su firma, al producirse en 1953 la décima ratificación; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano central del sistema, no se constituyó hasta 1959, dictando su primera sentencia el año siguiente (STEDH Lawless c. Irlanda, de 14 de noviembre de 1960).

3. EL CARÁCTER JURISDICCIONAL DEL SISTEMA

El sistema europeo de protección de derechos humanos se diseñó desde el principio con una vocación eminentemente jurisdiccional, estableciendo como órgano decisorio un Tribunal con las características que definen la jurisdicción: la independencia e imparcialidad de sus miembros, el carácter contradictorio del procedimiento y el carácter de fuerza vinculante de sus decisiones. Estas notas definitorias han experimentado diversas modificaciones a lo largo de la historia del sistema, siempre en el sentido de reforzar ese carácter jurisdiccional.

3.1. Composición

Por lo que atañe a su composición, y en la configuración resultante de las sucesivas reformas del Convenio, los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por un mandato de nueve años, sin posibilidad de reelección, y con una relación de servicio de carácter permanente, incompatible con toda otra ocupación que pueda

⁶ En el momento de escribirse estas líneas, han introducido derechos adicionales a los reconocidos en el texto del Convenio los Protocolos 1 (1952), 4(1963), 6(1983), 7 (1984), 12 (2000) y 13 (2002). Los textos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y normas complementarias, incluidos los Protocolos, están recogidos en la recopilación a cargo de GOMEZ FERNANDEZ, I., y PEREZ TREMPES, P., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 2010.

afectar a su independencia e imparcialidad. Los jueces (uno a título de cada Estado parte, independientemente de su población)⁷ son elegidos a partir de una terna presentada por el respectivo gobierno, elaborada de acuerdo con unos criterios de transparencia y publicidad establecidos por la Asamblea Parlamentaria⁸. Los jueces del Tribunal sólo podrán ser destituidos por decisión adoptada por una mayoría de dos tercios de los demás miembros del Tribunal.

3.2. Procedimiento

Por lo que se refiere al procedimiento, es necesario decir en primer lugar que las normas que regulan el procedimiento ante el Tribunal son muy reducidas; sólo algunos artículos del Convenio Europeo se refieren a este tema. A ellos hay que añadir las disposiciones del Reglamento (Rules of Order) elaborado por el mismo Tribunal, de acuerdo con la habilitación que le concede el artículo 26. d) del Convenio⁹. El Reglamento, con sus 111 artículos¹⁰, no es, de todas formas, muy extenso, si se le compara con la extensión habitual de las leyes procesales. Debe señalarse que, aparte de precisar los mandatos del Convenio (algunos de ellos de carácter muy general¹¹), se enfrenta con cuestiones que no están expresamente previstas en éste: así, regula la adopción de medidas provisionales o cautelares, los eventuales recursos de revisión e interpretación de sentencias firmes, o el establecimiento de un orden de prioridad en el tratamiento de casos. Dada la escasez de normas, ha debido ser la jurisprudencia del Tribunal la que ha ido construyendo paulatinamente la mayor parte del procedimiento. En este aspecto, la ordenación del procedimiento ante el Tribunal se acerca más al sistema de los países del common law, frente a la práctica de los países de civil law, en que los trámites procesales se suelen encontrar exhaustivamente regulados

⁷ En el momento de redactarse estas líneas (2012) el Tribunal se compone de 47 jueces, uno por Estado parte; el último Estado en incorporarse al Convenio fue Montenegro.

⁸ Por ejemplo, Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1646(2009); ver también, las Directrices del Comité de Ministros sobre la selección de candidatos a juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adoptadas el 28 de marzo de 2012.

⁹ Para el texto del Reglamento del Tribunal, y formularios de demanda, MORTE-GOMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

¹⁰ En la redacción vigente en 2012. A sus mandatos deben añadirse varias disposiciones internas en materias concretas, que pueden encontrarse en la página web del Tribunal.

¹¹ Por ejemplo, en lo que se refiere al panel para la remisión de casos a la Gran Sala.

en leyes de procedimiento, sea éste civil, penal, administrativo o de otro tipo.

La legitimación para recurrir

Las reformas en el procedimiento introducidas en el Convenio por los Protocolos 11 (1998) y 14 (2010) persiguen diseñar un sistema en que se consiga la mayor garantía del recurrente y a su vez, una mayor agilidad en los trámites judiciales. A partir de 1998 la legitimación para recurrir frente a los Estados parte se extiende (aparte de a los mismos Estados, que muy raramente han utilizado esta posibilidad) a todas las personas (individuos u organizaciones de tipo no gubernamental) sujetas a su jurisdicción, que tendrán acceso así en forma directa al Tribunal: el Protocolo 11 suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos, que actuaba hasta el momento como filtro respecto de las demandas individuales. Así y todo, esta legitimación se refiere únicamente a quienes se consideren víctimas de una violación de sus derechos, excluyéndose la posibilidad de una *actio popularis* ante el Tribunal. El tribunal ha considerado la noción de víctima como uno de los denominados "conceptos autónomos", que han de definirse por la propia jurisprudencia. Por otro lado, la legitimación pasiva corresponde en exclusiva a los Estados; no caben demandas frente a actuaciones de particulares.

Las demandas pueden ser rechazadas *ab initio*, sin otro trámite, por el Tribunal como inadmisibles si no cumplen los requisitos establecidos en el Convenio, entre los que cuenta el de que se haya producido un perjuicio importante al recurrente como consecuencia de la vulneración de alguno de los derechos del Convenio¹². En caso de no cumplirse tales requisitos, las demandas son declaradas inadmisibles, usualmente por un juez, que no puede ser el elegido a título del Estado frente al que se presenta la demanda; también cabe que sean declaradas inadmisibles por un Comité de tres miembros o una Sala de siete.

Si las demandas no son declaradas inadmisibles en este momento inicial, se comunican al Gobierno del Estado frente al que se presentan, para que formule observaciones, que son trasladadas al recurrente para

¹² Esta previsión, contenida en el art. 35.3.b), que trata de reflejar el principio *de minimis non curat praetor*, ha dado lugar a una amplia discusión; hay que señalar que viene acompañada de dos precisiones importantes que limitan su aplicabilidad. La inadmisión de la demanda, en ese tipo de casos, será posible con dos condiciones: por una parte, que la demanda no presente indicios de que en el caso se haya afectado el respeto por los derechos humanos; por otra, que el caso haya sido examinado efectivamente por un Tribunal del país de origen. Las primeras decisiones del Tribunal en este sentido se produjeron en los casos STEDH *Ionescu vs. Rumania*, de 1 de junio de 2010, y STEDH *Korolev vs. Rusia*, de 1 de julio de 2010. Ver sobre este tema CANO PALOMARES, G., "La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo núm. 14 al CEDH", *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 42, 2012, págs. 49-73.

que, provisto de asistencia letrada (no necesaria hasta ese momento), se pronuncie sobre ellas¹³. Cabe que se convoque a las partes para efectuar una audiencia pública ante la Sala competente del Tribunal, si bien ello se produce en escasos supuestos. Formuladas, normalmente por escrito, las alegaciones de las partes (con la posibilidad de que se escuche a terceros intervinientes), y si no se ha producido un acuerdo amistoso entre las partes, el Tribunal expresa su veredicto final, bien declarando la inadmisibilidad de la demanda, bien considerándola admisible y pronunciándose sobre el fondo del asunto (pronunciamiento sobre el fondo que adopta la forma de sentencia)¹⁴. Este veredicto final puede efectuarse bien por una Sala de siete jueces, bien, en supuestos de existencia de jurisprudencia consolidada del Tribunal, por un Comité de tres jueces.

Las decisiones adoptadas respecto de la inadmisibilidad de una demanda, así como las sentencias dictadas por un Comité de tres jueces, son definitivas, y no son susceptibles de recurso alguno. En cuanto a las sentencias dictadas por una Sala, serán definitivas en el plazo de tres meses, si las partes en el procedimiento no solicitan la remisión del asunto ante una Gran Sala¹⁵ formada por diecisiete jueces. En este caso, un panel de cinco jueces actúa como filtro, aceptando o rechazando esa solicitud. Las decisiones del panel de cinco jueces, así como las resoluciones de la Gran Sala, son definitivas.

3.3. Una cuestión compleja: la adopción de medidas provisionales

El Tribunal ha insistido en numerosas ocasiones¹⁶ en que la protección que presta frente a violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio ha de ser efectiva, y no meramente formal o ilusoria. Una de las cuestiones que plantea esta posición es la referida a la posible adopción de medidas provisionales, antes de que se produzca la decisión sobre el fondo de un

¹³ La Sala competente, en tanto no haya dictado Sentencia, podrá inhibirse a favor de la Gran Sala, si se plantea la posibilidad de contradicción con la jurisprudencia del Tribunal, o si se trata de una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio, salvo que alguna de las partes se oponga a ello (Art. 30).

¹⁴ Las decisiones en su caso sobre la admisibilidad y el fondo de la demanda podrán pronunciarse por separado o conjuntamente (Art. 29). Por otra parte, el procedimiento puede abreviarse si las partes llegan a un acuerdo amistoso. (Art. 39).

¹⁵ Salvo escasas excepciones, la Gran Sala resuelve tras celebrar una audiencia pública.

¹⁶ Desde la STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979.

determinado caso. En efecto, en muchos supuestos, la dilación en la adopción de una decisión puede suponer que la violación del derecho que se pretende vulnerado sea ya irreversible e irremediable.

Derecho comparado

La solución usual en el Derecho comparado, en situaciones similares, consiste en permitir al órgano judicial la adopción de medidas cautelares o provisionales, en tanto se decide bien sobre el fondo del caso, bien sobre la misma admisibilidad de la demanda, medidas que pretenden evitar una situación antijurídica que no tenga ya remedio. En muchos supuestos, en el ámbito administrativo, estas medidas suelen consistir en la suspensión de determinadas actuaciones o de la ejecución de decisiones por parte de los poderes públicos. Se trataría de medidas provisionales con efectos suspensivos.

En el Convenio Europeo no se hace referencia a este tipo de medidas. Sin embargo, como es evidente, la efectividad de la tutela a prestar por el Tribunal Europeo depende en muchos supuestos de su aplicación. El ejemplo más típico es el consistente en demandas de personas que van a ser extraditadas o expulsadas a un país en que corren serio riesgo de verse sometidas a penas o tratos incompatibles con el Convenio. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el deber de los Estados firmantes se extiende a proteger a las personas sujetas a su jurisdicción frente a penas o tratos contrarios a los artículos 2 y 3 del Convenio, lo que comprende la prohibición de deportarlos a países donde corran grave riesgo de verse sometidos a esos tratos¹⁷.

Ahora bien, planteada una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a una orden de expulsión o deportación en tales circunstancias, se corre el grave riesgo de que, si se lleva a cabo efectivamente, la eventual resolución del Tribunal sea tardía e inútil, si el demandante ya hubiera sido deportado al país de que se trate. Ello explica que, ante el silencio del Convenio, el reglamento interno del Tribunal (*Rules of Court*) haya previsto la adopción de estas medidas cautelares o provisionales en su artículo 39, que dispone en su apartado 1 que *“la Sala, o en su caso su presidente, podrá, a instancia de parte de o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que estime necesaria en interés de las partes o del buen desarrollo del proceso”*.

La aplicación de este precepto se está haciendo cada vez más frecuente, sobre todo (aunque no solo) en los supuestos citados de deportación o

¹⁷ El *leading case* se encuentra en la STEDH *Soering vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989.

expulsión, cuando se han invocado como (eventualmente) vulnerados los artículos 2 y 3 del Convenio. Como consecuencia, son cada vez más numerosas las decisiones del Tribunal al respecto, decisiones cuya adopción presenta, como es obvio, notorias dificultades, sobre todo a la hora de verificar la certeza o verosimilitud de los riesgos que se aducen caso de ejecución de la orden de expulsión. El Tribunal, en su jurisprudencia, ha ido señalando diversos requisitos para la adopción de medidas provisionales: así, que exista un riesgo cierto de que la violación se convierta en irremediable, que la petición se haga en un momento que haga posible la intervención del Tribunal, y que se hayan agotado los recursos efectivos internos.

El texto del Reglamento se refiere sólo a que el Tribunal podrá “indicar” que estima necesaria la adopción de una medida provisional, sin que se haga referencia al carácter obligatorio de esa adopción. Ahora bien, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal (a la vista de la práctica de otros Tribunales internacionales) ha conducido a establecer el carácter vinculante y no meramente indicativo de la adopción de esa medida. Efectivamente, y frente a precedentes iniciales en otro sentido (así, en el caso *Cruz Varas c. Suecia*¹⁸, relativo a la fuerza vinculante de medidas adoptadas por la Comisión) el Tribunal, en forma consistente, ha considerado que el no seguimiento por parte del Estado demandado de sus indicaciones referentes a la adopción de medidas provisionales constituye una violación del artículo 34 del Convenio, según el cual, por un lado, se reconoce el derecho al acceso al Tribunal, y por otro se establece que los Estados firmantes “*se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*”.

Así, en el caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*¹⁹ el Tribunal estimó que se había producido la violación del artículo 34 del Convenio debido a que, pese a la indicación en contra del Tribunal en aplicación del artículo 39.1 del Reglamento, el gobierno turco había procedido a extraditar a Uzbekistán a varias personas que habían presentado una demanda ante el peligro de verse allí sometidas a malos tratos. Posteriormente, en el caso *Paladi c. Moldova*²⁰ (el Tribunal aplicó de nuevo esta doctrina, si bien en relación con un supuesto distinto al de la

¹⁸ STEDH *Cruz Varas vs. Suecia*, de 20 de marzo de 1991.

¹⁹ STEDH *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, de 4 de febrero de 2006.

²⁰ STEDH *Paladi vs. Moldova*, de 10 de marzo de 2009.

extradición. En *Paladi* una Sala del Tribunal procedió a aplicar el artículo 39 del Reglamento ordenando al gobierno moldavo que mantuviera al demandante en un centro médico especializado, a la vista del peligro que corría su salud si se le trasladaba a un centro ordinario de detención. No habiendo atendido el gobierno ese requerimiento, la Sala estimó que se había producido una vulneración del artículo 34, lo que fue confirmado por una Sentencia posterior de la Gran Sala. En forma consistente, el Tribunal ha considerado que la violación del artículo 34 caso de no adopción de las medidas provisionales indicada es independiente de que se materialice o no el riesgo que llevó a su adopción²¹. Tampoco ha admitido que, una vez indicadas tales medidas, en el supuesto de expulsión a un país en que el recurrente corre riesgo de malos tratos, el Gobierno del Estado expulsor no las aplique por haber recibido seguridades diplomáticas por parte del país destinatario²².

3.4. El carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Una característica esencial de la función jurisdiccional es el carácter definitivo de los pronunciamientos finales de los órganos que la ejercen, pronunciamientos que una vez firmes tienen fuerza vinculante y no pueden ser revocados ni alterados por ninguna otra instancia. Esta fuerza vinculante se predica de las Sentencias del Tribunal. El artículo 46 del Convenio establece que los Estados firmantes se comprometen a acatar las sentencias del Tribunal Europeo. Ahora bien, el Convenio deja a esos mismos Estados que sean los que decidan las vías concretas mediante las que se produce ese acatamiento en su ordenamiento interno²³. El Tribunal Europeo no es un Tribunal de casación o de revisión: las sentencias del Tribunal tienen por lo tanto un efecto declarativo. El Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio, y corresponde a los Estados (bajo la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa,

²¹ STEDH *Olaechea Cahuas vs. España*, de 10 de agosto de 2006.

²² STEDH *Ben Khemais vs. Italia*, de 24 de febrero de 2009.

²³ Al respecto, y en lo que atañe a España, ver SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

²⁴ Hasta la entrada en vigor del Protocolo 11, el Comité de Ministros disponía de determinadas competencias, en orden a decidir sobre asuntos que la Comisión Europea de Derechos Humanos no hubiera trasladado al Tribunal.

según el art. 46.2 del Convenio²⁴) trasladar a su ordenamiento jurídico esa decisión, adoptando las necesarias medidas: tanto medidas individuales, dirigidas a reparar la lesión producida en el caso concreto y apreciada por el Tribunal, como medidas de carácter general, dirigidas a la evitación *pro futuro* de esas violaciones. Es necesario señalar que en muchos países firmantes del Convenio (aunque no en todos) se han aprobado normas para regular específicamente la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo, previendo en muchos casos la reapertura de procedimientos judiciales, sobre todo en el orden penal.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa

El papel del Comité de Ministros del Consejo de Europa tiene pues una importancia decisiva, por cuanto asegura la efectividad de las sentencias del Tribunal. El Comité se rige, para estas cuestiones, por su propio Reglamento (*Reglamento para la supervisión y ejecución de las sentencias y los acuerdos amistosos*, de 10 de mayo de 2006). La reforma introducida por el Protocolo 14 supone una clarificación del papel del Comité y del Tribunal en la ejecución de las sentencias de éste. En efecto, el Comité podrá, caso de dudas en la interpretación de la sentencia a ejecutar, pedir al Tribunal que se pronuncie sobre esa interpretación (Art. 46.3 del Convenio); igualmente, caso de negativa, por parte de un Estado firmante del Convenio, a acatar una sentencia del Tribunal, el Comité de Ministros podrá plantear al Tribunal la cuestión de si ese Estado ha incumplido su obligación derivada del Art. 1 del Convenio, de respetar los derechos reconocidos en el mismo (art. 46.4).

El carácter declarativo de las sentencias del Tribunal presenta algunas excepciones²⁵. El Tribunal puede, en el supuesto de que no sea posible una reparación completa de la violación por el ordenamiento interno del país responsable, acordar una satisfacción equitativa (art. 41 del Convenio) usualmente consistente en una compensación económica: el Tribunal ha establecido diversas categorías de esta compensación, de acuerdo con diversos criterios. Se establece así, eventualmente, una satisfacción equitativa por daños materiales, por daños morales y en su caso por el coste de la asistencia jurídica.

En la práctica, y a lo largo de una evolución de la jurisprudencia del Tribunal, el “efecto declarativo” de sus sentencias se ha visto interpretado en forma cambiante y extensiva de la competencia del Tribunal. Este ha ido introduciendo innovaciones en esa interpretación, desde la perspectiva de la prestación de una “tutela efectiva” de los derechos

²⁵ Para una exposición más amplia, QUERALT JIMENEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, especialmente el Capítulo 1: “Obligatoriedad y efectividad de las sentencias del TEDH”.

reconocidos en el Convenio.

Por un lado, es cada vez más frecuente que el Tribunal, en la parte expositiva de la sentencia, efectúe indicaciones sobre la forma más adecuada para que el Estado infractor, aparte de la eventual satisfacción equitativa por daños materiales o morales, proceda a efectuar, en el caso de que se trate, una *restitutio in integrum* de los derechos violados. Ello suele producirse sobre todo en aquellos casos en que se aprecia una vulneración de derechos de tipo procesal, reconocidos en el artículo 6.1 del Convenio; en estos casos, y con creciente frecuencia, el Tribunal viene a indicar en la parte expositiva de la sentencia, que estima que una reapertura del procedimiento- sobre todo en supuestos de procedimientos penales- sería la forma más adecuada de reparación²⁶. En algún supuesto, esta fórmula se ha empleado también en relación con la recomendada reapertura de procedimientos civiles, caso de apreciarse vulneración del artículo 6 del Convenio²⁷. También es frecuente ese tipo de indicaciones, en la parte expositiva o declarativa de la Sentencia, en los últimos años, en lo que se refiere a vulneraciones del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo Adicional) casos en los que frecuentemente el Tribunal indica como medidas adecuadas para la reparación de la violación, bien medidas de alcance individual, en el sentido de que se produzca una restitución de la propiedad indebidamente afectada, bien medidas de tipo general, cuando se trata de situaciones que revelan un fallo sistémico del ordenamiento del país en cuestión. Sobre esto, se dirá algo más abajo, al hacer referencia a la técnica de las sentencias piloto.

Ahora bien, el Tribunal ha procedido también, en forma creciente, a incluir mandatos específicos al Estado trasgresor, respecto a la forma de subsanar la violación que se haya apreciado, en la parte dispositiva de sus sentencias; y ello, tanto en lo que se refiere a medidas individuales como también en cuanto a la adopción de medidas generales que vayan más allá del caso de que se trate. En cuanto a la adopción de medidas individuales concretas, ello se ha producido, en su forma más radical, en primer lugar, en algunos casos en que el Tribunal consideró que la única forma de remediar la violación alegada por el recurrente, y apreciada en su sentencia, sería la adopción de medidas inmediatas de liberación del recurrente, en caso de privaciones de libertad; tal sería el supuesto de

²⁶ STEDH *Salduz vs. Turquía*, de 27 de noviembre de 2008.

²⁷ STEDH *Gurov contra Moldavia*, de 11 de julio de 2006.

los casos *Assanidze c. Georgia*²⁸, *Ilascu c. Moldavia y Rusia*²⁹ o *Del Río Prada c. España*³⁰. Pero también, en una línea similar, el Tribunal ha incluido pronunciamientos en este sentido, en casos referentes a la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional, referentes al derecho de propiedad. Usualmente, este tipo de medidas se expresan en la parte dispositiva de la sentencia, mediante un mandato de *restitutio in integrum* de la propiedad de que se trate, y si así no se produjera, la previsión de una compensación económica por parte del Estado trasgresor. Ello se produjo, por ejemplo, en el caso *Papamichalopoulos c. Grecia*³¹, en un supuesto referente a expropiación ilegal de una propiedad. En estos casos, la fórmula general ha sido la previsión de una obligación alternativa en la parte dispositiva de la sentencia: bien de *restitutio in integrum* de la propiedad en un plazo determinado, bien la previsión de una compensación económica, que el Tribunal establece. En estos supuestos, el Tribunal se funda, para justificar su decisión, tanto en las disposiciones del artículo 46 del Convenio, en cuanto establece la obligación de los Estados de acatar las decisiones del Tribunal, como en las contenidas en el artículo 41, referentes a la concesión de una compensación equitativa.

Las sentencias piloto

Una forma específica de interpretar el alcance del artículo 46, así como de agilizar el procedimiento ante el Tribunal ha sido el empleo de las denominadas sentencias piloto³². En los supuestos de acumulación ante el Tribunal de un gran número de asuntos, que revelan la existencia de una deficiencia estructural y permanente en el ordenamiento jurídico del país en cuestión, deficiencia que el Tribunal estima que está en el origen de la presentación de numerosas demandas, el Tribunal ha preferido, en lugar de proceder a resolver éstas una por una, adoptar una técnica que pretende una resolución global de los casos. Tal técnica consistiría en la emisión de una sentencia en un caso concreto, sentencia en la que, aparte de apreciarse una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio (sobre todo, y hasta el momento, el de propiedad) se indica (en forma forzosamente genérica) con invocación del artículo 46 del Convenio, la conveniencia de adoptar medidas generales que evitaran la repetición de esa vulneración; en tanto se adoptan esas medidas, el Tribunal deja en suspenso el examen de los casos acumulados. Como puede apreciarse, se trata de una técnica que tiene en cuenta la presencia de un problema de índole general, dentro del ordenamiento

(Sigue en la página 178)

²⁸ STEDH *Assanidze c. Georgia*, de 8 de abril de 2004.

²⁹ STEDH *Ilascu vs. Moldavia y Rusia*, de 8 de julio de 2004.

³⁰ STEDH *Del Río Prada vs. España*, de 10 de julio de 2012.

³¹ STEDH *Papamichalopoulos vs. Grecia*, de 31 de octubre de 1995.

³² Comenzando con STEDH *Broniowski vs. Polonia (1)*, de 22 de junio de 2004.

del país de que se trata, y no únicamente que se haya producido una acumulación de casos similares. Los resultados han sido, hasta el momento, y en general, satisfactorios: valga citar los casos *Broniowski*³³ y *Hutten Czapska*³⁴ respecto de Polonia, así como *Atanasiu y Poenaru c. Rumanía*³⁵, y *Kuric et al. c. Eslovenia*³⁶.

4. LOS CRITERIOS BÁSICOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A partir de la entrada en funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su jurisprudencia se fue convirtiendo en elemento fundamental para la interpretación del Convenio y sus protocolos, y para la determinación del contenido de los derechos allí reconocidos. La relativa parquedad de los textos normativos del sistema (esencialmente el Convenio, sus protocolos, el Reglamento de funcionamiento del Tribunal y el Reglamento del Comité de Ministros) se ha visto compensada por esa jurisprudencia que, si bien no puede evidentemente crear nuevos derechos, si puede establecer su contenido y alcance, adaptándolos a nuevas necesidades y contextos. Y ello desde tres perspectivas complementarias:

Por una parte, y como se apuntó, el Tribunal ha insistido en el carácter del Convenio como una garantía colectiva, no sujeta al principio de reciprocidad: el Convenio *“desborda el marco de la simple reciprocidad entre los Estados parte, en la medida que crea, además de una red de compromisos bilaterales, sinalagmáticos, obligaciones objetivas que se benefician de una garantía colectiva”*³⁷.

Por otro lado, esa garantía colectiva versa sobre derechos que deben considerarse como reales y efectivos, y no meramente formales. El Tribunal ha insistido también abundantemente sobre este punto, a partir de su Sentencia en el caso *Airey c. Irlanda*³⁸, lo que supone efectos relevantes a la hora de determinar el alcance de cada derecho (así, en *Airey*, el derecho a la defensa letrada, del artículo 6.3.c) del Convenio). Consecuencia de esta posición ha sido el reconocimiento, por parte del Tribunal, de que el respeto de los derechos del Convenio implica no

³³ STEDH *Broniowski* (1) cit. y *Broniowski vs. Polonia* (2), de 28 de septiembre de 2005.

³⁴ STEDH *Hutten Czapska vs. Polonia*, de 19 de junio de 2006 y de 28 de abril de 2008.

³⁵ STEDH *Atanasiu y Poenaru vs. Rumanía*, de 12 de octubre de 2010.

³⁶ STEDH *Kuric et al. vs. Eslovenia*, de 26 de junio de 2012.

³⁷ STEDH *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978 §. 239; STEDH *Loizidou vs. Turquía*, de 23 de marzo de 1995, §§ 70, 77 y 93.

³⁸ STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de octubre de 1975.

solamente que las autoridades públicas deben abstenerse de actuaciones que interfieran indebidamente en el ejercicio de esos derechos, sino también, y adicionalmente, que esas autoridades tienen la obligación de proveer los medios necesarios para la defensa efectiva de los mismos. Y ello tanto en lo que se refiere a vulneraciones causadas directamente por esos poderes públicos, como también en los supuestos en que la inacción de tales poderes se convierte en elemento determinante de esa violación, aun cuando ésta se haya iniciado por actuaciones de terceros particulares. Si bien la Convención protege a los justiciables frente a los poderes públicos (sin que quepan reclamaciones frente a alegadas violaciones por individuos particulares, en cuyo caso se trataría de supuestos excluidos de la jurisdicción del Tribunal *ratione personae*) esa protección se entiende como dirigida tanto contra la acción como contra la inacción de tales poderes, dando así lugar a lo que ha llamado “efecto horizontal” del Convenio.

En tercer lugar, el Tribunal ha recalcado que, frente a una interpretación que pudiera llamarse “originalista” del Convenio, éste debe entenderse como protección de derechos también en el contexto de circunstancias cambiantes o imprevistas respecto de las existentes en el momento de su aprobación; el Convenio sería un instrumento vivo, que aspira a mantener su vigencia y efectividad a través de cambios sociales de todo tipo³⁹. Ello se ha traducido en que en ocasiones el Tribunal ha venido a alterar su jurisprudencia en cuanto a la determinación del contenido de un derecho, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones existentes en el contexto europeo, y el desarrollo de un consenso o *standard* consolidado al respecto en el ámbito de los países miembros. Ello puede percibirse en supuestos como la inclusión dentro de los derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio de la objeción de conciencia al servicio militar⁴⁰, o la apreciación de la importancia de un consenso europeo respecto del alcance del principio de irretroactividad de las normas penales⁴¹.

Estos principios básicos se han visto acompañados del empleo de técnicas interpretativas que posibilitan, de un lado, la adopción de criterios

³⁹ STEDH *Tyrer vs. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978; STEDH *Marckx vs. Bélgica*, de 13 de junio de 1979.

⁴⁰ STEDH *Bayatyan vs. Armenia*, de 7 de julio de 2011.

⁴¹ STEDH *Scoppola vs. Italia (2)*, de 17 de septiembre de 2009.

de aplicación común respecto de los diferentes ordenamientos de los Estados miembros y de otro la necesaria flexibilidad en cuanto a las circunstancias propias de cada ordenamiento. En cuanto a lo primero, una de estas técnicas, de carácter inicial, ha sido el empleo de los llamados “conceptos autónomos”⁴², a la hora de definir el significado que el Tribunal da a los términos del Convenio⁴³. El Tribunal ha preferido, en forma consistente, establecer que esa definición debía realizarla el propio Tribunal, sin adoptar forzosamente el sentido que a esos conceptos dieran los ordenamientos nacionales. De esta forma, el Tribunal ha creado su propio sistema de conceptos, independientemente del alcance de los mismos en los sistemas conceptuales de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina en los Estados firmantes. Ejemplos de esta posición pudieran ser la definición del concepto de “víctima” del art. 34 del Convenio, acuñado por la doctrina jurisprudencial⁴⁴ y que comprende tanto víctimas directas, como víctimas indirectas⁴⁵ y en algún supuesto, víctimas potenciales⁴⁶; o los conceptos de “acusación” e “infracción” del artículo 6, que, de acuerdo con el Tribunal no se ven restringidos a los supuestos incluidos en los procedimientos formalmente definidos como penales en cada ordenamiento, sino que pueden englobar también supuestos definidos localmente como “infracciones administrativas”⁴⁷.

Margen de apreciación

En cuanto a lo segundo (es decir, en cuanto a la toma en consideración por el Tribunal de la variedad de situaciones en contextos muy distintos) el Tribunal ha reconocido la existencia, respecto de los derechos contenidos en el Convenio, de un margen de apreciación⁴⁸ de las autoridades nacionales (sobre todo, aunque no sólo, de las autoridades judiciales) en cuanto a la extensión de esos derechos y su significado en

(Sigue en la página 181)

⁴² STEDH *Engel y otros vs. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976; STEDH *König vs. Alemania*, de 28 de junio de 1978.

⁴³ Sobre este tema, POPOVIĆ, D. “Autonomous Concepts of the European Human Rights Law” en M. JOVCANOVIC M., y KRSTIC, I. (eds.), *Human Rights Today. 60 Years of the Universal Declaration*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, págs. 113-126.

⁴⁴ STEDH *Klass vs. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.

⁴⁵ STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998.

⁴⁶ STEDH *Modinos vs. Chipre*, de 21 de abril de 1993; STEDH *Saadi vs. Italia*, de 22 de febrero de 2008.

⁴⁷ STEDH *Deweer vs. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980; *Engel vs. Bélgica*, (cit).

⁴⁸ Sobre esta cuestión, GARCIA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

el caso concreto. Este concepto (aún sometido a evolución y matización en la jurisprudencia del Tribunal) supone el reconocimiento de que las autoridades nacionales, por su cercanía al conocimiento de los hechos del caso, y por ser las más capacitadas para la interpretación de la legislación nacional, y para apreciar las necesidades derivadas de la realidad doméstica, disponen de un cierto ámbito de actuación en la aplicación de los mandatos del Convenio, sometido en último término al control del Tribunal. Esta perspectiva ha sido adoptada desde muy tempranamente por el Tribunal⁴⁹ y ha encontrado su más amplia expresión en casos en que entraban en juego elementos definidores del régimen político y constitucional específico de un país cuya alteración el Tribunal consideró fuera de su marco de atribuciones: así en sus Sentencias en los casos *Leyla Sahin c. Turquía*⁵⁰ respecto del régimen de laicidad, y *Yumak y Sadak c. Turquía*⁵¹ en cuanto a la legislación electoral.

Valga señalar a este respecto que este margen de apreciación de las autoridades nacionales aparece estrechamente vinculado a su función de garantes ordinarios de los derechos del Convenio; los Estados parte del mismo están obligados a respetar esos derechos, y por lo tanto es función de sus autoridades (legislativas, judiciales y ejecutivas) garantizar su disfrute efectivo por las personas sometidas a su jurisdicción, así como establecer un sistema de recursos que permita remediar su eventual violación. Por ello, y como el mismo Convenio establece en su artículo 35, el Tribunal desempeña únicamente un papel subsidiario, en el sentido de que su actuación sólo procede cuando se hayan mostrado inefectivos los mecanismos nacionales de protección. En los términos del citado artículo 35, su primer párrafo, *“Al Tribunal no podrá acudir sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”*. La falta de agotamiento de tales recursos convierte a la demanda ante el Tribunal en inadmisibile, e impide toda tramitación por el mismo.

5. UNA REFERENCIA A LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DEL CONVENIO Y SUS PROTOCOLOS

Partiendo de estos principios generales, el Tribunal ha llevado a cabo una tarea de precisión y delimitación de la extensión y significado de los distintos derechos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos.

⁴⁹ STEDH *Lawless vs. Irlanda*, (cit), y STEDH *Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

⁵⁰ STEDH *Leyla Sahin vs. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005.

⁵¹ STEDH *Yumak y Sadak vs. Turquía*, de 8 de julio de 2008.

Obviamente, no es éste el lugar para llevar cabo un análisis pormenorizado de esa jurisprudencia, análisis que requeriría una exposición mucho más amplia y detallada⁵². Pero sí cabe apuntar algunas de las líneas jurisprudenciales que han representado una innovación en el concepto de los derechos humanos en el contexto europeo, sobre todo en el período inicial del funcionamiento del Tribunal, antes de la radical reforma que supuso la adopción del protocolo 11.

Pudiera así aportarse la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la protección de los derechos a la vida (artículo 2 CEDH) y a la integridad física frente a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH). En la jurisprudencia del Tribunal, la protección de estos derechos no se ciñe únicamente a lo referente a la interdicción de su violación material por las autoridades estatales. A partir de la sentencia *Mac Cann c. Reino Unido*⁵³ el Tribunal ha venido a mantener que el derecho a la vida supone, no sólo la interdicción de atentados materiales contra este derecho, sino también la obligación de las autoridades de, en el supuesto de infracciones en este aspecto, llevar a cabo todas las investigaciones necesarias para determinar y explicar adecuadamente las circunstancias del caso, los culpables y las posibles reparaciones. Esta doctrina ha supuesto, entre otras consecuencias, un valladar jurídico determinante frente a los supuestos de atentados a la vida o a la integridad física que se puedan pretender disfrazar como “desapariciones”, puesto que la ausencia de constancia material de la violación del derecho (esto es, la localización del cuerpo de la víctima) no puede servir de disculpa o justificación de las autoridades, cuando éstas no pueden suministrar una explicación satisfactoria del destino del desaparecido. Similares consecuencias pueden derivarse de la “dimensión formal” del derecho en lo que se refiere a los supuestos de malos tratos (artículo 3 CEDH), cuando, sin que sea posible una evidencia material de su autoría, las autoridades responsables de la

⁵² Para el análisis de la jurisprudencia del Tribunal, ver BOURGOGUE-LARSEN, I., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2012; CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, así como en J. GARCIA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2010. Obras de consulta obligada sobre la jurisprudencia del Tribunal son las de HARRIS, D., O'BOYLE, M, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, y VAN DIJK, P., VAN HOOFF, G., *et. al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen (varias ediciones).

⁵³ STEDH *Mac Cann vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995.

seguridad y bienestar del detenido no quieren o pueden dar explicaciones sobre los daños que se le hayan infligido⁵⁴. La vulneración de los derechos a la vida o a la integridad física debe pues examinarse desde ambas perspectivas, formal y material, de manera que su vulneración no pueda quedar desprovista de sanción (o condena) en virtud de la inactividad de las autoridades.

Otro ejemplo interesante, de la jurisprudencia del Tribunal, en el sentido de llevar a cabo, no una “expansión” de los derechos contenidos en la Convención (para lo que, como se dijo, el Tribunal no está habilitado) pero sí una interpretación que los haga efectivos, podría ser el relativo al sentido de la expresión del artículo 6.1 de la Convención referido al derecho a un Tribunal imparcial. El Tribunal ha venido a consagrar en su jurisprudencia, a partir de los famosos casos *Piersack c. Bélgica*⁵⁵ y *De Cubber c. Bélgica*⁵⁶ poniendo el acento en la noción de imparcialidad objetiva, esto es, la referida, no ya a la propensión subjetiva y efectiva del juez a considerar más favorable o desfavorablemente las pretensiones de una de las partes, sino la presencia de factores objetivos que, independiente de la propensión del juez, puedan dar lugar a sospechas razonables sobre su imparcialidad. Se viene a consagrar así un derecho, no sólo a la imparcialidad, sino incluso a la apariencia de imparcialidad, como resultado de la necesidad de una confianza colectiva en la justicia.

Cabría también añadir, a esta muestra de la labor interpretativa del Tribunal a la hora de establecer y desarrollar el contenido de los derechos declarados en la Convención, (de forma que venga a cubrir también situaciones muy posiblemente no previstas por los autores originales de ésta) aquellos casos en que se ha ampliado el alcance del artículo 8, relativo al derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia. El Tribunal ha podido interpretar este artículo en forma ciertamente innovadora, al referirlo a invasiones del domicilio y la vida privada que van más allá de los supuestos clásicos de entrada domiciliaria ilegítima. La sentencia en el caso *López Ostra c. España*⁵⁷ vino a extender la protección de la Convención a los supuestos

⁵⁴ STEDH *Assenov. vs. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998; STEDH *Slimani vs. Francia*, de 27 de julio de 2004.

⁵⁵ STEDH *Piersack vs. Bélgica*, de 1 de octubre de 1982.

⁵⁶ STEDH *De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984.

⁵⁷ STEDH *López Ostra vs. España*, de 8 de diciembre de 1994.

de invasión del domicilio por agentes nocivos y molestos, como los malos olores, dando lugar así, en forma refleja, a un derecho al “medio ambiente domiciliario”; en esta misma línea, las sentencias en los casos *Gómez Moreno contra España*⁵⁸ y *Martínez Martínez c. España*⁵⁹ incluyeron a los ruidos entre esos agentes nocivos. Este tipo de decisiones, recibidas quizás con cierta sorpresa en un momento inicial han venido, al cabo de pocos años, a ser aceptadas como expresión “lógica” de la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 CEDH y como adaptación de esa protección a nuevas necesidades.

También en relación con ese artículo, el significado que se ha dado por parte del Tribunal a la protección de la vida familiar supone un ejemplo de esa adaptación evolutiva, al aplicarse a supuestos de protección a la familia en casos de forzada disolución de la misma, como podrían ser los relativos a expulsiones del territorio estatal⁶⁰. En estos casos, esa necesaria protección es considerada por el Tribunal como elemento a ponderar por las autoridades estatales a la hora de decidir en las cada vez más frecuentes cuestiones sobre inmigración y extranjería.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BOURGOGUE-LARSEN, I., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2012.
- CANO PALOMARES, G., “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 42, 2012.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., “El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (II) Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁵⁸ STEDH *Gómez Moreno vs. España*, de 16 de noviembre de 2004.

⁵⁹ STEDH *Martínez Martínez vs. España*, de 18 de octubre de 2011.

⁶⁰ STEDH *Maslov vs. Austria*, de 23 de junio de 2008.

- GARCIA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- GOMEZ FERNANDEZ, I., y PEREZ TREMPES, P., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2010.
- HARRIS, D., O'BOYLE, M, et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- J. GARCIA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2010.
- MORTE-GOMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- NUSSBERGER, A., "The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Current Legal Problems*, No. 65, 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (I). Plano universal: la obra de las Naciones Unidas", en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- POPOVIĆ, D. "Autonomous Concepts of the European Human Rights Law" en M. JOVCANOVIC M., y KRSTIC, I. (eds.), *Human Rights Today. 60 Years of the Universal Declaration*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010.
- QUERALT JIMENEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- VAN DIJK, P., VAN HOOFF, G., et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen (varias ediciones).

7. JURISPRUDENCIA BÁSICA

- STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de octubre de 1975.
- STEDH *Engel y otros vs. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976.
- STEDH *Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978.
- STEDH *Tyrer vs. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978.
- STEDH *König vs. Alemania*, de 28 de junio de 1978.
- STEDH *Klass vs. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.
- STEDH *Marckx vs. Bélgica*, de 13 de junio de 1979.
- STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979.
- STEDH *Deweert vs. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980.
- STEDH *Piersack vs. Bélgica*, de 1 de octubre de 1982.
- STEDH *De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984.

STEDH *Soering vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989.
STEDH *Cruz Varas vs. Suecia*, de 20 de marzo de 1991.
STEDH *Modinos vs. Chipre*, de 21 de abril de 1993.
STEDH *López Ostra vs. España*, de 8 de diciembre de 1994.
STEDH *Loizidou vs. Turquía*, de 23 de marzo de 1995.
STEDH *Mac Cann vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995.
STEDH *Papamichalopoulos vs. Grecia*, de 31 de octubre de 1995.
STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998.
STEDH *Assenov. vs. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998.
STEDH *Assanidze c. Georgia*, de 8 de abril de 2004.
STEDH *Broniowski vs. Polonia (1)*, de 22 de junio de 2004.
STEDH *Ilascu vs. Moldavia y Rusia*, de 8 de julio de 2004.
STEDH *Slimani vs. Francia*, de 27 de julio de 2004.
STEDH *Gómez Moreno vs. España*, de 16 de noviembre de 2004.
STEDH *Broniowski (1) cit. y Broniowski vs. Polonia (2)*, de 28 de septiembre de 2005.
STEDH *Leyla Sahin vs. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005.
STEDH *Gurov contra Moldavia*, de 11 de julio de 2006.
STEDH *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, de 4 de febrero de 2006.
STEDH *Hutten Czapska vs. Polonia*, de 19 de junio de 2006 y de 28 de abril de 2008.
STEDH *Olaechea Cahuas vs. España*, de 10 de agosto de 2006.
STEDH *Saadi vs. Italia*, de 22 de febrero de 2008.
STEDH *Maslov vs. Austria*, de 23 de junio de 2008.
STEDH *Yumak y Sadak vs. Turquía*, de 8 de julio de 2008.
STEDH *Salduz vs. Turquía*, de 27 de noviembre de 2008.
STEDH *Ben Khemais vs. Italia*, de 24 de febrero de 2009.
STEDH *Paladi vs. Moldova*, de 10 de marzo de 2009.
STEDH *Scoppola vs. Italia (2)*, de 17 de septiembre de 2009.
STEDH *Ionescu vs. Rumania*, de 1 de junio de 2010.
STEDH *Korolev vs. Rusia*, de 1 de julio de 2010.
STEDH *Atanasiu y Poenaru vs. Rumanía*, de 12 de octubre de 2010.
STEDH *Al Skeini vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011.
STEDH *Al Jedda vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011.
STEDH *Del Río Prada vs. España*, de 10 de julio de 2012.
STEDH *Bayatyan vs. Armenia*, de 7 de julio de 2011.
STEDH *Martínez Martínez vs. España*, de 18 de octubre de 2011.
STEDH *Kuric et al. vs. Eslovenia*, de 26 de junio de 2012.

6

EL DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Laurence Burgorgue-Larsen¹ y Nicolás Montoya Céspedes²
París I-Panthéon Sorbonne

Resumen

Este capítulo presenta un estudio empírico cuyo objetivo es descifrar el diálogo horizontal entre la Corte interamericana de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos que está creciendo revelando la fabricación de un real y efectivo ius commune en materia de derechos humanos a escala universal.

1. INTRODUCCIÓN

El diálogo judicial se ha convertido en un hito de los tiempos jurídicos modernos.

En un mundo globalizado -en el cual las barreras de todo tipo se han vuelto muy débiles- no se podía evitar que, después de la circulación de los seres humanos, de las mercancías, de los servicios, de los flujos financieros, hicieran lo mismo las ideas, los conceptos y hasta las propias soluciones judiciales. Hoy en día, las formas de comunicación entre jueces son una realidad, ya sea la comunicación entre jueces nacionales e internacionales (diálogo vertical) o exclusivamente entre jueces nacionales, por un lado, o jueces internacionales, por el otro, (diálogo horizontal). Si a estos fenómenos se añaden las múltiples formas de diplomacia judicial que permiten a los jueces encontrarse, descubrirse, discutir -de manera informal o de manera institucionalizada (mediante una multitud de

¹ Laurence BURGORGUE-LARSEN es Catedrática de Derecho público en la Escuela de la Sorbona (Paris I-Panthéon Sorbonne, Francia), Vice-Directora del IREDIES (Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne) y miembro del GEDILAS (Groupe d'Etudes en droit international et Latino-américain de la Sorbonne).

² Nicolas MONTOYA CESPEDES es Doctorando en la Escuela de Derecho de la Sorbona (Paris I -Panthéon Sorbonne, Francia) y miembro del GEDILAS (Groupe d'Etudes en droit international et Latino-américain de la Sorbonne) -en el contexto de un proyecto financiado por la Comisión europea, el llamado proyecto ALFA.

conferencias de toda índole)- nadie puede negar de manera tajante la existencia de formas heterogéneas de comunicación entre los diferentes universos judiciales nacionales e internacionales³. El objeto de este estudio empírico es descifrar el diálogo horizontal entre la Corte interamericana de derechos humanos⁴ y el Tribunal europeo de derechos humanos⁵ que está creciendo revelando la fabricación de un real y efectivo *ius commune* en materia de derechos humanos a escala universal⁶.

Los argumentos y conclusiones del TEDH y de la CIDH circulan, al parecer, libremente entre una y otra jurisdicción. Lo que durante muchos años fue una circulación unidireccional lentamente se ha convertido en una circulación bidireccional de argumentos en la que ambas Cortes se han convertido en interlocutoras de la interpretación y aplicación de su respectiva convención regional de protección de los derechos humanos. Sin embargo, este flujo no ha sido espontáneo. En él han intervenido de manera significativa una diversidad de vectores y factores que merecen ser explorados en detalle.

2. ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Para efectuar este análisis una serie de aclaraciones metodológicas resultan necesarias. Para ello se ha construido una matriz de información para catalogar las referencias que cada uno de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos ha efectuado a la jurisprudencia de su homólogo en el otro continente⁷. En dicho procedimiento se

³ Aunque se puede criticar. Es el caso de G. L. Neuman que presentó una visión muy negativa de este fenómeno, NEUMAN, G.L., "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, 2008, pp.101-123. Para un estudio que pone de relieve el uso por las dos Cortes regionales que funcionan (TEDH y CIDH) el uso del «derecho de la ONU», v. BURGORGUE-LARSEN, L., "Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'", en DUBOUT, E. y TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp.91-115.

⁴ En adelante CIDH o Corte de San José.

⁵ En adelante TEDH o Tribunal de Estrasburgo.

⁶ Al momento de terminar la escritura de este estudio empírico, descubrimos la publicación de la obra colectiva dirigida por GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Thomson, Madrid, 2012, 491p. No hemos podido integrar todas sus conclusiones en este trabajo, mucho más modesto. No obstante, es importante indicar al lector la existencia de esta muy estimulante obra colectiva.

⁷ En la construcción de la matriz que fundamenta el análisis aquí presentado se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones: En lo que respecta al Sistema Europeo de Derechos Humanos se tuvieron en cuenta los Fallos y las Decisiones sobre la Admisibilidad de la Gran Sala (Gran Sala) y

encontró que en el sistema europeo de derechos humanos se han efectuado 51 referencias al sistema interamericano de derechos humanos y a su jurisprudencia⁸. En ese mismo sentido se encontraron 159 fallos de la Corte de San José en los que se hace referencia explícita a la jurisprudencia del TEDH⁹.

Una vez identificados y recolectados estos 210 fallos, se procedió a catalogarlos en función de cuatro grandes interrogantes previamente establecidos. Dichos interrogantes fueron: (a) ¿Quién invoca la jurisprudencia de la otra jurisdicción de derechos humanos? (b) ¿Cómo refleja en sus fallos cada Corte el conocimiento de la jurisprudencia de su homóloga? (c) ¿Cuáles son los temas puntuales -y los fallos concretos- entorno de los cuales se hace uso de la jurisprudencia análoga? y (d) ¿Cuál es la utilización, si la hay, de dichos fallos en el razonamiento de la Corte 'receptora'? Las respuestas a estos interrogantes serán abordadas de manera detallada en las cuatro secciones siguientes.

3. LOS VECTORES DEL DIÁLOGO

Una vez reunidos y catalogados los datos empezó a ser evidente la existencia de vectores entre los dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Estos vectores son los principales responsables de la libre circulación de los fallos, y más precisamente de los argumentos, entre las dos jurisdicciones de derechos humanos. Sin embargo, un análisis detallado muestra que los vectores que actúan en cada continente son diferentes.

de cada una de las Secciones de la Corte. Así como las Decisiones de la extinta Comisión europea de derechos humanos. De otra parte, en lo que respecta al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se tuvieron en cuenta tanto las Opiniones Consultivas como los pronunciamientos de la Corte en procesos contenciosos. Adicionalmente, es de resaltar que la matriz no tiene ninguna restricción temporal. Por ello, en la matriz figuran todas las referencias que, al momento de la escritura de estas líneas, una Corte ha hecho a la jurisprudencia de la otra. Para la recolección de la información se emplearon los mecanismos disponibles a través de las páginas web oficiales de las Cortes (www.corteidh.or.cr) y "HUDOC" (hudovs.echr.coe.int)

⁸ La división específica de estas referencias es la siguiente: 37 se encuentran en los fallos de la Corte, 12 se encuentran en las decisiones sobre la admisibilidad y dos se encuentran en las Decisiones de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.

⁹ La división específica de estas referencias es la siguiente: 11 se encuentran en las Opiniones Consultivas y el resto se encuentra repartido en la amplia variedad de fallos emitidos por la Corte (Excepciones preliminares, Fondo, Costas, Reparaciones e interpretación de fallos).

3.1. Los vectores en América Latina

En el contexto interamericano, un grupo variado de vectores se ha encargado de promover el conocimiento de los desarrollos jurisprudenciales recientes del Tribunal de Estrasburgo. Tal vez el principal vector lo constituye la misma CIDH. En efecto, desde sus inicios la propia Corte de San José ha recurrido de manera sistemática a la citación de una abundante cantidad de fallos del TEDH en sus decisiones.

Así, aunque resulte difícil determinarlo con exactitud de su lectura, en la abrumadora mayoría de fallos el principal responsable de invocar la jurisprudencia europea es la propia la Corte de San José. No obstante, la forma en la que la Corte resume los argumentos presentados por las partes en cada caso dificulta afirmar con exactitud si las víctimas y los Estados han o no invocado la jurisprudencia europea como fundamento de sus posturas e interpretaciones de la Convención¹⁰. Sin embargo, aún si en sus intervenciones ante la CIDH las partes hacen valer argumentos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, algo de esperar cuando se conoce lo persuasivos que dichos argumentos pueden ser ante la CIDH, dicha situación no es reflejada por la Corte de San José en la redacción de sus fallos.

Ahora bien, una consecuencia directa de la labor de la propia CIDH como vector entre la jurisprudencia interamericana y europea es que en sus votos razonados los jueces interamericanos, particularmente Antonio Cançado Trindade¹¹ y Diego García-Sayán¹², tienden a recurrir a argumentos extraídos del sistema europeo de derechos humanos¹³. En esta labor se

¹⁰ Una excepción se puede encontrar en el fallo CorteIDH *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá* (Excepciones Preliminares), de 18 de noviembre de 1999. En el cual el Estado pretendió defenderse alegando la práctica de la extinta Comisión europea de derechos humanos en casos similares.

¹¹ El juez Cançado Trindade ha sido tal vez el mayor vector entre la jurisprudencia de Estrasburgo y la jurisprudencia de San José. Un ejemplo de su labor se encuentra, entre otros, en sus votos razonados a los siguientes fallos de la CIDH: CorteIDH *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, de 1 de marzo de 2005; CorteIDH *López Álvarez vs. Honduras*, de 1 de febrero de 2006.

¹² Con la salida del juez Cançado Trindade de la Corte, parece que el juez García-Sayán ha tomado su relevo en lo que respecta a la función de vector principal de la jurisprudencia europea en el contexto interamericano. Esto se desprende de sus votos razonados en los siguientes fallos de la CIDH: CorteIDH *López Mendoza vs. Venezuela*, de 1 de septiembre de 2011, y CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de marzo de 2011.

¹³ Los jueces que en sus votos particulares han hecho referencia a la jurisprudencia del TEDH son: Diego García-Sayán (Peruano), Leonardo A. Franco (Argentino), Cecilia Medina Quiroga (Chilena), Sergio García Ramírez (Mexicano), Antonio Cançado Trindade (Brasileño) y Manuel Ventura Robles (Costarricense). También es de resaltar que algunos de los jueces ad hoc, en sus

presentan dos situaciones que vale la pena resaltar.

En primer lugar, el recurso a la jurisprudencia del TEDH como herramienta argumentativa ha llegado a tal punto que en ocasiones los argumentos extraídos de la jurisprudencia europea no son acompañados de una referencia específica a un fallo específico en el cual se sustenta la posición defendida por el juez¹⁴. Si bien esta es una práctica que no fomenta un diálogo efectivo entre las dos Cortes, no deja de ser llamativo que la simple invocación de la existencia de una jurisprudencia del TEDH que interpreta la Convención en un sentido particular sea utilizada por los jueces en sus votos razonados.

En segundo lugar, también es de resaltar que en estos votos razonados, además de la referencia a la jurisprudencia, también es posible encontrar referencias a la doctrina europea sobre la protección de los derechos humanos¹⁵.

En ese sentido, los votos razonados de los jueces de la CIDH muestran que tanto la jurisprudencia como la doctrina europea son fuente de inspiración de los jueces de San José en la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, la Corte en su conjunto o los jueces en sus votos razonados no son los únicos que actúan como vectores entre los dos sistemas regionales de derechos humanos. En ese sentido, aunque empíricamente difícil de comprobar a partir de la lectura de los fallos, no se puede desconocer la importancia de la labor que en este sentido realizan los abogados y practicantes de la Corte Interamericana, para mantener a la CIDH “al día” de los desarrollos jurisprudenciales de su

votos razonados han hecho referencia a la jurisprudencia del TEDH. Estos jueces son: Roberto de Figuerido Caldas (en el caso del 23 de septiembre de 2009, *Garibaldi vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 203), Einer Elías Biel Morales (en el caso del 30 de junio de 2009, *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 197) y Edgar E. Larraondo Salguero (en el caso de la “Panel Blanca” *Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala*, del 25 de enero de 1996, Excepciones Preliminares, Serie C No. 23).

¹⁴ Son ejemplo de esto los fallos: *CorteIDH Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia*, de 27 de noviembre de 2008; *CorteIDH Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008; *CorteIDH Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, de 21 de noviembre de 2007; *CorteIDH Blake vs. Guatemala*, de 2 de julio de 1996. En este caso resulta interesante que quién suele recurrir a la referencia general sin cita particular tenía a ser el juez Sergio García Ramírez.

¹⁵ La utilización de la doctrina en los votos razonados del sistema interamericano puede ser encontrada, entre otros, en los votos razonados del Juez A. Cançado Trindade en los siguientes fallos: *CorteIDH Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Interpretación de la Sentencia de Fondo), de 2 de agosto de 2008; *CorteIDH La Cantuta vs. Perú* (Interpretación de la Sentencia de Fondo), de 30 de noviembre de 2007.

homóloga europea¹⁶.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha jugado, aunque en menor medida, el rol de vector entre uno y otro sistema regional. En efecto, en la jurisprudencia de la Corte de San José se encuentran casos en los que la Comisión defiende su postura particular, citando como fundamento, la jurisprudencia del Tribunal europeo¹⁷.

De todo lo anterior se desprende que, según lo reflejado en los propios fallos, los principales vectores entre la jurisprudencia de la Corte de San José y el Tribunal de Estrasburgo son los integrantes del sistema interamericano de derechos humanos, a saber: la Corte, sus jueces y la Comisión. En ese sentido, es llamativo que en los fallos de la CIDH, tal vez por la forma en la que ésta resume sus argumentos¹⁸, no se refleje si las víctimas, los Estados o los amici curiae también fungen como vectores. Tal labor es de esperarse pues, como ya se dijo, la evidente importancia de la jurisprudencia europea para la Corte de San José como herramienta de persuasión, hace pensar que todos los participantes son potencialmente vectores entre los dos sistemas. En realidad, son los estudios doctrinales, a veces basados sobre una experiencia práctica, que nos dan a pensar que las ONG como amici curia, juegan un papel evidente en la materia¹⁹.

¹⁶ Los abogados de la Corte hacen un trabajo crucial de investigación y de preparación de redacción de los proyectos de sentencia. Son ellos quienes hacen un trabajo preparatorio de derecho comparado, tanto al nivel nacional, como al nivel internacional. Hay aproximadamente 25, repartidos entre 7 y 8 grupos de trabajo.

¹⁷ Los mejores ejemplos del rol de la Comisión como vector se pueden encontrar en los fallos de la CIDH *Yvon Neptune vs. Haiti* (Fondo, Reparaciones y Costas) del 6 de mayo de 2008, Serie C No. 180 y *Benjamin y Otros vs. Trinidad y Tobago* (Excepciones Preliminares) del 1 de septiembre de 2001, Serie C No. 81.

¹⁸ Incluso en ocasiones, la CIDH ni siquiera hace referencia a los argumentos de los amici curiae. Ejemplo de ello, sólo por citar uno, se encuentra en el fallo CorteIDH *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005. Según el recuento de la propia Corte en este proceso intervinieron en calidad de amicus curiae la Fundación "Manuel Cepeda Vargas", el Centro Internacional por la Justicia Transnacional y la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, sin embargo ninguno de los argumentos por ellos presentados fueron siquiera referenciados por la CIDH en su extenso fallo.

¹⁹ Ver, entre muchas referencias, CUELLAR, R., "Participación de la sociedad civil y el sistema interamericano de derechos humanos", en *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI Corte interamericana* (2º ed.), Tomo I, 2003, pp.349-354 ; PINTO, M., "NGOs and the Inter-American Court of Human Rights", en Tulio Treves et alii (dir.), *Civil society, International Courts and Compliance body*, 2005, pp.47-56.

3.2. Los vectores en Europa

De manera contraria a lo que se evidencia en América, en el continente europeo el rol de vectores no ha sido emprendido por los integrantes del sistema directamente²⁰. Esta situación ha llevado a que sean terceros los principales responsables de acercar la jurisprudencia interamericana al Tribunal de Estrasburgo. Es así como, con el correr de los años, dos vectores se fueron desarrollando: de una parte, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG)²¹ y los grupos académicos y las víctimas, de otra parte.

Las ONG y los centros académicos fueron precursores en su rol como vectores entre ambos sistemas de protección de los derechos humanos en Europa. Estas organizaciones, haciendo uso de las herramientas procesales dispuestas por el Estatuto y el Reglamento de la Corte, intervinieron en calidad de amici curiae en procesos puntuales. Hasta el momento han servido como vectores de la jurisprudencia interamericana ante el Tribunal de Estrasburgo: Amnistía Internacional²², Redress

²⁰ Al respecto, vale la pena resaltar que las primeras referencias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentran en Decisiones de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos a mediados de los años 80. Son prueba de ello las Decisiones, Com.EDH, 6 de diciembre de 1983, Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia, Holanda vs. Turquía (Decisión sobre la admisibilidad), Req. 9940-9944/82 AJ. Y Com.EDH, 2 de diciembre de 1986, B. vs. Suiza, Req. 12136/86. En el primero de los casos, el Estado defensor argumentaba, con fundamento en las reglas de admisibilidad dispuestas para la Comisión Interamericana de derechos humanos y de otras jurisdicciones internacionales, la posibilidad de presentar todo tipo de excepciones preliminares. En el segundo de los casos, se utiliza la pertenencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la aceptación de la competencia de la Corte como indicador del nivel de protección de los derechos humanos de un Estado. Este criterio es supremamente importante puesto que fue relevante en casos en los que se argüía la imposibilidad de los Estados pertenecientes a la Convención de Roma de extraditar a personas hacia Estados en los que hay un riesgo de tortura o de tratos inhumanos o degradantes. Un ejemplo reciente de esta jurisprudencia aplicada se encuentra en la Sentencia del STEDH *Klein vs. Rusia*, de 1 de abril de 2010, en la que se consideró que la eventual extradición del Sr. Klein hacia Colombia constituiría una violación del artículo 3 de la Convención de Roma.

²¹ Acerca de este fenómeno en general, v. HITOSHI MAYER, L., "NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commission", *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, pp.911-946; FLAUSS, J-F. y COHEN-JONATHAN, G., *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 258p.

²² Amnistía Internacional ha actuado como vector entre la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH en tres casos: STEDH *Aydin vs. Turquía*, de 25 de septiembre de 1997; STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998 y STEDH *Bayatyan vs. Armenia*, 7 de julio de 2011. En el primero de ellos, según el TEDH, la intervención de Amnistía Internacional estaba encaminada a mostrar que, con fundamento entre otros en decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación contemporánea en materia de derechos humanos lleva a afirmar que cuando un agente viola a una detenida con el fin de humillarla, extraerle información, hacerla confesar, constituyen actos de tortura. En el segundo de ellos, la intervención de Amnistía Internacional desarrolló los elementos constitutivos de la desaparición forzada en la jurisprudencia de la CIDH. En el tercero

Trust²³, Columbia Law School Human Rights Clinic²⁴, la Comisión de derechos humanos para Irlanda del Norte²⁵, el Centro por la Justicia y Derecho Internacional (CEJIL)²⁶ y el Center for Reproductive Rights²⁷. En su labor como vectores, las ONG y los centros académicos presentaron al TEDH la manera cómo la CIDH -junto con otras instancias internacionales - había abordado con anterioridad una problemática similar a la del caso en cuestión. Estas intervenciones pueden ser consideradas como exitosas ya que el TEDH empezó a citarlas, de alguna u otra forma, en sus fallos²⁸.

De manera paralela, se debe reconocer que las víctimas también han actuado como vectores entre la CIDH y el TEDH. En efecto, en diversos casos las víctimas, a través de sus conclusiones escritas u orales ante la Corte han invocado el precedente judicial que se deriva de varios fallos de la CIDH²⁹.

de ellos, de manera conjunta con Conscience and Peace Tax International, Friends World Committee for Consultation (Quakers), la Commission internationale de juristes et l'Internationale des résistants à la guerre (War Resisters' International), la intervención versaba sobre el avance progresivo que se encuentra en distintos instrumentos de derechos humanos sobre el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar.

²³ La actuación de Redress Trust como vector de la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH se ve reflejado en el fallo de este último del STEDH *Gafgen vs. Alemania*, 1 de junio de 2010. De acuerdo al Tribunal de Estrasburgo la intervención estaba encaminada a sustentar que una grave amenaza a la integridad física puede constituir, según ciertas circunstancias, una forma de tortura o de trato inhumano o degradante.

²⁴ La intervención de la Columbia Law School Human Rights Clinic se encuentra en el fallo del STEDH, *Hirsi Jamaa y Otros vs. Italia*, de 23 de febrero de 2012.

²⁵ La Comisión de los Derechos Humanos para Irlanda del Norte intervino en el caso que fue decidido a través del fallo STEDH *McKerr vs. Reino Unido*, de 4 de mayo de 2001. La intervención se centró en la obligación positiva de investigar las violaciones al derecho a la vida. Vale la pena resaltar que esta Comisión es una entidad pública del gobierno del Reino Unido. Sin embargo, su actuación es independiente de éste. Por esta razón la hemos equiparado su actuación como vector entre la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH al de las ONG y los centros académicos.

²⁶ La actuación del CEJIL como vector entre la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH se ve reflejada en el fallo STEDH *Timurtas vs. Turquía*, del 13 de junio de 2000.

²⁷ El Center for Reproductive Rights intervino en el caso que se decidió a través del fallo STEDH *Vo vs. Francia*, del 8 de julio de 2004.

²⁸ Ver BURGORGUE-LARSEN, L., "Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae", en *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, pp.67-82.

²⁹ La acción de las víctimas como vectores se hace evidente en los fallos STEDH *Bankovic y Otros vs. Bélgica y Otros*, de 12 de diciembre de 2011 (Gran Sala); STEDH *Ergi vs. Turquía*, de 28 de julio de 1998; STEDH *Ertak vs. Turquía*, DE 9 de mayo de 2000; STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998 y STEDH *Velikova vs. Bulgaria* (Decisión de Admisibilidad), de 18 de mayo de 1999.

Sin embargo, en Europa, las ONG, los centros académicos y las víctimas no tienen la exclusividad del rol como vectores entre los dos sistemas. En la actualidad, en menor escala de lo que sucede en el contexto interamericano, los jueces del TEDH están comenzando a emplear argumentos propios de la jurisprudencia de la CIDH en sus opiniones disidentes. Esta situación se hace evidente en algunos de los votos de los jueces Giovanni Bonello³⁰, Paulo Pinto de Albuquerque³¹, Françoise Tulkens, David Thor Björgvinsson, Danute Jočienė, Dragoljub Popović, Nebojsa Vučinić³², Rait Maruste³³ y Loukis Loucaides³⁴. Sobre este punto no deja de ser llamativo que, salvo el juez Pinto, los jueces que han servido de vectores de la jurisprudencia interamericana en el contexto europeo provengan de culturas jurídicas tan disimiles a la cultura jurídica latinoamericana. Esto demuestra que el recurso a la jurisprudencia de la CIDH no es fruto de una afinidad cultural particular sino a su importancia como órgano convencional de protección de los derechos humanos, razón por la cual es de esperar que este tipo de diálogos continúen y se profundicen.

El desarrollo de un diálogo entre la CIDH y la CEDH es, en parte, fruto de la labor de una serie de vectores entre ellas. En efecto, tanto en Europa como en América Latina los vectores se han encargado de dar a conocer a la jurisprudencia aplicada en el otro continente acerca de asuntos relevantes para la protección de los derechos humanos. Esta labor, no se puede olvidar, está encaminada a sustentar una interpretación particular de la Convención en un sentido o en otro. En otras palabras, los vectores invocan la jurisprudencia de la CIDH ante el TEDH, y viceversa, con el fin de mostrar a los jueces la legitimidad de una conclusión jurídicamente relevante para el caso en cuestión.

³⁰ Este juez Maltés hizo referencia a la jurisprudencia de la CIDH en el Voto parcialmente disidente al fallo, STEDH *Angelova vs. Bulgaria*, 13 de junio de 2002.

³¹ Este juez portugués citó la jurisprudencia de la CIDH en su Voto en parte disidente y en parte concordante al fallo, STEDH *Konstantin Markin vs. Rusia*, de 22 de marzo de 2012.

³² La referencia de este grupo heterogéneo de jueces (Belga, Islandés, Lituana, Serbio, Montenegrino, respectivamente) se encuentra en el Voto disidente común al fallo, STEDH *Palomo Sanchez y Otros vs. España*, de 12 de septiembre de 2011.

³³ Este juez estonio hizo referencia a la jurisprudencia de la CIDH en su Voto concurrente al fallo, STEDH *Cicek vs. Turquía*, de 27 de febrero de 2001.

³⁴ Este juez chipriota citó la jurisprudencia de la CIDH en su Voto parcialmente disidente al fallo, STEDH *Hasan Ilhan vs. Turquía*, de 9 de noviembre de 2004.

4. LA UBICACIÓN DEL DIÁLOGO EN LOS FALLOS

Distinguir el lugar en el que en un fallo se encuentra una referencia a la jurisprudencia foránea puede parecer una distinción superficial o sin mayor interés. Sin embargo, teniendo en cuenta la división propia de los fallos del TEDH, esta ubicación también puede mostrar una evolución en el diálogo entre ambas Cortes.

En efecto, la mayoría de referencias del TEDH a la jurisprudencia de la CIDH se encuentra en el aparte dedicado a los fundamentos fácticos de la decisión, usualmente bajo la rúbrica “derecho internacional relevante”. Esta ubicación se explica fácilmente ya que para el sistema europeo de derechos humanos, la jurisprudencia de otra Corte, por más que sea una homóloga, no es considerada como ‘derecho’ aplicable. A pesar de ello, al ser citada como fundamento fáctico de la decisión europea, la jurisprudencia de la CIDH sirve al Tribunal de Estrasburgo para construir el contexto en el que se apresta a dar su fallo³⁵.

Sin embargo, además de citar a la CIDH en el aparte consagrado a los fundamentos fácticos, el TEDH ha hecho referencia a la jurisprudencia interamericana en los fundamentos jurídicos de sus decisiones más recientes. Para hacerlo, el Tribunal de Estrasburgo remite en los fundamentos jurídicos de su fallo de manera expresa al aparte consagrado al “derecho internacional relevante”³⁶. De esta forma, para el TEDH, la jurisprudencia de la CIDH no es solamente parte del contexto fáctico del fallo, sino también de su ratio decidendi

Por su parte, puesto que la estructura de los fallos de la CIDH no replica totalmente la división entre fundamentos fácticos y jurídicos que se encuentra en los fallos del TEDH, la evolución de la ubicación de la referencia no se puede abordar en los mismos términos.

Si bien en el razonamiento de la CIDH los argumentos derivados de la jurisprudencia estrasburguesa se intercalan fácilmente con los argumentos propios al sistema derivado del Pacto de San José, la ubicación de las referencias ha sufrido una sutil evolución. Mientras que en un primer

³⁵ Unos ejemplos de esta utilización de los fallos de la CIDH se encuentra, entre otros, en los fallos del STEDH *Al-Skeini y Otros vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011; STEDH *Ocalan vs. Turquía*, de 12 de marzo de 2003, ratificado en su integralidad por el fallo de la Gran Sala STEDH *Opuz vs. Turquía*, de 12 de mayo de 2005 y (Sección Tercera) de 9 de junio de 2009.

³⁶ Los fallos del TEDH en los que la referencia a la jurisprudencia de la CIDH tanto en sus fundamentos jurídicos como fácticos son, entre otros: STEDH *Mamatkoulou y Askarov vs. Turquía*, de 4 de febrero de 2005; STEDH *Serguei Zolotoukhine vs. Rusia*, de 10 de febrero de 2009; STEDH *Varnava y Otros vs. Turquía*, de 18 de septiembre de 2009; y STEDH *Zontul vs. Grecia*, de 17 de enero de 2012.

momento la referencia a la jurisprudencia del TEDH se encontraba en el cuerpo mismo del fallo de la CIDH, en la actualidad hay una tendencia a que la misma referencia se haga en las notas al pie y allí acompañarla de la jurisprudencia interamericana y, más y más constitucional, equivalente³⁷.

Esto podría significar que en sus inicios, en los momentos en los que la CIDH estaba empezando a construir un cuerpo jurisprudencial propio, la referencia al TEDH era un elemento determinante del razonamiento presentado por la Corte. Mientras que en la actualidad, con el robustecimiento de la jurisprudencia de la CIDH dichas referencias -aunque manteniendo importancia indudable en el razonamiento- son acompañadas por los fallos en los que San José decidió implementar una interpretación estrasburguesa. Hay también que mencionar que esta evolución se integra en el contexto de una política de racionalización de presentación de los fallos para que sean menos largos y más cómodos de leer.

La ubicación en el fallo de la referencia a la jurisprudencia foránea muestra, pues, dos fenómenos divergentes. De una parte, el paso de fundamento fáctico a fundamento jurídico de la jurisprudencia de la CIDH en los fallos del Tribunal de Estrasburgo lleva a pensar que en Europa los fallos interamericanos tienen un valor importante, tanto como contexto general y como interlocutor válido en términos jurídicos. De otra parte, la sutil evolución de la forma en la que la CIDH hace referencia a la jurisprudencia del TEDH puede evidenciar cómo la Corte de San José reconoce la importancia de su cuerpo jurisprudencial y pretende ligarlo al del Tribunal que tradicionalmente ha sido su referente. Esto muestra cómo la CIDH valoriza su propia labor.

5. LOS TEMAS ENTORNO A LOS CUALES GIRA EL DIÁLOGO

Al analizar los temas entorno a los cuales gira el diálogo entre los jueces regionales de derechos humanos se encuentra una disparidad considerable. Esto es así puesto que mientras el elenco material de las referencias de la CIDH a la jurisprudencia del TEDH es muy heterogéneo, ésta última suele hacer referencia a la jurisprudencia de la CIDH en aspectos puntuales.

En ese contexto, también es posible clasificar dos tipos de diálogo en la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH Cortes. Así, se tiene de un lado el diálogo sobre aspectos procesales y, de otro lado, se tiene el diálogo sobre aspectos sustanciales.

³⁷ Esta utilización se puede encontrar, entre muchos otros, en fallo de la CorteIDH Gelman vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011.

5.1. En aspectos procesales

El diálogo sobre aspectos procesales ha llevado a que, con objetivos distintos, la CIDH cite la jurisprudencia del TEDH en lo relativo al estoppel y la diferencia en lo que respecta a la competencia interpretativa de otros tratados distintos a la Convención regional.

En lo que respecta a la noción de estoppel, es recurrente encontrar fallos en los que la CIDH cita la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, la Corte de San José cita a su homólogo europeo para mostrar que los dos sistemas tratan de manera similar, si no idéntica, la situación³⁸. También es de resaltar que las referencias en torno a la noción de estoppel evidencian el *modus operandi* de la CIDH para hacer referencia a la jurisprudencia del TEDH. En efecto, en este y otros temas, la Corte de San José identifica un reducido grupo de *leading cases* o *grands arrêts* del TEDH y los cita de manera sistemática cada vez que va a abordar esta noción³⁹.

De otra parte, en lo que se refiere a la competencia de la Corte de San José para interpretar otros tratados distintos al Pacto de San José, la CIDH también hace referencia al sistema europeo de protección de los derechos humanos, aunque con un objetivo distinto. En este caso, la Corte de San José alude al hecho que, bajo la Convención de Roma y sus protocolos vigentes, el TEDH no goza de una competencia equivalente. Así, la utilización de la referencia, esta vez no a la jurisprudencia sino al Convenio Europeo, sirve a un fin pedagógico ya que permite establecer una distinción entre las limitadas competencias del TEDH y la relativa libertad que goza la CIDH en este aspecto⁴⁰. Sin lugar a dudas, al contrastar sus competencias con las del TEDH, la CIDH pone de relieve la plusvalía en esta materia del sistema interamericano.

³⁸ Los fallos en los que la CIDH hace uso de la figura de estoppel son, entre otros, los siguientes: CorteIDH Díaz Peña vs. Venezuela, de 26 de junio de 2012; CorteIDH Chocrón Chocrón vs. Venezuela, de 1 de julio de 2011; CorteIDH Usón Ramírez vs. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009. Esta referencia encuentra su origen en el fallo CorteIDH Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, de 21 de enero de 1994.

³⁹ En lo que se refiere al estoppel, la CIDH cita frecuentemente los siguientes fallos del TEDH: STEDH Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica, de 18 de junio de 1971; STEDH Foti y Otros vs. Italia (Fondo), de 10 de diciembre de 1982; y STEDH Bitiyeva y X vs. Rusia, de 21 de junio de 2007.

⁴⁰ Esta utilización de la referencia al sistema europeo de protección de derechos humanos con la intención de contrastarlo con el sistema interamericano se encuentra en la Opinión Consultiva CorteIDH, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982 relativa a los "otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte. Serie A. No. 1.

Por su parte, el TEDH también ha hecho referencia a la jurisprudencia de la CIDH en aspectos de orden procesal. Así, en el fallo *Akdivar y Otros c. Turquía*⁴¹, el TEDH cita la jurisprudencia de la Corte de San José al considerar la carga de la prueba en los eventos en los que se evoca la falta de agotamiento de los recursos internos como condición previa al recurso convencional⁴².

Adicionalmente en el fallo *Serguei Zolotoukhine c. Rusia*⁴³, el TEDH hace un recuento de su jurisprudencia entorno a la protección que implica el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho o infracción, consagrado por el artículo 4 del Protocolo No. 7 de la Convención de Roma. Allí, el Tribunal de Estrasburgo constata que el nivel de protección otorgado al derecho en su interpretación es inferior en relación al acordado por otros entes internacionales entre los que se encuentra la Corte de San José. Ante esto, el TEDH adopta una nueva interpretación, más garantista, del derecho.

Finalmente, y quizás es el tema el mas «fuerte», en el fallo *Varnava y otros c. Turquía*⁴⁴, el TEDH adoptó la interpretación de la Corte de San José sobre la competencia *ratione temporis* en los casos de las violaciones continuas de los derechos protegidos por la Convención. Al adoptar dicha interpretación, el TEDH se declaró competente para analizar si el Estado incurrió en violación de la obligación procedimental que se deriva del derecho a la vida aun cuando los hechos se habían producido con anterioridad al reconocimiento estatal de la competencia del Tribunal⁴⁵. Es importante aquí resaltar que, actuando de esta manera, el TEDH efectuaba un cambio radical de su jurisprudencia tradicional en la materia, lo que es sumamente clave para entender la fuerza persuasiva del uso de la jurisprudencia interamericana.

⁴¹ STEDH *Akdivar vs. Turquía*, de 16 de septiembre 1996. Esta jurisprudencia tiene en cuenta los considerandos de la CIDH en el fallo del 29 de julio de 1988, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)* Serie C No. 1 y la Opinión Consultiva OC-11/90 relativa a las excepciones a la Regla de agotamiento de recursos internos, Serie A No. 11.

⁴² Al respecto la jurisprudencia afirma que una vez el Estado ha alegado la existencia de un recurso interno que no fue agotado, la víctima debe mostrar las razones por las cuales dicho recurso no resulta adecuado ni efectivo para la protección de su derecho. Esta jurisprudencia fue ratificada en el fallo STEDH *Demopoulos y Otros vs. Turquía*, de 1 de marzo de 2010; y en la Decisión de la extinta Comisión en el caso Comisión EDH *Sabuktekin vs. Turquía*, de 12 de marzo de 1998.

⁴³ STEDH *Sergeui Zolotoukhine vs. Rusia*, de 10 de febrero de 2009.

⁴⁴ STEDH *Varnava y otros vs. Turquie*, de 18 de septiembre de 2009.

⁴⁵ Esta misma interpretación se encuentra en el fallo del STEDH *Silih vs. Eslovenia*, de 9 abril de 2009.

5.2. En aspectos sustanciales

Son muchos los temas en los que la CIDH hace referencia a la jurisprudencia del TEDH. Estos temas van desde el método de interpretación evolutiva de la Convención⁴⁶, hasta los métodos para determinar las reparaciones en casos de expropiación⁴⁷. Por el contrario, los temas sustanciales en los que el TEDH hace referencia a los fallos de la Corte de San José se concentran de manera particular en dos aspectos: la desaparición forzada y las obligaciones positivas en cabeza de los Estados que se derivan de la Convención regional. Estos dos aspectos sustanciales sobre los que se ha entablado un verdadero diálogo de jueces merecen ser analizados con un poco más de detalle.

5.2.1. La Desaparición Forzada

Con el correr de los años, se ha entablado un diálogo jurisprudencial entre la Corte de San José y el Tribunal de Estrasburgo. Uno de los temas recurrentes de dicho diálogo gira en torno al fenómeno de la desaparición forzada de personas. Sin embargo, un análisis un poco más profundo de los fallos de cada una de las Cortes muestra que cada una recurre a la jurisprudencia de su homóloga por razones particulares.

5.2.1.1. La utilización de los fallos europeos por la CIDH

En los casos de desaparición forzada, la CIDH, en una práctica común según se pudo evidenciar en lo referente al estoppel, cita usualmente las mismas cinco sentencias del TEDH⁴⁸. Ahora bien, la CIDH emplea la referencia a estos fallos sobre desaparición forzada de dos maneras. De una parte, lo hace para afirmar que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de los derechos protegidos por las Convenciones

⁴⁶ En estos casos la CIDH cita el famoso fallo del TEDH del 25 de abril de 1978, *Tyrer vs. Reino Unido*, Req., 5856/72. Este fallo se encuentra citado, entre otros, en las siguientes sentencias de la CIDH: CorteIDH *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012; CorteIDH *Masacre de Mapiripan vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005; CorteIDH *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; y Corte IDH *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1 de octubre de 1999, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A No. 16.

⁴⁷ Esta referencia se encuentra en el fallo CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de marzo de 2011.

⁴⁸ Los fallos del TEDH citados suelen ser: STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998; STEDH *Çakici vs. Turquía*, de 8 de julio de 1999; STEDH *Timurtas vs. Turquía*, de 13 de junio de 2000; STEDH *Tas vs. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000; y STEDH *Chipre vs. Turquía*, de 10 de mayo de 2001.

regionales de derechos humanos⁴⁹. De otra parte, utiliza las mismas referencias al momento de enlistar los elementos constitutivos de la desaparición forzada⁵⁰.

Sin embargo, al analizar de manera detallada la jurisprudencia del TEDH se hace evidente que el Tribunal de Estrasburgo, si bien sí considera que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de los derechos convencionales, no se ha detenido a analizar cuáles son sus elementos constitutivos.

5.2.1.2. La utilización de los fallos interamericanos por el TEDH

Por su parte, el TEDH utiliza los fallos interamericanos sobre la desaparición forzada en dos situaciones particulares. En primer lugar, en un primer momento el TEDH se rehusó a condenar al Estado por la violación al derecho a la vida toda vez que no había una prueba irrefutable de la muerte de la víctima, aún cuando reconoce la existencia de una jurisprudencia de la Corte de San José en ese sentido⁵¹. Sin embargo, en fallos posteriores⁵², el TEDH también condenó al Estado por violación de las obligaciones sustanciales y procesales derivadas del derecho a la vida toda vez que asumió que por «el simple paso del tiempo» la víctima podía darse por muerta.

En segundo lugar, siguiendo la línea de la Corte de San José, el TEDH también considera que la desaparición forzada constituye una violación continuada de los derechos convencionales. Esta interpretación ha permitido a ambos jueces proclamar su competencia para juzgar algunos eventos que acaecieron con anterioridad a la aceptación de la competencia del juez regional de derechos humanos por parte de un Estado (v. *Infra*).

⁴⁹ Esta utilización de la jurisprudencia europea se encuentra, entre otros, en los fallos de la CorteIDH *Contreras y Otros vs. Salvador*, de 31 de agosto de 2011; CorteIDH *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011; y STEDH *Radilla Pacheco vs. México*, de 23 de noviembre de 2009.

⁵⁰ Esta utilización se encuentra primordialmente en el fallo de la CorteIDH *Chitay Nech y Otros vs. Guatemala*, de 25 de mayo de 2010.

⁵¹ STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 5 de mayo de 1998.

⁵² STEDH *Timurtas vs. Turquía*, de 13 de junio de 2000; y STEDH *Tas vs. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000.

5.2.2. Las Obligaciones positivas

El segundo tema sobre el cual suele tratar el dialogo jurisprudencial entre el Tribunal de Estrasburgo y la Corte de San José es aquél de las obligaciones positivas que derivan de las disposiciones convencionales, particularmente aquella que obliga al Estado a efectuar investigaciones efectivas en los casos de violaciones al derecho a la vida.

5.2.2.1. La utilización de los fallos interamericanos por el TEDH

En efecto, sólo en un fallo el TEDH hace referencia explícita a la jurisprudencia de la CIDH sobre las obligaciones positivas⁵³. Sin embargo, en el caso *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*⁵⁴, estas obligaciones hacen parte del contexto en el cual el TEDH tomó su decisión. En efecto, en el fallo referido, el Tribunal de Estrasburgo afirma que las obligaciones positivas que se derivan del Convenio son exigibles al Estado incluso en circunstancias difíciles de orden público, como la ocupación o el conflicto armado interno. En este fallo, que versa sobre la responsabilidad del Reino Unido durante la ocupación de Irak entre 2003 y 2004, el TEDH cita el fallo de la Corte de San José sobre la Masacre de Mapiripán en la cual se afirma que por más difícil que sea la situación del Estado, ésta no lo exime de su obligación de investigar de manera adecuada las posibles violaciones de los derecho convencionales y de sancionar a los responsables⁵⁵.

5.2.2.2. La utilización de los fallos europeos por la CIDH

De manera general, la noción de las obligaciones positivas que se derivan de los compromisos convencionales es propia de un desarrollo pretoriano de la CIDH desde su primer fallo contencioso⁵⁶. De allí, como se vio con anterioridad, esta noción fue adoptada, sin hacer referencia explícita a su origen interamericano por el Tribunal de Estrasburgo⁵⁷.

⁵³ STEDH *Varnava y otros vs. Turquía*, de 18 de septiembre de 2009; y otros.

⁵⁴ STEDH *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, de 7 de julio de 2011; ver también el asunto «gemelo», STEDH *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, de 7 de julio de 2011.

⁵⁵ Acerca de este tema que tiene estrechos lazos con la «guerra», v BURGORGUE-LARSEN, L. Y ÚBEDA DE TORRES, A., "La "guerre" dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", en MARGUÉNAUD, J.P. Y PAULIAT, H. (dir.), *D'Oradour à Srebrenica: les droits de l'homme face à la guerre*, Dalloz, Paris, 2009, pp.103-124. Traducido al inglés y publicado in Human Rights Quarterly, February 2011, vol.33, pp.148-174. Traducido al español y publicado in Anuario Colombiano de derecho internacional, 2010.

⁵⁶ CorteIDH *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.

⁵⁷ Los fallos STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, 4 de mayo de 2001; y STEDH *L.C.B. vs. Reino*

En su jurisprudencia más reciente al respecto⁵⁸, la CIDH resalta el hecho que “todos los órganos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos” reflejen la obligación de investigar las violaciones graves de los mismos⁵⁹. Esta referencia tiene, al parecer, una doble motivación. De una parte, la referencia a la jurisprudencia europea sirve para refrendar su propia conclusión. De otra parte, a través de la misma referencia la CIDH, reivindica la autoría de una de las nociones fundamentales en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

A pesar de una aparente multiplicidad de temas en los cuales la CIDH y el TEDH se citan entre sí, es de notar que hay un campo fértil en el que una parte importante del diálogo entre Estrasburgo y San José se ha entablado: la desaparición forzada y las obligaciones positivas derivadas de los compromisos convencionales. En estos dos temas, la CIDH y el TEDH han entablado un verdadero diálogo de jueces. Sin embargo, la existencia de este incipiente diálogo no explica una última arista fundamental: ¿Cuál es la utilización, si la hay, de dichos fallos en el razonamiento de la Corte ‘receptora’? A continuación, se aborda este interrogante.

6. EL SENTIDO DEL DIÁLOGO

Sin duda alguna, tanto en la jurisprudencia de la CIDH como en la del TEDH, la referencia a la jurisprudencia del homólogo se presenta como una herramienta argumentativa. Sin embargo, las razones por las cuales se hace uso de dicha herramienta varían en cada uno de los sistemas.

6.1. La legitimación

No hay duda alguna que el sistema regional de protección de los derechos humanos en América fue construido a imagen del sistema que se deriva de la Convención de Roma⁶⁰. Es por ello que el TEDH y su jurisprudencia han sido, y es, un referente esencial del desarrollo jurisprudencial de la CIDH.

Unido, de 9 de junio de 1998, muestran cómo el TEDH adoptó la noción de las obligaciones positivas derivadas de los compromisos convencionales. ⁵⁸ Ejemplo de ello es la sentencia de la CorteIDH *Gomes Lund y Otro vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2011.

⁵⁹ Sobre este punto vale la pena resaltar que además de citar la jurisprudencia del TEDH, los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Comité contra la Tortura de la misma organización, la CIDH cita la decisión *Mouvement Ivoirien des Droits de l’homme* de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos de julio de 2008.

⁶⁰ Aunque se podría añadir mucho acerca de este «mimetismo» considerando la importancia de la tradición jurídica latino-americana en materia de derechos humanos. Reenviamos aquí a la magnífica presentación introductoria de S García Ramírez al libro publicado en 2008 en la editorial Bruylant (BURGORGUE-LARSEN, L. y UBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruylant, 2008) que fue actualizado y publicado en inglés en la editorial Oxford (2011) con el título: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and commentary*.

Por ello, la referencia sistemática a la jurisprudencia del TEDH, guía primordial de la construcción de la jurisprudencia interamericana, permite a la CIDH legitimar su posición como el máximo tribunal en protección de los derechos humanos en el continente y, por consiguiente, le permite adscribirse en la tradición occidental de protección de los derechos humanos.

En este orden de ideas, cuando la CIDH hace referencia a los fallos del TEDH se encuentra en un complejo proceso de legitimación y validación de su labor y sus conclusiones. Ya que al compartir, en términos generales, los mismos criterios interpretativos que el Tribunal de Estrasburgo, la CIDH refuerza la legitimidad de sus fallos y la de su rol en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Esta situación se encuentra reforzada cuando, como sucedió en el caso de las obligaciones positivas que se derivan de los compromisos convencionales, el TEDH retoma la jurisprudencia interamericana y sus interpretaciones. En este sentido la legitimación tiene tres etapas. En la primera, la CIDH llega a una conclusión, con fundamento directo o indirecto de la jurisprudencia del TEDH⁶¹. En la segunda, el TEDH adopta la interpretación interamericana⁶². En la tercera, y última, la CIDH se congratula del hecho que el TEDH haya concurrido con sus conclusiones⁶³.

6.2. El cambio de jurisprudencia o expansión de jurisprudencia

Por su parte, cuando el TEDH hace referencia a los fallos de la CIDH, particularmente cuando lo hace en el aparte consagrado a los fundamentos jurídicos de la sentencia, su intención es distinta a la de la Corte de San José. En efecto, en estos casos el Tribunal de Estrasburgo utiliza la jurisprudencia de la CIDH para mostrar cómo la jurisprudencia

⁶¹ Tomando como ejemplo las obligaciones positivas que se derivan de la convención se puede citar como prueba de esta etapa la sentencia de la CIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* del 29 de julio de 1988, Serie C No. 1 en la que se afirma la existencia de la obligación positiva de “organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado” p. 166.

⁶² Siguiendo con el ejemplo de las obligaciones positivas, un ejemplo de la adopción de la interpretación interamericana en el contexto europeo se encuentra en el fallo STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, de del 4 de mayo de 2001.

⁶³ En el caso de las obligaciones positivas, esta etapa puede encontrarse en el fallo la CorteIDH *Gomes Lund y Otro vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 201.

internacional de los derechos humanos ha avanzado en otras latitudes. Por nuestra parte, hemos llamado este fenómeno el «cosmopolitismo normativo» y consideramos que es una manera de poner al día el universalismo de los derechos a pesar de las diferencias normativas de los sistemas regionales de garantía y, más allá, de las diferencias sociales y políticas.

Estos avances sirven como fundamento de algunos cambios en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esto se comprueba en dos casos particulares: la obligatoriedad de las medidas cautelares y la competencia de los tribunales penales militares para juzgar civiles.

Así, en los fallos *Mamatkoulov y Abdurasulovic c. Turquía*⁶⁴ y *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía*⁶⁵, el TEDH cambia su jurisprudencia anterior⁶⁶ sobre la no obligatoriedad de las medidas cautelares ordenadas por el sistema regional de protección de los derechos humanos. En estos fallos, el Tribunal de Estrasburgo adopta expresamente la interpretación que comparten la CIJ, el comité de derechos humanos de las Naciones Unidas y la CIDH⁶⁷.

En esta misma línea, en los fallos *Ergin c. Turquía*⁶⁸ y *Maszni c. Rumania*⁶⁹, el Tribunal de Estrasburgo ha citado la jurisprudencia de la CIDH⁷⁰ para afirmar, en términos generales, que las jurisdicciones penales militares sólo son excepcionalmente competentes para el juzgamiento de los particulares. Si bien, la jurisprudencia de la Corte de San José niega completamente dicha posibilidad, el TEDH, tomando nota de los desarrollos jurisprudenciales interamericanos, endurece los criterios que deben cumplir dichos tribunales.

Al respecto, es necesario señalar dos aspectos interesantes de la utilización de la jurisprudencia de la CIDH por parte del Tribunal de Estrasburgo. En primer lugar, en los cambios de jurisprudencia, el TEDH no sólo hace referencia a la jurisprudencia de la Corte de San José. Esta

⁶⁴ STEDH *Mamatkoulov et Abdurasulovic vs. Turquía*, de 6 de febrero de 2003.

⁶⁵ STEDH *Mamatkoulov et Askarov vs. Turquía*, de 4 de febrero de 2005.

⁶⁶ Dicha jurisprudencia se encontraba detallada en el fallo STEDH *Cruz Varas y Otros vs. Suecia*, de 20 de marzo de 1991.

⁶⁷ BURGORGUE-LARSEN, L., "Interims measures in the European system of Human Rights", *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2009, Vol.2, N. 1-2, 2009, pp.99-118.

⁶⁸ STEDH *Ergin vs. Turquía*, de 4 de mayo de 2006.

⁶⁹ STEDH *Maszni vs. Rumania*, de 21 de septiembre de 2006.

⁷⁰ El TEDH cita la sentencia CorteIDH *Durand y Ugarte vs. Perú*, de 16 de agosto de 2000.

referencia suele estar acompañada de referencias jurisprudenciales a las decisiones del Comité de Naciones Unidas y/o a otras jurisdicciones propias del derecho internacional. Aquí, el uso del referente «ajeno» no es exclusivo sino que se combina con demás referencias.

En segundo lugar, es de notar que cuando el Tribunal de Estrasburgo considera necesario adoptar una interpretación de origen interamericano, su razonamiento consiste en encontrar cuáles de las disposiciones de su propio sistema pueden ayudarle a sustentar esa misma conclusión. Así, tanto el TEDH como la CIDH llegan al mismo resultado, aunque por caminos diferentes.

Finalmente, vale la pena resaltar la utilización que en el fallo *Opuz c. Turquía*⁷¹ ha efectuado el TEDH de los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, particularmente la Convención de Belém do Pará, y de las decisiones que al respecto ha tomado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷². En efecto, en el citado fallo, el Tribunal de Estrasburgo, con fundamento en su deber de interpretar la Convención de Roma a la luz del derecho internacional, reconoce la importancia de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Para el TEDH, la importancia de esta Convención radica en dos aspectos. En primer lugar, es el único instrumento de derecho internacional consagrado exclusivamente a la lucha contra la violencia de género⁷³. En ese sentido, esta convención es un instrumento especializado, que según el Tribunal de Estrasburgo también debe ser tenido en cuenta en el análisis del caso.

En segundo lugar, prevé el derecho a vivir en un clima libre de violencia, que comprende el derecho a estar exenta de todo tipo de discriminación, lo que aunado a una decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que da aplicación a lo dispuesto en la Convención, lleva al TEDH a afirmar que el desconocimiento, así sea involuntario, de la obligación del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica debe ser analizado desde la óptica del derecho a la igualdad

⁷¹ STEDH *Opuz vs. Turquía*, de 9 de junio de 2009.

⁷² El TEDH cita la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Maria Da Penha vs. Brasil*, del 16 de abril de 2001, informe No. 54/01, Caso 12.051.

⁷³ Con posterioridad al caso *Opuz*, el Consejo de Europa eliminó la diferencia normativa frente al continente latino-americano y al resto del mundo adoptando el Convenio relativo a la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (STE n°120) adoptada el 11 de mayo de 2011.

de protección de la ley. En ese sentido, si el Estado no protege de manera adecuada a las mujeres de los distintos vejámenes de los que pueden ser víctimas, podría incurrir en violación del artículo 14 de la Convención de Roma (prohibición de tratos discriminatorios en función, entre otras, del sexo).

Sin duda alguna, si bien no es desatinado afirmar que en la mayoría de temas relativos a la protección de los derechos humanos la CIDH se ha inspirado de la jurisprudencia del TEDH, no se puede desconocer que, gracias a la Convención de Belém do Pará, en lo que se refiere a la protección de los derechos de las mujeres, el fallo Opuz c. Turquía muestra que el Tribunal de Estrasburgo sigue el ejemplo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por ello, este fallo muestra, sin lugar a dudas, una evolución en el diálogo judicial entre la CIDH y el TEDH.

Este artículo basado en un método empírico de análisis, demuestra la riqueza excepcional de la circulación de las respectivas decisiones de cada Corte regional y del diálogo subsecuente que eso ha generado y que sigue generando. A pesar de las importantes diferencias -tanto normativas como sociales y políticas- entre los dos sistemas de protección, la toma en consideración por cada Corte de la jurisprudencia de la otra, participa, sin duda alguna, a la puesta en marcha al nivel universal, de un ius comune humanista, que participa a poner a la luz el ideal universalista de 1948.

7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., "La "guerre" dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", en MARGUÉNAUD, J.P. Y PAULIAT, H. (dir.), *D'Oradour à Srebrenica: les droits de l'homme face à la guerre*, Dalloz, Paris, 2009.

BURGORGUE-LARSEN, L. y UBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, L., "Interims measures in the European system of Human Rights", *Inter-American and European Human Rights Journal/Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2009, Vol.2, N. 1-2, 2009.

BURGORGUE-LARSEN, L., "Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'", en DUBOUT, E. y TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010.

BURGORGUE-LARSEN, L., "Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae", en *La*

conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011.

CUELLAR, R., "Participación de la sociedad civil y el sistema interamericano de derechos humanos", en *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI Corte interamericana* (2º ed.), Tomo I, 2003.

FLAUSS, J-F. y COHEN-JONATHAN, G., *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Thomson, Madrid, 2012.

HITOSHI MAYER, L., "NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commission", *Brooklyn Journal of International Law*, 2011.

NEUMAN, G.L., "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, 2008.

PINTO, M., "NGOs and the Inter-American Court of Human Rights", en Tulio Treves et alii (dir.), *Civil society, International Courts and Compliance body*, 2005.

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

Com.EDH, 2 de diciembre de 1986, B. c. Suiza, Req. 12136/86.

Com.EDH, 6 de diciembre de 1983, Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia, Holanda c. Turquía (Decisión sobre la admisibilidad), Req. 9940-9944/82 AJ.

Comisión EDH *Sabuktekin vs. Turquía*, de 12 de marzo de 1998.

Corte IDH Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999.

CorteIDH *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011.

CorteIDH *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005.

CorteIDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (Voto razonado del juez Einer Elías Biel Morales), de 30 de junio de 2009.

CorteIDH "Panel Blanca" *Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala* (Voto razonado del juez Edgar E. Larraondo Salguero), de 25 de enero de 1996.

CorteIDH *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012.

CorteIDH *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá* (Excepciones Preliminares), de 18 de noviembre de 1999.

CorteIDH *Blake vs. Guatemala*, de 2 de julio de 1996.

CorteIDH *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, de 21 de enero de 1994.

CorteIDH *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, de 21 de noviembre de 2007.

CorteIDH *Chitay Nech y Otros vs. Guatemala*, de 25 de mayo de 2010.

CorteIDH *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, de 1 de julio de 2011.

CorteIDH *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005.

CorteIDH *Contreras y Otros vs. Salvador*, de 31 de agosto de 2011.
CorteIDH *Díaz Peña vs. Venezuela*, de 26 de junio de 2012.
CorteIDH *Durand y Ugarte vs. Perú*, de 16 de agosto de 2000.
CorteIDH *Garibaldi vs. Brasil* (Voto razonado del juez Roberto de Figuerido Caldas), de 23 de septiembre de 2009.
CorteIDH *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011.
CorteIDH *Gomes Lund y Otro vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2011.
CorteIDH *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008.
CorteIDH *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (Voto razonado del juez Cañado Trindade), de 1 de marzo de 2005.
CorteIDH *La Cantuta vs. Perú* (Voto razonado del juez A. Cañado Trindade), de 30 de noviembre de 2007.
CorteIDH *López Álvarez vs. Honduras* (Voto razonado del juez Cañado Trindade), de 1 de febrero de 2006.
CorteIDH *López Mendoza vs. Venezuela* (Voto razonado del juez García-Sayán), de 1 de septiembre de 2011.
CorteIDH *Masacre de Mapiripan vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005.
CorteIDH *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Voto razonado del juez A. Cañado Trindade), de 2 de agosto de 2008.
CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (Voto razonado del juez García-Sayán), de 3 de marzo de 2011.
CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de marzo de 2011.
CorteIDH *Usón Ramírez vs. Venezuela*, de 20 de noviembre de 2009.
CorteIDH *Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia*, de 27 de noviembre de 2008.
CorteIDH *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.
CorteIDH, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982.
STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, 4 de mayo de 2001.
STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 5 de mayo de 1998.
STEDH *L.C.B. vs. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998.
STEDH *Opuz vs. Turquía*, de 9 de junio de 2009.
STEDH *Tas vs. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000.
STEDH *Akdivar vs. Turquía*, de 16 de septiembre 1996.
STEDH *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, de 7 de julio de 2011.
STEDH *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, de 7 de julio de 2011.
STEDH *Al-Skeini y Otros vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011.
STEDH *Anguelova vs. Bulgaria* (Voto disidente del juez Maltés), 13 de junio de 2002.
STEDH *Aydin vs. Turquía*, de 25 de septiembre de 1997.
STEDH *Bankovic y Otros vs. Bélgica y Otros*, de 12 de diciembre de 2011 (Gran Sala).
STEDH *Bayatyan vs. Armenia*, 7 de julio de 2011.
STEDH *Bitiyeva y X vs. Rusia*, de 21 de junio de 2007.
STEDH *Çakici vs. Turquía*, de 8 de julio de 1999.
STEDH *Chipre vs. Turquía*, de 10 de mayo de 2001.

- STEDH *Cicek vs. Turquía* (Voto disidente del juez Rait Maruste), de 27 de febrero de 2001.
- STEDH *Cruz Varas y Otros vs. Suecia*, de 20 de marzo de 1991.
- STEDH *Demopoulos y Otros vs. Turquía*, de 1 de marzo de 2010.
- STEDH *Ergi vs. Turquía*, de 28 de julio de 1998.
- STEDH *Ertak vs. Turquía*, DE 9 de mayo de 2000.
- STEDH *Foti y Otros vs. Italia*, de 10 de diciembre de 1982.
- STEDH *Gafgen vs. Alemania*, 1 de junio de 2010.
- STEDH *Hasan Ilhan vs. Turquía* (Voto disidente del Loukis Loucaides), de 9 de noviembre de 2004.
- STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, de del 4 de mayo de 2001.
- STEDH *Klein vs. Rusia*, de 1 de abril de 2010.
- STEDH *Konstantin Markin vs. Rusia* (Voto disidente del juez Paulo Pinto de Albuquerque), de 22 de marzo de 2012.
- STEDH *Kurt vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998.
- STEDH *Mamatkoulov et Abdurasulovic vs. Turquía*, de 6 de febrero de 2003
- STEDH *Mamatkoulov y Askarov vs. Turquía*, de 4 de febrero de 2005.
- STEDH *McKerr vs. Reino Unido*, de 4 de mayo de 2001
- STEDH *Ocalan vs. Turquía*, de 12 de marzo de 2003
- STEDH *Opuz vs. Turquía*, de 12 de mayo de 2005 y (Sección Tercera) de 9 de junio de 2009.
- STEDH *Palomo Sanchez y Otros vs. España* (Votos disidentes), de 12 de septiembre de 2011.
- STEDH *Radilla Pacheco vs. México*, de 23 de noviembre de 2009.
- STEDH *Sergeui Zolotoukhine vs. Rusia*, de 10 de febrero de 2009.
- STEDH *Silih vs. Eslovenia*, de 9 abril de 2009.
- STEDH *Tas vs. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000.
- STEDH *Timurtas vs. Turquía*, de 13 de junio de 2000.
- STEDH *Varnava y Otros vs. Turquía*, de 18 de septiembre de 2009.
- STEDH *Velikova vs. Bulgaria* (Decisión de Admisibilidad), de 18 de mayo de 1999.
- STEDH *Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*, de 18 de junio de 1971.
- STEDH *Zontul vs. Grecia*, de 17 de enero de 2012.
- STEDH, *Hirsi Jamaa y Otros vs. Italia*, de 23 de febrero de 2012.

TERCERA PARTE

PERSPECTIVA VERTICAL: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS

7

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y OTRAS EXIGENCIAS DE ADMISIBILIDAD

Itziar Gómez Fernández y Carmen Montesinos Padilla
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Este capítulo explora la garantía de la protección de los derechos humanos, dejando de lado los relativos a la promoción de los derechos humanos y a la función consultiva. Las funciones en que se vertebra este eje se reparten entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), generando por ello serias dificultades de caracterización, o de definición de la naturaleza del mecanismo de garantía, dificultad acentuada por la compleja naturaleza de ambos órganos, uno, la Comisión, fundamentalmente político y otro, la Corte, genuinamente jurisdiccional.

1. INTRODUCCIÓN

En capítulos previos de este manual se ha visto ya como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) articula en torno a tres ejes la labor de promoción y defensa de los derechos humanos, estableciendo al respecto diversas funciones que distribuye entre los dos órganos fundamentales de supervisión y garantía de cumplimiento de la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

El eje en que centramos la atención de este capítulo es el de garantía de la protección de los derechos humanos, dejando de lado los relativos a la promoción de los derechos humanos y a la función consultiva. Las funciones en que se vertebra este eje se reparten entre la CIDH y la CorteIDH, generando por ello serias dificultades de caracterización, o de definición de la naturaleza del mecanismo de garantía, dificultad acentuada por la compleja naturaleza de ambos órganos, uno, la Comisión, fundamentalmente político y otro, la Corte, genuinamente jurisdiccional.

Entre los autores que estudian el Sistema Interamericano de garantía de los Derechos Humanos (SIDH) pueden encontrarse quienes afirman que siendo la Comisión un órgano eminentemente político, las

funciones que tiene atribuidas se impregnan también de esa indiscutida naturaleza. Pero lo cierto es que parte de esas funciones tiene un mayor peso jurisdiccional que político, pues se centran en el examen de admisibilidad de los asuntos que, en su día y en su caso, conocerá la Corte Interamericana¹. Si bien la Comisión posee un alto grado de discrecionalidad al valorar el mérito de los asuntos que llegan a ella, lo que condiciona la superación de la fase de admisión que exige llegar a la Corte Interamericana, no deja de ser cierto que ese grado de discrecionalidad lo poseen también el Tribunal Supremo de Estados Unidos al recurrir al *writ of certiorary*, el Tribunal Constitucional español al valorar la concurrencia del requisito de poseer especial trascendencia constitucional un asunto, o el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin pretensiones de resolver esta controversia doctrinal acerca de la naturaleza del examen de admisibilidad, calificamos el mismo como fase prejurisdiccional de admisión, porque en la misma, independientemente de la naturaleza del órgano que tiene atribuido su conocimiento, se ventilan cuestiones innegablemente procesales. Y aunque esas cuestiones convivan con otras de naturaleza, trascendencia y connotaciones políticas que no deben obviarse a la hora de efectuar un análisis de la fase de admisión, estimamos que el peso del carácter jurisdiccional de las mismas ha de prevalecer en la caracterización ahora realizada, apartándonos conscientemente de la posición que sostiene que la naturaleza del órgano que desarrolla una función se comunica indefectiblemente con la función realizada.

2. EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA: UNA FASE PREJURISDICCIONAL DE ADMISIÓN

La función de garantía de los Derechos Humanos, respecto de la cual la Comisión actúa como órgano cuasi-judicial, se articula en torno a un procedimiento que puede ser incoado tanto por los Estados Miembros de la OEA², como a resultas de una “petición individual” (arts. 44 y 45.2 CADH).

¹ La propia CorteIDH se ha referido a las “funciones cuasi-jurisdiccionales de la Comisión” en su Opinión Consultiva OC-19/05, de 28 de noviembre de 2005, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos), pág. 4.

² A fecha de hoy sólo podemos referirnos a dos supuestos de comunicaciones interestatales en el marco del SIDH: CIDH, Informe 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua vs. Costa Rica*, de 8 de marzo de 2007 y Petición Interestatal P-02 *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador vs. Colombia)*, habiendo sido este último declarada admisible por la CIDH en su Informe 112/10, de 21 de octubre de 2010.

En las siguientes páginas nos centraremos en el procedimiento que se deriva del planteamiento de una “petición individual”, que puede definirse no solo como mecanismo de garantía, sino también como un derecho autónomo, o como una garantía procesal específica integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, que favorece el ejercicio de los demás derechos consagrados en la Convención. Si cargamos las tintas en la dimensión del recurso individual como derecho, es preciso recordar que los Estados signatarios de la CADH se obligan a permitir el ejercicio de la acción individual y a eliminar cualquier inconveniente que pudiera obstaculizarlo³.

Fases de procedimiento

Una vez presentada la petición individual ante la Comisión se inicia un procedimiento que, regulado en los arts. 48-50 CADH, consta esencialmente de cinco fases: (a) el establecimiento por la Comisión de su competencia para conocer del caso; (b) el desarrollo de la fase de admisión de la petición en sentido estricto; (c) el establecimiento de los hechos que han dado origen a la petición; (d) la mediación de la Comisión para procurar un arreglo amistoso entre las partes y (e) la decisión de la Comisión mediante la elaboración del correspondiente informe.

De todas esas fases, la primera y la segunda son las que tiene un carácter jurisdiccional más marcado y por eso vamos a centrarnos específicamente en ellas, porque favorecen una aproximación más jurídica y permiten un análisis más objetivo, y porque su tratamiento aquí es más útil, al ofrecer las pautas mínimas imprescindibles para facilitar el acceso de un caso de violación de derechos al sistema interamericano de protección.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA PARA CONOCER DE LA DEMANDA

Antes de dar curso a la tramitación de una petición individual, la Comisión debe cerciorarse de que concurren los presupuestos que le confieren competencia para conocer dicha petición de acuerdo con la CADH.

3.1. Competencia *ratione personae*

Denunciado. Respecto del denunciado, la Comisión debe distinguir si se trata o no de un Estado parte de la CADH. En el primer caso, la

³ En este sentido puede verse el voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE en: CorteIDH, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, de 4 de septiembre de 1998.

Comisión será competente para conocer de las peticiones respecto de presuntas violaciones de los derechos protegidos por la propia Convención (art. 44 CADH y arts. 23 y 26-50 RCIDH⁴). En el segundo, esto es, en el caso de peticiones dirigidas contra Estados miembros de la OEA que no sean parte de la CADH, la Comisión podrá conocer de las denuncias de vulneración de los derechos protegidos por la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁵ (DADH) (arts. 51-52 RCIDH y, por remisión, arts. 28-44 y 47-49 RCIDH)⁶.

Denunciante. Por otro lado, la legitimación activa para presentar peticiones individuales ante la CIDH corresponde a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA (art. 44 CADH). En definitiva, la legitimación para recurrir a la Comisión se define de forma amplia y no se encuentra condicionada o sujeta a calificaciones especiales ni limitación alguna pues, si bien en el caso de las organizaciones no gubernamentales se exige el registro o reconocimiento legal en uno o más Estados miembros de la OEA, de no cumplirse tal requisito la petición no será rechazada porque, en todo caso, la misma provendría de un grupo de personas que, como tal, no tiene que cumplir ningún requisito ni condición especial⁷. Incluso, en una interpretación muy amplia de la Convención, la CIDH ha considerado que las empresas, o las personas jurídicas de carácter privado, pueden asimilarse a la noción de “entidad no gubernamental legalmente reconocida” por alguno de los Estados de la OEA⁸. Además, es una

⁴ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y modificado el 2 de septiembre de 2011.

⁵ Sobre la competencia de la CorteIDH para interpretar la DADH puede verse su Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1986, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, especialmente párs. 2, 36, 41, 44 y 45.

⁶ Recuérdese que las comunicaciones estatales sólo están previstas respecto de los Estados parte de la CADH y, a diferencia de las peticiones individuales, respecto de las cuales la Comisión adquiere jurisdicción de forma automática, en el caso de las comunicaciones el Estado, además de haber ratificado la Convención, debe haber declarado expresamente que acepta la competencia de la CIDH (art. 45.2 CADH). En otras palabras, para poder presentar una comunicación contra otro Estado se necesita: a) ser Estado parte de la CADH; b) haber aceptado la competencia de la CIDH; c) que el Estado denunciado también haya aceptado la competencia de la Comisión.

⁷ CorteIDH, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, de 4 de septiembre de 1998, pág. 76, letra a.

⁸ Informe nº 39/99, Petición MEVOPAL S.A. (Argentina), 11 de marzo de 1999, pág. 12. Con posterioridad y en términos más generales, la CorteIDH ha resuelto reconocer legitimación activa a las personas morales bajo la consideración de que “en general, los derechos y obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen

práctica corriente la adhesión a la petición presentada previamente por otra persona o grupo de personas, si bien para ello es indispensable la aceptación de la adhesión por el peticionario inicial⁹.

Víctimas de la agresión. El peticionario no necesariamente tendrá que ser la víctima de la violación que se alega, una persona directamente vinculada a ella o su representante, porque en el SIDH las nociones de peticionario y víctima son diferentes, de modo que si bien éstas pueden coincidir, dicha coincidencia no constituye una *condictio sine qua non* para la admisión de la petición¹⁰, lo que supone que la presunta víctima no necesita otorgar consentimiento para la presentación o tramitación de la petición¹¹.

La víctima y el peticionario pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas. Si bien en principio la noción de víctima queda directamente vinculada a la condición de persona física, desde el momento en que el texto del Preámbulo de la CADH reconoce que los derechos esenciales del hombre “*tienen como fundamento los atributos de la persona humana*” y reitera la necesidad de crear condiciones que permitan a cada persona “*realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria*”¹², lo cierto es que tanto la Comisión como la Corte, siendo más flexibles, se han referido también, de una u otra forma, a los derechos de las personas jurídicas¹³.

3.2. Competencia *ratione materiae*

En principio, la Comisión es competente para examinar peticiones en las que se aleguen violaciones de los derechos humanos contenidos en la DADH, la CADH y otros tratados interamericanos de derechos

o que actúan en su nombre o representación”. CorteIDH, *Cantos vs. Argentina*, de 7 de septiembre de 2001, párs. 27-29.

⁹ Entre otras, CorteIDH, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, de 14 de marzo de 2001, pár. 13.

¹⁰ Cfr. CIDH, Resolución n° 59/81, caso 1954 (Uruguay), de 16 de octubre de 1981.

¹¹ Hay que tener presente que, en cualquier caso, lo que es necesario es la individualización de la víctima y es por ello que la Comisión se ha negado a iniciar el procedimiento mientras no se hubiera procedido a tal individualización. Vid. CIDH, Caso 11.625, *Morales de Sierra vs. Guatemala*, Informe 04/01 (Guatemala), párs. 4-18. No obstante, nos referimos a la individualización de la víctima en el marco de las competencias de la Comisión respecto de las peticiones individuales, es decir, es posible que la CIDH se pronuncie respecto de normas nacionales *in abstracto* en el ejercicio de otras funciones que le son propias. Vid., CorteIDH, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, pár. 49.

¹² CIDH, Informe n° 39/99, Petición MEVOPAL, S.A., Argentina, de 11 de marzo de 1999.

humanos (art. 44 CADH y arts. 27 y 51 RCIDH).

Ahora bien, existen algunas dudas respecto de esta interpretación de la competencia material de la Comisión, provocadas por la significativa diferencia de redacción existente entre el art. 44 CADH, relativo al derecho de petición individual, y el art. 45 CADH, relativo a las comunicaciones estatales, así como por la interpretación sistemática de ambos preceptos.

Aunque según lo dispuesto en el art. 44 CADH, las peticiones presentadas ante la Comisión deberán referirse a “denuncias o quejas de violación de (esta) Convención” por un Estado parte, lo que parecería indicar que las denuncias pueden referirse tanto a la violación de los derechos consagrados en la Convención como al incumplimiento de las obligaciones de los Estados en ella contenidas, la Comisión y la propia Corte han hecho una interpretación más restrictiva de las competencias de la primera.

Apoyándose en el art. 47.b CADH, que parece restringir las competencias de la CIDH a las presuntas violaciones de los derechos reconocidos en la Convención (y no a la totalidad de sus preceptos) al determinar que “(l)a Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 o 45 cuando (...) b. no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención”¹⁴, el art. 27 RCIDH limita sus competencias al examen de peticiones o comunicaciones sobre presuntas vulneraciones de los derechos humanos consagrados en la CADH y otros instrumentos aplicables (que concreta el art. 23 de dicho Reglamento)¹⁵.

En cualquier caso, los órganos de la CADH no tienen competencia para conocer de peticiones o comunicaciones relativas a la violación de derechos sobre los que el Estado denunciado hubiera formulado una

¹³ Entre otras, CorteIDH, *Cantos vs. Argentina*, de 7 de septiembre de 2001, párs. 22, 23, 27, 28 y 29.

¹⁴ En sintonía con lo previsto en el art. 47 CADH, el art. 34.1.a del RCIDH establece que la misma declarará inadmisibile cualquier petición o caso cuando “no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos a que se refiere el artículo 27 del presente Reglamento”.

¹⁵ En sus informes sobre admisibilidad, la CIDH efectivamente analiza si es competente para conocer de la petición en virtud de la referencia a violaciones de los derechos humanos protegidos por la CADH, la DADH u otros instrumentos aplicables excluyendo, por tanto, el examen de presuntas violaciones del resto de disposiciones del texto convencional. Entre los más recientes, pueden consultarse el Informe 65/12 (Petición 1671/02. Admisibilidad. *Alejandro Peñafiel Salgado*, Ecuador) de 29 de marzo de 2012 (pár. 30); Informe 63/12 (Petición 1762-11. Admisibilidad. *Virgilio Maldonado Rodríguez*, Estados Unidos), de 29 de marzo de 2012; Informe 62/12 (Petición 1471-05. Admisibilidad. *Yenina Esther Martínez Esquivia*. Colombia), de 20 de marzo de 2012 (pár.24); Informe n°174/11 (Petición 342-02, Inadmisibilidad, *Joel Arriaga Navarro*, México) de 4 de noviembre de 2011 (pár. 23).

reserva, ello sin obviar que la Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (art. 75 CADH).

La determinación de la competencia en razón de la materia no implica un análisis de los méritos de la petición o comunicación, tarea que, en principio, corresponde esencialmente a la CorteIDH. La Comisión podrá pronunciarse, eventualmente, sobre el fondo de la controversia (art. 51 CADH), pero ello no procede en esta etapa del procedimiento, cuya única función es establecer la competencia de la Comisión respecto de la petición o comunicación que le ha sido sometida.

3.3. Competencia *ratione loci*

El art. 1 CADH establece que los Estados parte en la Convención se comprometen a respetar los derechos en ella reconocidos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté “sujeta a su jurisdicción”. La condición de que la víctima se encuentre sujeta a la jurisdicción del Estado parte debe cumplirse al momento de producirse la violación, careciendo de relevancia lo que pueda ocurrir en un momento posterior.

3.4. Competencia *ratione temporis*

La petición o comunicación debe recaer sobre hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la CADH respecto del Estado denunciado y mientras ella permanezca en vigor¹⁶. No obstante lo anterior, en el sistema interamericano los Estados no pueden reclamar ante la CIDH que no tienen obligación alguna de respetar y garantizar los derechos humanos antes de la entrada en vigor de la CADH, ya que todos los Estados miembros de la OEA estaban sujetos, con carácter previo a la vigencia de la Convención, a las normas de la DADH, respecto de cuya interpretación, como hemos visto, la Comisión es competente.

3.4.1. Las violaciones de derechos humanos anteriores a la entrada en vigor de la CADH.

La Comisión será competente para conocer de una petición o comunicación que denuncie una violación continuada de derechos humanos iniciada antes de la entrada en vigor de la Convención para el Estado denunciado, si dicha violación subsiste con posterioridad a esa entrada en vigor, y sólo respecto de los hechos ocurridos en ese lapso de tiempo posterior¹⁷.

¹⁶ Cfr. CIDH. Informe nº 26/88, Caso 10.109 (Argentina), de 13 de septiembre de 1988.

Las leyes de amnistía o punto final

Un problema particular a este respecto lo plantean las denominadas Leyes de amnistía o punto final. La CIDH ha concluido, en reiteradas ocasiones, que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de graves violaciones de los derechos humanos tornan ineficaces y sin valor las obligaciones que los Estados partes han asumido en virtud del art. 1.1 CADH, por lo que dicha aplicación constituye una violación del precepto convencional en cuestión. En cuanto al art. 2 CADH, la CIDH ha declarado que el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la CADH integra también una obligación negativa de los Estados miembros de abstenerse de dictar leyes que eliminen, restrinjan, anulen o hagan ineficaces los derechos y libertades en la misma reconocidos. En consecuencia, a la luz de las circunstancias, fines y efectos de las leyes de amnistía, la Comisión ha declarado que estas normas violan el art. 2 CADH. No obstante todo lo anterior, la CIDH no puede anular las leyes de amnistía o perdón, sino que se limita a realizar recomendaciones en cuanto al pago de compensaciones, la adopción de medidas adecuadas para la clarificación de los hechos y la identificación de los responsables, la adaptación de la legislación nacional a las disposiciones de la Convención o recomendaciones sobre la conveniencia de dicha anulación¹⁸.

Por último, respecto de las competencias estatutarias de la Comisión hacia los países de la OEA no firmantes de la Convención, el punto de referencia temporal que habilita la jurisdicción de la Comisión es su ingreso en la OEA.

3.4.2. Las violaciones de derechos humanos posteriores al cese de vigencia de la CADH para un Estado

Sabiendo que la denuncia de la Convención por parte de un Estado pone término a la competencia de la CIDH para recibir peticiones o comunicaciones que aleguen violaciones de los derechos humanos en dicho Estado (art. 78 CADH), no puede olvidarse que la propia Convención afirma que la denuncia de la misma “no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia se produce”.

¹⁷ Cfr CIDH. Resolución nº 26/88, caso 10.109, Argentina, del 13 de septiembre de 1988, párs. 4, 5 y 6 de las conclusiones; Informe 46/05, Petición 786/03, Admisibilidad, *Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña c. Bolivia*, 12 de octubre de 2005, pár. 36.

¹⁸ Algunos ejemplos de casos relativos a leyes de amnistía planteados ante la CIDH pueden encontrarse en GÓNGORA MERA, M.E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Deutsche Forschungsgemeinschaft, Inter-American Institute of Human Rights, San José C.R., 2011, pp. 34-41.

4. EL CONTENIDO FORMALMENTE EXIGIBLE DE LA PETICIÓN

4.1. Oralidad o escritura

Existe una exigencia implícita de presentación por escrito de las peticiones (art. 46.1.d) CADH, y art. 28.a RCIDH), al contemplarse que las mismas estén debidamente “firmadas”.

A pesar de ello, y aunque con carácter excepcional, la Comisión ha recibido peticiones orales en el curso de sus investigaciones *in loco*¹⁹ e, incluso, también ha recibido y tramitado peticiones vía telefónica cuando existen suficientes garantías de la seriedad de la denuncia y de quien la presenta²⁰.

La sencillez de este recurso no requiere de la intervención de un abogado para su presentación o tramitación, sin perjuicio del derecho que tiene el peticionario de designar a uno para que lo asista o represente ante la Comisión²¹.

4.2. Identificación de las partes en el proceso, del objeto y del parámetro de enjuiciamiento del mismo

Según el art. 28 RCIDH, las peticiones dirigidas a la Comisión deben contener:

- a) *El nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales. Con esta exigencia se pretende evitar las quejas o denuncias anónimas.*
- b) *Si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado²²;*
- c) *La dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico;*
- d) *Una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas;*

¹⁹ CIDH, Resolución 26/83, Caso nº 5671 (Argentina), de 4 de octubre de 1983.

²⁰ CIDH, Resolución nº 11/84, caso nº 9274 (Uruguay), de 3 de octubre de 1984.

²¹ Así se deduce del art. 23 *in fine* del Reglamento de la Comisión y se especifica en el folleto informativo sobre el sistema de peticiones y casos ante la CIDH, disponible en www.oas.org/es/cidh/mandato/peticiones.asp. Además, la propia CorteIDH ha resuelto que “El acceso del individuo al Sistema Inetaramericano de Protección de los Derechos Humanos no puede ser restringido con base en la exigencia de contar con representante legal”. Vid., CorteIDH, *Yatama vs Nicaragua*, de 23 de junio de 2005, pár. 82.

²² Al transmitir al Gobierno del Estado denunciado las partes pertinentes de una petición y salvo autorización expresa, se omitirá la identidad del peticionario (art. 30.2 RCIDH).

- e) *De ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada*²³;
- f) *La indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la CADH y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al artículo presuntamente violado;*
- g) *El cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 RCIDH;*
- h) *Las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 RCIDH;*
- i) *La indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 RCIDH.*

5. LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión se exige que:

- a) Se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna²⁴,
- b) Sea presentada dentro de un plazo de 6 meses a partir de que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva²⁵;

²³ Vid. al respecto arts. 23, 28.e, 32.1 y 34 RCIDH. Uno de los principales problemas que se plantea a este respecto es la posibilidad de alegar ante la CIDH la existencia de normas jurídicas cuya sola existencia amenaza el ejercicio de los derechos protegidos por la CADH y demás instrumentos aplicables, sin que exista todavía una víctima concreta. Para la Comisión, en toda petición individual debe haber una víctima concreta, no bastando con la violación de la Convención si ella no se ha materializado en la violación de los derechos de una persona. Sin embargo la CorteIDH ha sido más flexible en su interpretación, al entender que entre los compromisos contraídos por los Estados parte y sobre los que tanto la CIDH como la CorteIDH tienen competencia en virtud del art. 33 CADH, figura la obligación general de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en el art. 1 CADH. Entre dichas medidas se incluye la obligación de no expedir leyes que desconozcan los derechos convencionalmente reconocidos u obstaculicen su ejercicio, así como la de suprimir o modificar las normas internas que tengan estos últimos alcances, suponiendo el incumplimiento de tales obligaciones una violación del art. 2 CADH.

²⁴ Las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos se recogen en el art. 46.2 CADH y en el art. 31 RCIDH.

²⁵ Según el art. 32.2 RCIDH, en los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la petición deberá presentarse dentro de un plazo razonable, para cuya determinación la Comisión considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso.

- c) La materia de la petición o comunicación no esté pendiente en otro procedimiento de arreglo internacional²⁶;
- d) La petición individual contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición (art. 46 CADH).

5.1. El agotamiento de los recursos internos

Para que una petición o comunicación sea admisible es indispensable que previamente se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (arts. 46.1.a CADH y 31.1 RCIDH).

5.1.1. ¿Requisito de admisibilidad o derecho de los Estados?

En el Preámbulo de la CADH se señala que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos”, noción ésta reiterada tanto por la CorteIDH²⁷, como por la CIDH²⁸. Así pues, la exigencia del previo agotamiento de los recursos internos se asocia al carácter subsidiario del SIDH. Pero en el SIDH el agotamiento de los recursos internos no supone sólo una condición para la admisión de la petición sino, también y sobre todo, un derecho o medio de defensa del Estado denunciado y, como tal, una excepción a la admisibilidad a la que el Estado puede renunciar.

La CorteIDH entiende que el previo agotamiento de los recursos internos constituye un medio de defensa del Estado al que éste puede renunciar, incluso tácitamente²⁹. Esta interpretación obliga al Estado a

²⁶ La Comisión no se inhibirá de considerar las peticiones cuando: a) el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo; o b) el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros (art. 33.2 RCIDH).

²⁷ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, pár. 61; *Godínez Cruz vs. Honduras*, de 20 de enero de 1989, pár. 64; *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, de 15 de marzo de 1989, pár. 85.

²⁸ Entre otros, CIDH, Resolución 15/89, Caso 10.208 (República Dominicana), de 14 de abril de 1989; Informe 39/96, Caso 11.673 (Argentina), de 15 de octubre de 1996, párs. 48-50; Informe 43/04, Petición 306/99, Inadmisibilidad (Costa Rica), *Yamileth Rojas Piedra*, de 13 de octubre de 2004, pár. 69.

²⁹ CorteIDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, de 30 de enero de 1996, párs. 40 y 43; *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 31 de enero de 1996, párs 40 y 43; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, de 4 de septiembre de 1998, pár. 56, y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 1 de enero de 2000, pár. 53; *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, pár. 49; *Hermanas Serrano Cruz vs. Salvador*, de 23 de noviembre de 2004, pár. 135; *Comunidad Moiwana vs Surinam*, de

invocar de manera expresa, clara y oportuna la excepción del no agotamiento de los recursos internos por parte del peticionario. Si el Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos que deberían haberse utilizado, corresponderá al peticionario demostrar que esos recursos fueron agotados o que a su caso resulta aplicable alguna de las excepciones a que se refiere el art. 46.2 CADH³⁰. Se produce, por tanto, una distribución de la carga de la prueba pues si bien al Estado corresponde indicar los recursos internos que deben agotarse y demostrar que éstos son efectivos, al peticionario compete probar que son aplicables las excepciones a la regla del previo agotamiento de los recursos internos³¹.

5.1.2. ¿En qué momento debe plantearse la excepción del no agotamiento de los recursos internos?

No parece deducirse del art. 46.1.a) CADH una obligación expresa de cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos con carácter previo a la presentación de la petición, sino antes de que la Comisión decida admitirla. En definitiva, y tal y como ha reiterado la CorteIDH, la excepción del no agotamiento de los recursos internos debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento³². Pero, ¿a qué momento concreto nos estamos refiriendo?³³

El Reglamento de la CorteIDH indica claramente en qué preciso momento deben plantearse las excepciones preliminares, esto es, en el

15 de junio de 2005, pár. 49; *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005, párs. 60 y 61, y *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 30 de noviembre de 2005, pár. 5. El criterio de la renuncia tácita lo ha seguido la propia CIDH en sus Informes 24/05, Petición 282/04, Admisibilidad, *Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Pitz Barbera vs. Venezuela*, 8 de marzo de 2005, pár. 36; 23/05, Petición 204/04, Admisibilidad, *Narciso Barrios y otros vs. Venezuela*, 25 de febrero de 2005, pár. 38; 68/2005, Petición 12.271, Admisibilidad, *Benito Tide Méndez, Antonio Sensión, Andrea Alezi, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim y Otros vs. República Dominicana*, 13 de octubre de 2005, pár. 36.

³⁰ Vid., art. 31.3 RCIDH. La Corte ha señalado que “no se debe presumir con ligereza que un Estado Parte en la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces”. Vid., CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, pár. 60; *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, pár. 63 y *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, de 15 de marzo de 1989, pár. 84.

³¹ CorteIDH, Opinión Consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), pár. 41.

³² CorteIDH, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, de 4 de septiembre de 1998, párs. 56.

³³ A la necesidad de concretar en el Reglamento de la Comisión este preciso momento en el que el Estado denunciado puede oponer las excepciones preliminares a la admisibilidad de la petición se refirió el juez MONTIEL ARGÜELLO en su voto concurrente (pár. 6) a la sentencia de la CorteIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 1 de febrero de 2000.

momento en el que el Estado denunciado responde al “escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del plazo improrrogable de dos meses contado a partir de la recepción de este último” (arts. 41-42 RCorteIDH)³⁴.

La excepción del no agotamiento de los recursos internos debe interponerse, por tanto, en las primeras fases del proceso ante la Comisión, es decir, con carácter previo a la consideración de los méritos del asunto³⁵, pues en caso contrario se entenderá que ha habido una renuncia tácita al planteamiento de tal excepción preliminar³⁶.

5.1.3. Contenido: recursos adecuados y eficaces

El agotamiento de los recursos internos supone haber utilizado las vías de recurso que estaban a disposición del peticionario en la jurisdicción interna, lo que incluye los recursos cuyo conocimiento corresponde a una autoridad judicial nacional de acuerdo con un procedimiento pre-establecido, y cuyas decisiones poseen fuerza ejecutoria³⁷.

³⁴ El vigente Reglamento de la CorteIDH fue aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

³⁵ CorteIDH, *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, de 7 de febrero de 2006, pár. 124.

³⁶ Venezuela desafió recientemente la posición de la Corte respecto de la posibilidad de renunciar al planteamiento de la objeción del no agotamiento de los recursos internos argumentando que “[l]os principios del Sistema Interamericano, recogidos en el Preámbulo de la Convención Americana, no pueden ser renunciados ni expresa ni tácitamente por los Estados” y dado que “[s]in la plena y absoluta vigencia del artículo 46 de la Convención, el carácter coadyuvante o complementario del Sistema Interamericano de protección [...] resulta absolutamente desprotegido y menoscabado”. Además, el Estado señaló que “el requisito de agotamiento de los recursos internos constituye una condición objetiva de admisibilidad que puede ser alegado y revisado, incluso de oficio, en cualquier etapa o instancia del proceso internacional”. Finalmente, expuso que la renuncia tácita “se contradice con posiciones adoptadas por [la] Corte Interamericana, acerca de su facultad para subsanar los errores procedimentales de las partes”. A todo ello la Corte respondió que “(l)o que el Estado pretende es que el Tribunal modifique su jurisprudencia constante en la cual se afirma que si la excepción de no agotamiento de los recursos internos no es interpuesta oportunamente, se ha perdido la posibilidad de hacerlo. Aunque es efectivo que la supervisión de la Corte Interamericana es supletoria, la propia Convención dispone que la regla de agotamiento de los recursos internos debe interpretarse conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, entre los cuales se encuentra aquél que consagra que el uso de esta regla es una defensa disponible para el Estado y por tanto deberá verificarse el momento procesal en el que la excepción ha sido planteada. De no presentarse en su debido momento ante la Comisión, el Estado ha perdido la posibilidad de hacer uso de ese medio de defensa ante este Tribunal. Lo anterior ha sido reconocido no sólo por esta Corte sino por la Corte Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, el Tribunal concluye que la interpretación que ha dado al artículo 46.1.a de la Convención por más de 20 años está en conformidad con el Derecho Internacional”. CorteIDH, *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, de 30 de junio de 2009, párs. 17-22.

³⁷ CorteIDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 31 de enero de 1996, párrafo 38, letra d. Quedan excluidas las cuestiones incidentales y las sentencias interlocutorias. Cfr. CIDH, Resolución N° 15/89, Caso 10.208 (República Dominicana), de 14 de abril de 1989, párrafos 11 y 14.

La exigencia de haber acudido a la vía interna de protección de los derechos no obliga al agotamiento de *todos* los recursos existentes en el ordenamiento interno. La propia CorteIDH ha sugerido que sólo existe obligación de agotar los recursos ordinarios³⁸.

Recursos “adecuados y efectivos”

En cualquier caso, ya sean ordinarios o extraordinarios y tal y como se desprende de las excepciones contempladas en el art. 46.2 CADH, los recursos deben ser “adecuados”³⁹ y “efectivos”⁴⁰.

Que se trate de recursos *adecuados* significa “que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”⁴¹, de modo que “(s)i, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada para producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”⁴². Para que tales recursos existan, no basta con que estén previstos por la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que se requiere que sean realmente idóneos para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla⁴³, así como que dichos recursos estén efectivamente disponibles⁴⁴.

(Sigue en la página 227)

³⁸ CorteIDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, de 3 de septiembre de 1998, párr. 33 y, en el caso de la CIDH, Informe 51/03, Petición 11.819, Admisibilidad, *Christian Daniel Domínguez Domenichetti, Argentina*, 24 de octubre de 2003, párr. 45. Por poner un ejemplo concreto, la CorteIDH, en su sentencia (párr. 85) en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, reconoció que la acción de inconstitucionalidad “es de carácter extraordinario, y tiene por objeto el cuestionamiento de una norma y no la revisión de un fallo. De esta manera, dicha acción no puede ser considerada como un recurso interno que deba necesariamente ser siempre agotado por el peticionario”.

³⁹ La CIDH ha señalado, por ejemplo, que en los casos que involucran desapariciones forzadas los pronunciamientos de carácter contencioso-administrativo no constituyen, en general y por sí solos, mecanismos adecuados para reparar las correspondientes violaciones de derechos humanos. En este sentido, CIDH, Informe 73/05, Petición 4.534/02-Admisibilidad, *Óscar Iván Tabares Toro c. Colombia*, 13 de octubre de 2005, párr. 26.

⁴⁰ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, párr. 63; *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 66; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, de 15 de marzo de 1989, párr. 87. Vid. CIDH, Informe 09/05, Petición 1/03-Admisibilidad, *Elias Gattas Sahih c Ecuador*, 23 de febrero de 2005, párrs. 30-32.

⁴¹ Así, por ejemplo, la CorteIDH ha reiterado en numerosas ocasiones que el habeas corpus constituye la mejor forma de controlar el respeto por la vida humana, evitar las desapariciones o la indeterminación del lugar de la detención, así como para proteger a alguien contra tratos inhumanos y degradantes (entre muchas otras, CorteIDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, de 1 de marzo de 2005). Del mismo modo, en función de las circunstancias específicas del caso y siendo éste uno de los recursos más utilizados en el ámbito latinoamericano, el amparo puede utilizarse frente a situaciones de detención, para impugnar un procedimiento de despido tras un juicio político o incluso frente a masacres. En ese sentido puede verse el reciente pronunciamiento de la CorteIDH en el asunto *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009, párrs. 106-124.

⁴² CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, párr. 64; *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 67; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, de 15 de marzo de 1989, párr. 88.

Y que se trate de recursos *efectivos* supone que los mismos sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos⁴⁵. En opinión de la Corte, un recurso “*puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente*”⁴⁶. Además, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ser ilusorios⁴⁷. Así, se considera que un recurso es ilusorio cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial del Estado de que se trate carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos o cuando hay denegación de justicia, retardo injustificado en la decisión o se impide el acceso del presunto lesionado al recurso judicial⁴⁸.

5.1.4. Excepciones: el análisis conjunto con el fondo

La exigencia de previo agotamiento de los recursos internos, como condición de admisibilidad de la petición ante la CIDH admite excepciones (arts. 46.2 CADH y 31 RCIDH) con las que se pretende evitar que “*la regla del previo agotamiento (...) detenga o demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa*”⁴⁹.

Excepciones

El art. 46.2 CAD señala tres excepciones a la regla del agotamiento previo de los recursos internos, de modo que el cumplimiento de este requisito no se exigirá cuando:

- No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos presuntamente vulnerados. Esta excepción supone, fundamentalmente, que en el trámite de dichos recursos no se observen las garantías judiciales previstas en el art. 8 CADH⁵⁰.

(Sigue en la página 228)

⁴³ Cfr. por ejemplo, CorteIDH, *Ivcher Bronstein vs Perú*, de 6 de febrero de 2001, pár. 136; *Cantoral Benavides vs. Perú*, de 18 de agosto de 2000, pár. 164, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, párrafo 113.

⁴⁴ CorteIDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, de 3 de septiembre de 1998, pár. 29, letra a).

⁴⁵ CorteIDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, de 20 de enero de 1989, pár. 69.

⁴⁶ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, pár 66; *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, pár. 69; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, de 15 de marzo de 1989, pár. 91.

⁴⁷ CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2000, pár. 191; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, pár. 114, ‘*Cinco Pensionistas*’ vs. Perú, de 28 de febrero de 2003; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, de 7 de junio de 2003, pár. 121. Cfr. También, CorteIDH, Opinión Consultiva OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987, párrafo 24.

⁴⁸ CorteIDH, *Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein) vs. Perú*, de 6 de febrero de 2001, párs. 136 y 137.

⁴⁹ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, párrafo 93; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, párrafo 92, y *Godínez Cruz vs Honduras*,

- No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos. Esta excepción supone bien que ha existido un acto del Estado que físicamente no permitiera al individuo tener acceso a los recursos internos, bien que se han dado circunstancias objetivas o subjetivas que no han hecho posible acceder a los mismos⁵¹.
- Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. Dado que el concepto de “retardo injustificado” puede resultar demasiado ambiguo o subjetivo, se han concretado algunos elementos que permiten definir con mayor precisión su contenido. Así, la duración del trámite de un recurso judicial, considerado aisladamente, puede ser excesiva si supera el plazo previsto por el Derecho interno para la decisión del referido recurso. Además, en relación con la duración razonable del proceso, la CorteIDH tradicionalmente ha señalado que deben tomarse en consideración los siguientes aspectos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales⁵², aspectos a los que, a partir de 2006, se añade el criterio de “la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes del individuo”⁵³.

De este modo, tanto la circunstancia de la ausencia de recursos como la obstaculización en el acceso a los mismos estarían ligadas a la existencia de recursos inadecuados para proteger la situación jurídica infringida, mientras que la dilación injustificada en su decisión, lo estaría a la ineficacia de tales recursos⁵⁴. La CIDH ha interpretado con un criterio amplio y flexible estas excepciones, añadiendo a las que prevé el texto del Convenio la que supone que no se exigirá el previo agotamiento de los recursos internos cuando se trate de casos de violaciones generales de derechos humanos, supuestos en los que los órganos de la Convención entienden bien que no existe Estado de Derecho, bien que no existe el debido proceso legal o que los recursos de la jurisdicción interna no son ni adecuados ni eficaces, por lo que el exigir su agotamiento constituiría

de 26 de junio de 1987, párrafo 95.

⁵⁰ Cfr. la Decisión de la Comisión sobre admisibilidad, caso 9.213, presentado por *Disabled Peoples' International et al. vs. Estados Unidos*.

⁵¹ Cfr. CIDH, Resolución nº 19/87, Caso 9.429, Perú, de 30 de junio de 1987, párs. 6 y 7 de la parte expositiva y pár. 7 de la parte considerativa; CIDH, Informe 10/96, sobre admisibilidad, Caso 10.636, Guatemala, de 5 de marzo de 1996, párs. 41, 42 y 45; CIDH, Informe 5/94, Caso 10.574, El Salvador, de 1 de febrero de 1994, pár. 5.

⁵² CorteIDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, de 29 de enero de 1997, pár. 77; *Suárez Rosero vs. Ecuador*, de 12 de noviembre de 1997, pár. 72; *Hilaire, Constantine y Benjamim y otros vs. Trinidad y Tobago*, de 21 de junio de 2002, pár. 143.

⁵³ CorteIDH, *López Álvarez vs. Honduras*, de 1 de febrero de 2006, pár. 36; *Masacre de Ituango v. Colombia*, de 1 de julio de 2006, párs. 23-36; *Valle Jaramillo vs. Colombia*, de 27 de noviembre de 2008, pár. 155.

⁵⁴ Cfr. en este sentido, PINTO, M., *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 64.

un trámite meramente dilatorio⁵⁵.

En cualquier caso, la regla del agotamiento de los recursos internos se encuentra directamente vinculada a la obligación general, asumida por los Estados, del art. 1 CADH⁵⁶, obligación que tiene su correlativo derecho en el art. 25 de la Convención (en relación con el art. 8.1), lo que dificulta considerablemente una plena disociación entre la regla del previo agotamiento de los recursos internos y el análisis del fondo de la controversia. Así lo ha puesto de manifiesto la CorteIDH al señalar que:

“cuando se invocan ciertas excepciones a la regla del no agotamiento (sic) de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención (sic). En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo”⁵⁷.

Consecuentemente, la CorteIDH ha justificado, tanto para el procedimiento ante la Comisión como en el que sigue ante la Corte, el unir la consideración de estas excepciones junto con la materia de fondo planteada por la petición señalando que es precisamente la inexistencia de recursos internos efectivos la que coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional⁵⁸. No obstante, dada la excepcionalidad de la medida, la oportunidad del análisis conjunto debe estar muy bien fundamentada⁵⁹.

⁵⁵ Por ejemplo, CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2000, pár. 75; *Myrna Mack Yang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, pár. 204.

⁵⁶ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, párrafo 92; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, párrafo 92, y *Godínez Cruz vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, párrafo 95.

⁵⁷ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, pár. 91; *Godínez Cruz vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, pár. 90; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, pár. 93.

⁵⁸ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, pár. 93; *Godínez Cruz vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, pár. 92; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras*, de 26 de junio de 1987, pár. 95.

⁵⁹ Vid. la opinión del juez CANÇADO TRINDADE en su voto disidente en el caso *Genie Lacayo*, CorteIDH, Resolución de 18 de mayo de 1995 (art. 54.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos), pár. 13.

5.1.5. La valoración sobre el cumplimiento o incumplimiento del requisito de admisibilidad: ¿CIDH vs CorteIDH?

Como regla general, corresponde a la Comisión pronunciarse sobre la circunstancia de si se han agotado o no los recursos internos de modo que, cuando el Estado demandado se abstiene de plantear una objeción preliminar ante la Comisión sobre la base de la falta de agotamiento de los recursos internos, ya sea por ignorancia o por negligencia, la objeción no podrá plantearse ante la CorteIDH, pues ello supondría atentar contra la buena administración de la justicia y la estabilidad judicial⁶⁰.

No obstante, la Corte puede eventualmente adquirir competencia para conocer de esta materia, ya sea porque existen discrepancias en torno al criterio de la Comisión, porque ésta ha omitido pronunciarse al respecto o porque el Estado no interpuso la excepción ante la Comisión oportunamente o de manera lo suficientemente explícita. Así, la propia CorteIDH ha señalado que si bien cuando se trata de requisitos de admisibilidad de una queja o denuncia ante la Comisión, corresponde en principio a la misma pronunciarse en primer término,

“(s)i posteriormente en el debate judicial se plantea una controversia sobre si se cumplieron o no los requisitos de admisibilidad ante la Comisión, la Corte decidirá, acogiendo o no el criterio de la Comisión, que no le resulta vinculante del mismo modo que tampoco le vincula su informe final”.⁶¹

De hecho, la CorteIDH ha reiterado con posterioridad la facultad que le es inherente para ejercer su jurisdicción *in toto* en el procedimiento que se siga ante los órganos que componen el SIDH, de modo que ha reconocido su competencia

“para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso”.⁶²

Lo anterior no obsta que hayan existido importantes críticas sobre el reconocimiento de tal competencia⁶³. Es por ello por lo que hoy puede

⁶⁰ CorteIDH, *Gangaram Penday vs. Surenname*, de 4 de diciembre de 1991, pár. 3 del Voto Razonado del juez CANÇADO TRINDADE.

⁶¹ CorteIDH, *Viviana Gallardo y otras*, de 13 de noviembre de 1981, pár. 27.

⁶² Entre otras, CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, de 7 de junio de 2003, párs. 64-65.

⁶³ Puede verse, en este sentido, el pár. 6 del ya referido Voto Razonado del juez CANÇADO TRINDADE a la sentencia de la CorteIDH en el asunto *Grangaram Panday v. Suriname*, de 4 de diciembre de 1991, pár.5, así como su voto razonado a la sentencia de la CorteIDH en el asunto *Castillo Páez*, de 30 de enero de 1996, párs. 1-17 y el voto concurrente separado del mismo juez a la sentencia de la CorteIDH, *Loyza Tamayo*, de 31 de enero de 1996, párs. 1-17.

decirse que, bajo la redacción vigente de los Reglamentos de la Corte y la Comisión, la primera se limitará a conocer de la excepción del no agotamiento de los recursos internos en aquellos supuestos en los que conozca de dicha objeción conjuntamente con el fondo del asunto⁶⁴.

5.2. Plazo de interposición de la demanda

La petición o comunicación debe ser sometida a la consideración de la Comisión dentro del plazo de 6 meses, contados desde la fecha en que la persona presuntamente lesionada en sus derechos haya sido notificada de la decisión definitiva [art. 46.1.b) CADH y en el art. 32.1 del Reglamento de la Comisión].

El *dies a quo* del cómputo del plazo se determina en función del agotamiento de los recursos internos, determinando esta conexión la relatividad del requisito: el mismo no resulta aplicable en caso de que, de acuerdo con la Convención, no exista obligación de agotar los recursos internos, o se de una violación continuada y persistente de los derechos humanos, supuesto éste último en el que la petición podría interponerse aun después de transcurridos los 6 meses siguientes a la adopción de la decisión definitiva.

No obstante lo dicho, en los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la petición del deber de presentarla dentro de un plazo razonable (art. 32.2 RCIDH). Para valorar “la razonabilidad del plazo de interposición”, la Comisión considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso.

5.3. Ausencia de litispendencia en el orden internacional

Para que una petición o comunicación sea admitida por la CIDH, no debe encontrarse pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional (arts. 46.1.c CADH y 33.1.a RCIDH). No obstante, la Comisión (art. 32.2 RCIDH) no se inhibirá de conocer la petición cuando:

⁶⁴ Favorables a la restricción de la competencia de la CorteIDH en este sentido lo son no sólo los preceptos dedicados a la admisibilidad tanto en su propio Reglamento como en el de la Comisión, sino también los nuevos derechos que en el procedimiento ante la Corte se reconocen a la víctima. Como ya se ha apuntado en otro lugar, el actual Reglamento de la Corte fue aprobado en noviembre de 2009. Este nuevo RCorteIDH, junto con la creación, por Resolución de la Asamblea General de 3 de junio de 2008 (AG.RES.2426 XXXVIII-0/08), de un “Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (que supuso la modificación, a su vez, del Reglamentos de la Comisión), ha supuesto el reconocimiento de un cierto *locus standi in iudicio* a la víctima. Vid., BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, pp.136-138.

- El procedimiento seguido ante el otro organismo internacional se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo,
- El peticionario ante la CIDH sea la víctima de la presunta violación denunciada o algún familiar suyo, y el peticionario ante la otra instancia internacional sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

El óbice de litispendencia encuentra aplicación únicamente cuando se trate de “la misma materia” la que ya se encuentra sometida a otro procedimiento de arreglo internacional, de modo que, aun cuando otra petición, basada en los mismos hechos, haya sido previamente sometida a otra instancia de arreglo internacional, éste no sería motivo suficiente para inadmitirla si las presuntas víctimas no son las mismas o los derechos que se señalan infringidos, en uno y otro caso, son diferentes⁶⁵.

5.4. Excepción de cosa juzgada

La materia contenida en la petición no puede reproducir sustancialmente otra pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado en cuestión (art. 33.1.b RCIDH).

La aplicación de esta regla no se extiende a presuntas violaciones de derechos humanos sobre las cuales la Comisión u otro organismo de similar carácter no se ha pronunciado, aun cuando éstas se encuentren incluidas en una petición que contenga asimismo otras cuestiones que por su naturaleza resulten inadmisibles⁶⁶.

5.5. Procedencia o fundamento de la petición

La petición o comunicación puede ser declarada inadmisibile por resultar de la exposición del propio peticionario o de la respuesta del Estado que tal petición o comunicación resulta manifiestamente infundada, o por ser evidente su total improcedencia.

A diferencia del resto de las causales de inadmisibilidad, ésta implica un pronunciamiento en cuanto a los méritos de la denuncia, lo que supone

⁶⁵ En este sentido la Comisión ha señalado que esta condición debe interpretarse restrictivamente y sólo en relación con aquellos supuestos en los cuales la petición se limita a “la misma reclamación relativa al mismo individuo”. Vid., CIDH, Informe nº 5/96, Perú, adoptado el 1 de marzo de 1996.

⁶⁶ Ibidem.

adelantar, a la fase de admisión, el juicio sobre el fondo, con los problemas que ello genera (art. 47.c CADH y 34.b del Reglamento de la Comisión).

6. LAS DECISIONES DE LA CIDH SOBRE LA ADMISIBILIDAD

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto en un informe que será público y se incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA (arts. 47 CADH y 36.1 RCIDH).

La Comisión, a través de su Secretaría Ejecutiva, dará trámite a las peticiones que reúnan los requisitos previstos en el artículo 28 de su Reglamento (art. 26 RCIDH), de modo que de no cumplirse tales requisitos podrá solicitar al peticionario o a su representante que los complete conforme al artículo 26.2 RCIDH (art. 29 RCIDH).

La Comisión transmitirá las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión, que presentará su respuesta dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión, si bien en caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida o integridad personal de un sujeto se encuentre en peligro real e inminente, la Comisión solicitará al Estado su más pronta respuesta, supuestos éstos últimos en los que la CIDH podrá solicitar que el Estado presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto dentro de un plazo razonable, fijado por ella misma bajo la consideración de las circunstancias concretas de cada caso (art. 30 RCIDH).

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto en un informe que no prejuzgará sobre el fondo.

En circunstancias excepcionales, y tras haber solicitado a las partes que se posicionen de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 de su Reglamento, la Comisión podrá abrir el caso y diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo (art. 36.3 RCIDH).

7. LAS DECISIONES DE LA CIDH SOBRE EL FONDO Y SOBRE EL RENVÍO A LA CORTEIDH

Con la apertura del caso, la Comisión fijará un plazo de tres meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo, que serán transmitidas al Estado en cuestión a fin de que presente sus observaciones, también en un plazo de tres meses. Antes de

pronunciarse sobre el fondo de la petición, la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa⁶⁷. Si lo estima necesario, la Comisión podrá convocar a las partes para una audiencia o realizar una investigación *in loco*⁶⁸ lo que, en casos graves y urgentes, será posible con la simple presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad (arts. 36, 37 y 39 RCIDH)⁶⁹.

Tras la deliberación y voto sobre el fondo, si la Comisión entiende que no hubo violación, así lo manifestará en un informe que será transmitido a las partes y publicado en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA, mientras que si concluye que ha habido una o más violaciones, la CIDH preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión, fijando un plazo dentro del cual el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones (arts. 43-44 RCIDH).

Si dentro del plazo de tres meses a partir de la transmisión del informe preliminar al Estado en cuestión el asunto no ha sido solucionado o, en el caso de los Estados que hubieran aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana⁷⁰, no ha sido sometido a la decisión de ésta por la Comisión o por el propio Estado, la CIDH podrá emitir, por mayoría absoluta de votos, un informe definitivo que, incluyendo su opinión y conclusiones finales y recomendaciones, será transmitido a las partes, quienes presentarán, en el plazo fijado por la Comisión, información sobre el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión evaluará el cumplimiento de sus recomendaciones y decidirá sobre la publicación del informe definitivo y su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o su publicación en cualquier otro medio que considere apropiado. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en el que haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas (arts. 47-48 RCIDH).

⁶⁷ El procedimiento de solución amistosa queda regulado en el art. 40 RCIDH.

⁶⁸ Sobre investigaciones *in loco* Vid. Arts. 53-57 RCIDH y, sobre la celebración de audiencias, arts. 61-70 RCIDH.

⁶⁹ Las causas de desistimiento y archivo de la petición quedan reguladas en el art. 48.1.b CADH y en los arts. 41 y 42 RCIDH.

⁷⁰ Vid. Artículo 62 CADH.

Como se ha adelantado, la Comisión podrá presentar el caso ante la Corte, y ello salvo decisión fundada de la mayoría absoluta de sus miembros, si considera que el Estado no ha cumplido con las recomendaciones adoptadas de conformidad con el art. 50 CADH y si el peticionario, habiendo aceptado la jurisdicción de la CorteIDH de conformidad con el art. 62 CADH y presentado los elementos a que se refiere el art. 44.3 RCIDH, tuviera interés en dicho traslado del caso (art. 45 RCIDH).

Si la Comisión decide someter un caso a la Corte, el Secretario Ejecutivo notificará tal decisión de inmediato al Estado, al peticionario y a la víctima. Con dicha comunicación, la Comisión transmitirá al peticionario todos los elementos necesarios para la preparación y presentación de la demanda. Cuando la Comisión decida someter el caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte, remitirá una copia del informe sobre el fondo y del expediente en trámite ante la Comisión, una nota del envío a la Corte y cualquier otro documento que considere útil para el conocimiento del caso de modo que, una vez sometido el caso a la jurisdicción de la CorteIDH., la Comisión hará público el informe y la nota de envío adjunta. La Comisión podrá solicitar a la Corte la adopción de medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar un daño irreparable a las personas, en un asunto no sometido aún a consideración de la Corte (arts. 73-75).

8. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALBANESE, S., "El agotamiento de los recursos internos y algunas excepciones enunciativas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos", *La Ley*, Buenos Aires, t. 1986-E.
- ALEJANDRO REY, S., "El agotamiento de los recursos internos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *El Derecho*, Año XLIV, Nº 11.485, 6 de abril de 2006, pp. 1/3. Disponible en línea en <http://www.cortieuropee.unito.it/wp-content/uploads/2009/04/el-agotamiento-de-los-recursos-internos-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derech.pdf>
- BIDART CAMPOS, G., "El agotamiento de los recursos internos antes de acceder a la jurisprudencia supraestatal organizada por el pacto de San José de Costa Rica", *El Derecho*, nº 7636, Buenos Aires, 1990
- BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, pp. 129-145.

- CANÇADO TRINDADE, A. *Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, em 2 volumes, 15 capítulos, 1.728 páginas (circ. interna): Tesis premiada con el *Yorke Prize*, concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, Reino Unido, como la mejor de las tesis de Ph.D. defendidas en aquella Universidad en el área de Derecho Internacional en el bienio 1977-1978;
- _ *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press (Serie "Cambridge Studies in International and Comparative Law"), 1983, pp. 1-445
 - _ "A aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos" en *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Arranches*, Washington, D.C., OEA, 1984.
 - _ *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.
 - _ *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2. ed., Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
 - _ *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp. 9-114
 - _ Presentación ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos: "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", Washington, D.C., 16 de octubre de 2002. En: *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CorteIDH, ACNUR, San José, 2003, pp. 273-321.
 - _ «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia del agotamiento de los recursos de derecho interno (1981-1991)», *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, OAS, 2003, pp. 1965-1978.
 - _ *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, University Press, Oxford, 2011, pp. 1-229 (en prensa).
- CEDA, C., "The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications, HARRIS, D.; LIVINGSTONE, S., *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, 1997, pp. 65-114.
- COX, F., "La Admisibilidad de las Denuncias Individuales: la Puerta de Entrada al Sistema", MÉNDEZ y COX (Eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, 1998, pp. 343-360.
- FAÚNDEZ LESDEMA, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

- _ *El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*. IIDH, Caracas, Venezuela, 2007
 Disponible en red en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf
- GÓNGORA MERA, M.E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Deutsche Forschungsgemeinschaft, Inter American Institute of Human Rights, San José C.R., 2011, pp. 34-41.
- GONZÁLEZ SERRANO, A., "Excepciones preliminares. Una mirada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, Vol. XIV, nº 28 Julio-Diciembre 2011, pp. 233-250.
- _ "La excepción preliminar: Falta de agotamiento de los recursos internos, ¿ Un mecanismo efectivo de defensa estatal?", *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, Vol. XXIII, nº 26 Julio-Diciembre 2010, pp. 245-265.
 Disponible en línea http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3698873&orden=0
- LÓPEZ ACOSTA, J.I.. "Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del artículo 23 de su reglamento", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 14., Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2009 (en línea), Disponible en internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24245.pdf>
- LÓPEZ ACOSTA, J.I., VILLARREAL, A., FRANCISCO, A., *Controversias procesales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
- MEDINA, C., "El derecho de queja individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Algunos problemas de derecho y de práctica", *Curso de Entrenamiento en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Conferencias Escogidas, Cuadernos de Análisis Jurídico* No. 26. Universidad Diego Portales, Santiago, 1993.
- MEDINA QUIROGA, C.; NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de Protección (2011)*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011, pp. 34-36.
- MÉNDEZ, J., "Una Aproximación Crítica a la Interpretación vigente de los Artículos 50 y 51 de la Convención", en MÉNDEZ, J. y COX, F. (editores), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, 1998.
- PASQUALUCCI, J. M. "Preliminary Objections Before the Inter-American Court on Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics", *Virginia Journal of International Law*, No. 40, Fall 1999.

- PIZZOLO, C., *Sistema Interamericano: la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediar. Sociedad Anónima Editora, 2007, 524 pp.
- PINTO, M., *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1993.
- RUILOBA SANTANA, E., *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Universidad de Valencia, Valencia, 1978.
- SANTOCOSV, B., *La Commission Interaméricaine des Droits de L'Homme et le Développement de sa compétence par le systeme des pétitions individuelles*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.
- TORO HUERTA, M.I., « El principio de subsidiariedad en el Derecho internacional de los Derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano», BECERRA RAMÍREZ, M. (Ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 23-61.

9. FUENTES COMPLEMENTARIAS Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos (agotamiento de los recursos internos):
<http://www.derechos.net/doc/cidh/agot.html>

Folleto informativo sobre el sistema de peticiones y casos ante la CIDH disponible en www.oas.org/es/cidh/mandato/peticiones.asp

10. JURISPRUDENCIA BÁSICA

10.1. CorteIDH-Opiniones Consultivas

- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1986, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b).
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*.
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-19/05, de 28 de noviembre de 2005, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

10.2.CorteIDH-Sentencias

Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, de 7 de febrero de 2006.

Atala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012.

Bámaca Velásquez vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2000.

Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. de 13 de octubre de 2011.

Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001.

Bayarri vs. Argentina. de 30 de octubre de 2008.

Cantoral Benavides vs. Perú, de 3 de septiembre de 1998, de 18 de agosto de 2000, y de 3 de diciembre de 2001.

Cantos vs. Argentina, Excepciones preliminares, de 7 de septiembre de 2001.

Castillo Páez vs. Perú, de 30 de enero de 1996.

Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, de 4 de septiembre de 1998.

Chocrón vs. Venezuela, de 1 de julio de 2011.

Cinco Pensionistas' vs. Perú, de 28 de febrero de 2003.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, de 1 de enero de 2000, y de 31 de agosto de 2001.

Comunidad Moiwana vs Surinam, de 15 de junio de 2005.

Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras, de 26 de junio de 1987, y de 15 de marzo de 1989.

Fontevicchia y D`Amico vs. Argentina, de 29 de noviembre de 2011.

Gangaram Panday vs. Surinam. de 4 de diciembre de 1991.

Genie Lacayo vs. Nicaragua, de 29 de enero de 1997.

Godínez Cruz vs Honduras, de 26 de junio de 1987, y de 20 de enero de 1989.

Herrera Ulloa vs Costa Rica, de 2 de julio de 2004.

Hermanas Serrano Cruz vs. Salvador, de 23 de noviembre de 2004.

Hilaire, Constantine y Benjamim y otros vs Trinidad y Tobago, de 21 de junio de 2002.

Ivcher Bronstein vs Perú, de 6 de febrero de 2001.

Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, de 7 de junio de 2003.

Loayza Tamayo vs. Perú, de 31 de enero de 1996.

López Álvarez vs. Honduras, de 1 de febrero de 2006.

Masacre de Ituango vs. Colombia, 1 de julio de 2006.

Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, de 24 de noviembre de 2009.

Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, de 15 de septiembre de 2005.

Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. de 31 de enero de 2006.

Neira Alegría y otros vs. Perú, de 19 de septiembre de 1996.

Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, de 8 de septiembre de 2005.

Reverrón Trujillo vs. Venezuela, de 30 de junio de 2009.

Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997, pár. 72.

Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004.

Valle Jaramillo vs. Colombia, 27 de noviembre de 2008.

Velásquez Rodríguez vs Honduras, de 26 de junio de 1987 y de 29 de julio de 1988.

Viviana Gallardo y otras, de 13 de noviembre de 1981.

Ximenes Lopes vs. Brasil, de 30 de noviembre de 2005.

Yatama vs Nicaragua, de 23 de junio de 2005.

10.3. Resoluciones CIDH

Resolución 26/83, Caso nº 5671, Argentina, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1983-1984.

Resolución nº 11/84, caso nº 9274 (Uruguay), del 3 de octubre de 1984.

Decisión de la Comisión sobre admisibilidad, caso 9213, presentado por Disabled Peoples' International et al. c. Estados Unidos.

Resolución nº 19/87, Caso 9.429, Perú, de 30 de junio de 1987.

Resolución nº 26/88, caso 10109, Argentina, del 13 de septiembre de 1988.

CIDH, Resolución nº 15/89, Caso 10.208 (República Dominicana), de 14 de abril de 1989.

Informe 65/12 (Petición 1671/02. Admisibilidad. Alejandro Peñafiel Salgado, Ecuador) de 29 de marzo de 2012.

Informe 63/12 (Petición 1762-11. Admisibilidad. Virgilio Maldonado Rodríguez, Estados Unidos), de 29 de marzo de 2012.

Informe 62/12 (Petición 1471-05. Admisibilidad. Yenina Esther Martínez Esquivia. Colombia), de 20 de marzo de 2012.

Informe nº174/11 (Petición 342-02, Inadmisibilidad, Joel Arriaga Navarro, México) de 4 de noviembre de 2011.

Informe 46/05 (Petición 786/03, Admisibilidad, *Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña c. Bolivia*) 12 de octubre de 2005.

Informe 68/2005 (Petición 12.271, Admisibilidad, *Benito Tide Méndez, Antonio Sensión, Andrea Alezi, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim y Otros c. República Dominicana*) 13 de octubre de 2005, pár. 36.

Informe 73/05 (Petición 4.534/02-Admisibilidad, *Óscar Iván Tabares Toro c. Colombia*) 13 de octubre de 2005.

Informe 24/05 (Petición 282/04, Admisibilidad, *Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Pitz Barbera c. Venezuela*) 8 de marzo de 2005.

Informe 23/05 (Petición 204/04, Admisibilidad, *Narciso Barrios y otros c. Venezuela*), 25 de febrero de 2005.

Informe 43/04 (Petición 306/99, Inadmisibilidad, *Yamileth Rojas Piedra vs. Costa Rica*) de 13 de octubre de 2004.

Informe 51/03 (Petición 11.819, Admisibilidad, *Christian Daniel Domínguez Domenichetti vs. Argentina*), 24 de octubre de 2003.

Informe 39/99, Petición MEVOPAL S.A., Argentina, 11 de marzo de 1999, pár. 12.

Informe 39/96, Caso 11.673 (Argentina), de 15 de octubre de 1996.

Informe 10/96, sobre admisibilidad, Caso 10.636, Guatemala, 5 de marzo de 1996.

Informe 5/96, Perú, adoptado el 1 de marzo de 1996.

Informe 5/94, Caso 10.574, El Salvador, el 1 de febrero de 1994.

Informe 26/88 (Caso 10.109, Argentina) de 13 de septiembre de 1988.

8

APORTACIONES DEL SISTEMA DE REPARACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fernando Silva García
Juez de Distrito (México)

Resumen

Este capítulo argumenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, partiendo de la premisa consistente en que las sentencias internacionales estimatorias deben generar una respuesta en los órdenes jurídicos nacionales, ha ido construyendo paulatinamente un sistema de reparaciones que ha introducido una serie de innovaciones dirigidas a reparar en forma integral los derechos convencionales violentados por los Estados miembros, lo que ha supuesto una evolución sobre dicho tema para el derecho internacional de los derechos humanos.

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina académica y jurisprudencial ha sido coincidente en estimar que toda violación de una obligación internacional trae consigo el deber de reparación “en forma adecuada”¹ a favor de la víctima, lo cual incluye la obligación de hacer cesar los efectos del acto respectivo, restablecer las cosas al estado que tenían con anterioridad a la violación (o, en su caso, el pago de una justa indemnización), así como prever garantías de no repetición de los actos respectivos². A pesar de ello, dicha postura

¹ La obligación de reparación “en forma adecuada” fue elevada a principio general en el ámbito internacional desde el famoso caso *Usine Chorzów*, de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1927. Dicho caso fue utilizado por la CIJ en el asunto *Avena y otros (México v. EUA)*, 31 de marzo de 2004). Así también, la CIJ en la opinión consultiva de 9 de julio de 2004 (sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro, en relación con el conflicto entre Israel y Palestina): “(...) Israel accordingly has the obligation to cease forthwith the works of construction of the wall being built by it in the Occupied Palestinian Territory (...). All legislative and regulatory acts adopted with a view to its construction (...) must forthwith be repealed or rendered ineffective, except in so far as such acts, by providing for compensation or other forms of reparation for the Palestinian population, may continue to be relevant for compliance by Israel with the obligations referred in paragraph 153 below (...)”.

² El proyecto de la Comisión de Derecho internacional, sobre responsabilidad internacional de los Estados, comprende formulas adecuadas para el caso de incumplimiento de los tratados de derechos

coexistió durante el siglo XX, con la concepción tradicional sobre los efectos de las sentencias internacionales³, que consiste en entender que aquéllas: 1) Sólo generan efectos a nivel internacional (responsabilidad internacional del Estado); 2) Sólo constatan (declaran) la existencia o no de violaciones a los derechos humanos; 3) Carecen de efectos normativos a nivel nacional (libertad soberana de los Estados para elegir los medios dirigidos a cumplir); 4) En todo caso, sólo obligan al Estado a indemnizar a las víctimas⁴.

Las sentencias regionales de fondo de la CorteIDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) contienen una declaración en el sentido de si se han violado o no los derechos convencionales respectivos. Ese elemento formal generó que resultara común calificar a dichas decisiones como sentencias declarativas. Así, por ejemplo, el TEDH declaró expresamente que sus sentencias tienen carácter declarativo, desde el caso *Marckx*⁵. Posteriormente, sin embargo, en el caso *Papamichalopoulos*⁶, el TEDH

humanos, porque, por un lado, prevé la obligación de los Estados de terminar con el estado de violación respectivo, así como la obligación de reparar a través de la restitución, como remedio principal (arts. 29-31); por otro, excluye la posibilidad de imponer contra medidas que afecten obligaciones relativas a la protección de derechos humanos (art. 50.1.b). Report of the International Law Commission, fifty-third session, *Official Records of the General Assembly*, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV. E.1. Resulta ilustrativo también el estudio de KLEIN, E., "Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: The Practice of the Human Rights Committee", en RANDELZHOFFER, A., et. al. (eds.). *State Responsibility and the individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1999. p.28.

³ Sobre el impacto de las sentencias internacionales en el orden jurídico nacional. Véase SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, UK, 1999. Véase BARKHUYSEN (et al.), "Improving the implementation of Strasbourg and Geneva decisions in the Dutch legal order: reopening of closed cases or claims of damages against the state", en BARKHUYSEN, T. et al. (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff, The Netherlands, 1999, p. 16. SILVA GARCÍA, F., *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007.

⁴ En relación con el TEDH, ver SORIA JIMÉNEZ, A., "La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Asunto Barberá, Messegué y Jabardo)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N. 36, septiembre-diciembre 1992, p. 313-315. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "La responsabilidad internacional de España en el llamado caso *Bultó*". *Poder Judicial*. 2ª época, No. 17, 1990, p. 121-135. RUIZ MIGUEL, C., *La Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid 1997; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLII, No. 1, 1990.

⁵ STEDH *Marckx v. Belgium*, 13 de junio de 1979.

⁶ STEDH *Papamichalopoulos v. Grecia* (art. 50), 30 de octubre de 1995.

determinó que, si la naturaleza de la violación alegada lo permite, el Estado demandado tiene la obligación de poner fin a las transgresiones y reparar sus consecuencias, en forma tal que, en la medida de lo posible, se restablezcan las cosas al estado que tenían antes de la emisión de los actos inconvenientes⁷. Siguiendo esa línea de ideas, por ejemplo, el TEDH emitió la sentencia *Rio Prada* en el año 2012⁸ en la que ordenó al Estado español la puesta en libertad de la demandante. En el presente estudio, expondremos que la CorteIDH, partiendo de la premisa consistente en que las sentencias internacionales estimatorias deben generar una respuesta en los órdenes jurídicos nacionales, ha ido construyendo paulatinamente un sistema de reparaciones que ha introducido una serie de innovaciones dirigidas a reparar en forma integral los derechos convencionales violentados por los Estados miembros⁹, lo que ha supuesto una evolución sobre dicho tema para el derecho internacional de los derechos humanos.

2. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

El art. 63 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) prevé que la Corte Interamericana debe disponer: 1) Que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados (deber de restitución); 2) Que se reparen las consecuencias de la violación de derechos humanos (deber de reparación); 3) Que se pague una justa indemnización (deber de indemnización). Asimismo, en su jurisprudencia, la CorteIDH ha considerado que una reparación integral y adecuada, en el marco de la CADH, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición¹⁰; además que ha entendido que es una *facultad jurisdiccional inherente*, exigir y examinar pormenorizadamente el cumplimiento de sus sentencias¹¹.

⁷ Posición reiterada en STEDH *Clooth v. Bélgica*, 5 de marzo de 1998 (art. 50). También en STEDH *Akdivar y otros v. Turquía* (art. 50), 1 de abril de 1998.

⁸ STEDH *Rio Prada vs. España*, 10 de julio de 2012.

⁹ Sobre las particularidades de la CorteIDH frente a otros sistemas, véase CAVALLARO, J. L., y ERIN BREWER, S., "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court". *The American Journal of International Law*, 2008.

¹⁰ CorteIDH *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, 11 mayo 2007. Un análisis temático de la jurisprudencia en SILVA GARCÍA, F., *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México 2012.

¹¹ Se ha considerado que la CorteIDH tiene la *executio* (potestad ejecutiva) inherente a la función jurisdiccional, con los límites del propio Derecho Internacional, por lo que puede mantenerse al tanto del cumplimiento de sus decisiones e instar el acatamiento de los Estados. GARCÍA RAMÍREZ,

La mayor parte de estudios sobre las reparaciones de la CorteIDH se han centrado en explicar y ejemplificar la forma en que la Corte ha aplicado las distintas reparaciones mencionadas (la indemnización, la restitución, la satisfacción, la rehabilitación) en los casos concretos, lo cual puede consultarse en los importantes trabajos de Dulitzky¹² y Antkowiak¹³, entre otros¹⁴. En la presente exposición, intentaré describir la forma en que la CorteIDH ha ideado un sistema de reparaciones que presenta -con respecto al sistema internacional tradicional- una evolución en cinco dimensiones distintas.

2.1. Primera línea de evolución: las sentencias imponen deberes de medios y de resultados

Esta primera dimensión evolutiva, podría describirse como la transición de un sistema de reparaciones que eligen los Estados miembros, a un sistema de reparaciones que, en gran medida, determina la CorteIDH. Es decir, esta primera línea de evolución implicaría el paso de un sistema de reparaciones en donde los Estados son absolutamente libres para elegir los medios para llegar a ciertos resultados a un sistema en donde -en amplio grado- los medios de reparación son construidos por la CorteIDH e impuestos a los Estados miembros para su cumplimiento.

Por ejemplo, en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (sentencia de 21 de julio de 1989) sobre desaparición forzosa, la CorteIDH solamente introdujo como reparaciones a cargo del Estado la indemnización a cónyuge e hijos de la víctima. Posteriormente, en el *Caso Castillo Páez Vs. Perú* (sentencia de 27 de noviembre de 1998), también en un asunto sobre desaparición forzosa, el tribunal interamericano determinó ya, como medidas de reparación, una indemnización monetaria junto con el deber de investigar, identificar y sancionar a los responsables de las violaciones. Asimismo, años después, en el *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú* (sentencia de 25 de noviembre de 2005), en un asunto sobre restricción

S. et al. "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en GARCÍA RAMÍREZ, S. (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1ª ed., UNAM, México, 2001.

¹² MAYEUX, B., y MIRABAL, J. (on the supervision of Prof. Ariel Dulitzky), *Collective and Moral Reparations in the Interamerican Court of Human Rights*, The University of Texas School of Law, November 2009.

¹³ ANTKOWIAK, T. M., "Remedial Approaches To Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008.

¹⁴ Véase la conferencia publicada en *Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach*. *American University Law Review*, 2007.

a la libertad personal sin previa orden de detención e incomunicación, la CorteIDH estableció como medidas de reparación que el Estado debía proporcionar atención médica, psicológica y la provisión gratuita de medicina, así como otorgar becas a las víctimas para su capacitación profesional. De manera que la CorteIDH ya no se conforma con subrayar el deber del Estado condenado de reparar las violaciones respectivas, sino que le gira instrucciones concretas a esos efectos; de forma que el tribunal no se queda solamente con el “qué” (resultado) debe cumplir el Estado, sino que incorpora también muchos deberes relacionados con el “cómo” (a través de qué medidas) debe reparar las violaciones convencionales.

2.2. Segunda línea de evolución: de las reparaciones individuales a las sistémicas

Esta segunda línea de evolución podría describirse como la transición de un modelo de reparación “individualista” a un modelo de reparación “sistémico”. Se transita de una concepción inconexa, fragmentada, parcelada de los derechos humanos, a una concepción holística de interdependencia de los derechos de las personas, que produce la noción de que un hecho determinado es capaz de producir una violación transversal y múltiple de derechos humanos. En otras palabras, la idea consistente en que la violación a derechos humanos afecta facultades seccionadas del individuo abre paso a la idea consistente en que la violación a derechos puede llegar a afectar a todo el ser de la persona humana, e inclusive a su familia y a la comunidad en la que habita.

En el *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia* (sentencia de 1 de Julio de 2006), a partir del asesinato selectivo por paramilitares y desplazamientos dentro de diferentes comunidades, que produjo violaciones a la vida, a la prohibición de trabajo forzoso, a la libertad personal, a la propiedad privada y al derecho a circulación y residencia, el tribunal interamericano estableció como medidas de reparación, entre otras, el deber del Estado de implementar un programa habitacional para las víctimas; fijar una placa en cada comunidad afectada para el conocimiento de los hechos por nuevas generaciones; así como organizar programas de educación para militares en materia de derechos humanos, en conjunción con el deber de pagar una indemnización a los afectados. En el *Caso de la Comunidad de Moiwana Vs. Suriname* (sentencia de 15 de junio de 2005), sobre la operación militar en una aldea en la que 39 miembros

de la comunidad (niños, mujeres y ancianos) fueron asesinados y los sobrevivientes fueron forzados a huir de esas tierras, la CorteIDH determinó que el Estado debía: identificar, juzgar y sancionar a los responsables; recuperar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familias; asegurar a los miembros de la comunidad la propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados; implementar un fondo de desarrollo comunitario; una disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional; así como la construcción de monumento en lugar público apropiado. De forma que la jurisprudencia de la CorteIDH en ese ámbito contiene una transformación conceptual en lo relativo a los deberes de reparación tradicionales, en el sentido que la reparación individualista de violaciones a derechos humanos ha evolucionado para dar paso a la fijación de deberes de reparación multidisciplinarios e incluso comunitarios.

2.3. Tercera línea de evolución: de las reparaciones dinerarias a las dignificantes

Esta tercera línea de evolución puede describirse como la transición de un modelo de reparaciones dinerarias, a un modelo de “reparaciones dignificantes”. En el que las reparaciones dinerarias no desaparecen sino que son complementadas por una nueva tipología de reparaciones dirigidas a incidir positivamente en la dignidad de las personas afectadas. En donde el dinero es una de las reparaciones, pero no la única, y las conmemoraciones, los memoriales, la disculpa pública, el reconocimiento de las violaciones por parte del Estado se consideran imprescindibles para restablecer el sufrimiento inmaterial, el honor y la dignidad de las víctimas. En el voto Razonado del Juez A.A. Canzado Trindade, en el *Caso Villagrán Morales y otro Vs. Guatemala* (sentencia 26 mayo 2001), el juzgador expuso toda una serie de consideraciones dirigidas a recordarnos que la vida y la integridad de cada ser humano no tienen precio, que el mal perpetrado en la personas de las víctimas (directa e indirectas) no es removido por las reparaciones: las víctimas siguen siendo víctimas, antes y después de las reparaciones. Las reparaciones otorgadas significan que, en el caso concreto, la conciencia humana ha prevalecido sobre el impulso de destrucción.

Ya el mencionado *Caso de la Comunidad de Moiwana Vs. Suriname* (sentencia de 15 de junio de 2005), da cuenta sobre esta evolución, en donde el tribunal interamericano determinó que el Estado debe recuperar

los restos de las víctimas y entregarlos a sus familias, una disculpa pública, así como la construcción de monumento en lugar público apropiado. Asimismo, en el *Caso González y otras Vs. México* (sentencia 16 noviembre 2009), sobre violación sexual y asesinato de jóvenes mujeres, la CorteIDH estableció que el Estado tiene un deber de investigación y sanción a responsables; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la construcción de un monumento en memoria de las afectadas; crear una página electrónica sobre información de mujeres desaparecidas en Chihuahua; así como brindar atención médica y psicológica a familiares. El 7 de noviembre de 2011, hubo un reconocimiento de responsabilidades por algunos funcionarios del Estado mexicano y se realizó la inauguración del Memorial. Otro ejemplo significativo lo constituye el *Caso González Medina Vs. República Dominicana* (sentencia de 27 de febrero de 2012), sobre desaparición forzada destinada a eliminar opositores políticos, en el cual la CorteIDH impuso como medidas de reparación el deber del Estado de realizar un documental audiovisual sobre la vida del señor Narciso González Medina, con referencia a su obra periodística y literaria, así como su contribución a la cultura dominicana.

2.4. Cuarta línea de evolución: el deber de investigación, persecución y sanción

Esta cuarta dimensión evolutiva puede describirse como el paso de un sistema que considera que la investigación, persecución y sanción de los delitos forma parte de la soberanía de los Estados miembros, a un sistema de reparaciones que considera que las víctimas tienen un derecho y/o los Estados un deber de investigación y sanción a los responsables de violaciones graves a derechos humanos, el cual es impuesto por la CorteIDH a los Estados miembros. Como se ha visto, en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (sentencia de 21 de julio de 1989), sobre desaparición forzada, la CorteIDH, en el capítulo de reparaciones de su decisión, formalmente, solamente impuso al Estado el deber de reparación dineraria a favor de la cónyuge y los hijos de la víctima. Años después, en el *Caso Castillo Páez Vs. Perú* (sentencia de 27 de noviembre de 1998), también sobre desaparición forzada, la CorteIDH impuso al Estado, junto con la indemnización a víctimas, el deber de investigar, identificar y sancionar a los responsables de las violaciones encontradas, con lo cual el tribunal vino a abarcar y a entender como parte de su competencia una facultad

que tradicionalmente resultaba comprendida como elemento de la soberanía de los Estados y de la competencia exclusiva de las autoridades nacionales encargadas de la investigación y persecución de los delitos.

En buena parte del siglo XX, en forma prácticamente universal y, especialmente en Latinoamérica tuvo lugar una situación generalizada en que militares y agentes del propio Estado violaron impunemente los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal de los ciudadanos. Refiriéndose a la desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana, desde *Velásquez Rodríguez* (29 julio 1988), ha reconocido esa situación, al señalar lo siguiente:

“(…) En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad (…)”.

Se ha caracterizado como una situación de impunidad regionalizada, que trajo como reacción que miles de víctimas y cientos de familiares exigieran justicia, en decenas de Estados miembros en Latinoamérica. Al respecto, la Corte Interamericana ha dicho que:

“(…) la impunidad es 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, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99).

Lógicamente, cuando el propio Estado es quien violenta los derechos humanos de los ciudadanos, ello genera una serie de obstáculos consubstanciales a la investigación y persecución de tales ilícitos por

parte del Ministerio Público y de los jueces nacionales respectivos. Para Martha Minow, de hecho, la paulatina transformación democrática en diversos Estados es lo que ha ido haciendo posible el cumplimiento de las normas *ius cogens* del derecho internacional de los derechos humanos¹⁵. Podríamos establecer que esa situación de impunidad regionalizada, muy probablemente produjo que emergiera el reconocimiento paulatino de una obligación, de una garantía y/o del derecho fundamental a la investigación adecuada y efectiva de aquellos actos violatorios de derechos humanos, a favor de las víctimas y familiares, lo que ha sido recogido por la CorteIDH como una de las formas de reparación centrales dentro del sistema.

2.5. Quinta línea de evolución: el nuevo concepto de “víctima”

En relación estrecha con el deber de investigación adecuada, la quinta línea de evolución podría caracterizarse como la transición de un sistema en que la víctima es la persona que ha resentido directamente la violación a derechos humanos, a un sistema en que, en ocasiones, las víctimas también son los familiares de la persona que ha resentido directamente la violación a derechos humanos. De forma que la CorteIDH ha impuesto a los Estados miembros reparaciones dirigidas directamente a beneficiar a tales familiares.

Los sujetos protegidos por el derecho a la investigación adecuada son las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares (bajo el concepto interamericano de *estrecho vínculo familiar*)¹⁶. Sobre el tema, la Corte ha dicho que:

¹⁵ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide*, Beacon Press, EUA, 1999.

¹⁶ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar “no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. La Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. A este respecto, el Tribunal estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano (CorteIDH *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17*). Véase también CorteIDH *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2000; CorteIDH *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, de 10 de julio de 2007.

“(…) La deficiente investigación de violaciones graves a los derechos humanos, la ausencia de información durante todo el proceso de búsqueda de verdad, en los casos en que provoque en las víctimas o sus familiares un gran sufrimiento y angustia, configura un trato degradante contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional (…)”. (Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217).

3. ALGUNAS CONCLUSIONES

Lógicamente las cinco dimensiones apuntadas se encuentran íntimamente relacionadas, conforman un sistema dotado de unidad de sentido, abierto además a nuevas dimensiones que podrían incorporarse en la medida en que la eficacia de las reparaciones lo demande. La evolución en materia de reparaciones en los términos descritos, coexiste con la concepción ortodoxa del Estado como soberano, en los países miembros. Ello ha generado dificultades en la aplicación efectiva -por los Estados miembros- de los deberes de reparación adecuada mencionados. De la lectura que se realice a las resoluciones de cumplimiento de la CorteIDH es posible apreciar que las reparaciones concretas que va estableciendo en sus sentencias, muchas son incumplidas y otras tardan en cumplirse muchos años¹⁷. Al parecer, los Estados miembros no están, lógicamente, a la altura cultural de esta evolución humanista de las reparaciones de la CorteIDH. La pregunta que tendríamos que hacer es si la CorteIDH debe retroceder o detener esta evolución y alinearse al nivel político y cultural de los Estados miembros; o bien si la CorteIDH debe continuar, en congruencia, estableciendo esos altos estándares, lo que conlleva, sin embargo, que muchas veces deba arrastrar a los Estados a cumplir con los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José. A pesar

¹⁷ Ver CorteIDH resoluciones de cumplimiento de sentencia de 27 de noviembre de 2003 (Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*; caso *Cantoral Benavides v. Perú*; Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, por ejemplo). En ellas es posible apreciar cómo los Estados tardan demasiado tiempo en cumplir o no han cumplido con las reparaciones tendentes a restituir a las víctimas en el goce de sus derechos.

de ese estado de cosas, podríamos pensar que el sistema de reparaciones que ha ido construyendo la Corte IDH constituye una aportación relevante, no solamente para el sistema regional sino para el derecho internacional; el peso de sus fundamentos podría dejar a un segundo término a las reparaciones dinerarias que hasta hace poco tiempo parecían la única alternativa reparatoria de muchas violaciones a derechos humanos.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ANTKOWIAK, T. M., "Remedial Approaches To Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008.
- BARKHUYSEN (et al.), "Improving the implementation of Strasbourg and Geneva decisions in the Dutch legal order: reopening of closed cases or claims of damages against the state", en BARKHUYSEN, T. et al. (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff, The Netherlands, 1999.
- CAVALLARO, J. L., y ERIN BREWER, S., "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court". *The American Journal of International Law*, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLII, No. 1, 1990.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó". *Poder Judicial*. 2ª época, No. 17, 1990.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. et al. "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en GARCÍA RAMÍREZ, S. (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1ª ed., UNAM, México, 2001.
- KLEIN, E., "Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: The Practice of the Human Rights Committee", en RANDELZHOFFER, A., et. al. (eds.). *State Responsibility and the individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1999.
- MAYEUX, B., y MIRABAL, J. (on the supervision of Prof. Ariel Dulitzky), *Collective and Moral Reparations in the Interamerican Court of Human Rights*, The University of Texas School of Law, November 2009.
- MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide*, Beacon Press, EUA, 1999.
- Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach, *American University Law Review*, 2007.
- Report of the International Law Commission, fifty-third session, *Official Records of the General Assembly*, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10).

- RUIZ MIGUEL, C., *La Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid 1997.
- SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, UK, 1999.
- SILVA GARCÍA, F., *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007.
- SILVA GARCÍA, F., *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México 2012.
- SORIA JIMÉNEZ, A., "La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Asunto Barberá, Messegué y Jabardo)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N. 36, septiembre-diciembre 1992.

5. JURISPRUDENCIA BÁSICA

- CIJ *Avena y otros (México v. EUA)*, de 31 de marzo de 2004.
- CIJ Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro, de 9 de julio 2004.
- Corte IDH *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 21 de julio de 1989.
- Corte Permanente de Justicia, caso *Usine Chorzów*, de 1927.
- CorteIDH *Caso de la Comunidad de Moiwana Vs. Suriname*, de 15 de junio de 2005.
- CorteIDH *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, de 1 de Julio de 2006.
- CorteIDH (voto Razonado del Juez A.A. Canzado Trindade) *Caso Villagrán Morales y otro Vs. Guatemala*, de sentencia 26 mayo 2001.
- CorteIDH *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2000.
- CorteIDH *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, de 10 de julio de 2007.
- CorteIDH *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006. CorteIDH *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, de 7 de junio de 2003.
- CorteIDH *Caso Castillo Páez Vs. Perú*, de 27 de noviembre de 1998.
- CorteIDH *Caso Castillo Páez Vs. Perú*, de 27 de noviembre de 1998.
- CorteIDH *Caso de la Comunidad de Moiwana Vs. Suriname*, de 15 de junio de 2005.
- CorteIDH *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*, de 30 de agosto de 2010.
- CorteIDH *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2005.
- CorteIDH *Caso González Medina Vs. República Dominicana*, de 27 de febrero de 2012.

CorteIDH Caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, de 16 de noviembre de 2009.

CorteIDH Caso *González y otras Vs. México*, de 16 noviembre 2009.

CorteIDH Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

CorteIDH *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, 11 mayo 2007.

CorteIDH *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17.*

STEDH *Akdivar y otros v. Turquía* (art. 50), 1 de abril de 1998.

STEDH *Clooth v. Bélgica*, 5 de marzo de 1998 (art. 50).

STEDH *Marckx v. Belgium*, 13 de junio de 1979.

STEDH *Papamichalopoulos v. Grecia* (art. 50), 30 de octubre de 1995.

STEDH *Rio Prada vs. España*, 10 de julio de 2012.

9

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

George Rodrigo Bandeira Galindo
Universidad de Brasilia

Resumen

Este capítulo trata del valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio del análisis de la reciente jurisprudencia del referido Tribunal que intenta dotar sus sentencias de efectos erga omnes. El autor sustenta que un modelo jerárquico de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno es problemático por basarse en una idea que implica meramente una sustitución de soberanías.

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta sobre el valor de la jurisprudencia de un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser formulada de diferentes modos y, en función de la elección, poseer los más diferentes enfoques.

Se podría, por ejemplo, indagar sobre el valor moral o social de las decisiones de ese tribunal internacional. Sería posible incluso abordar el problema de la legitimidad de las decisiones de la Corte Interamericana y el modo en que los derechos internos enfrentan el problema. Un enfoque diversificado contemplaría el indagar sobre la obligatoriedad de las decisiones e, incluso, sobre la obligatoriedad del conjunto de decisiones del tribunal internacional adecuado para constituir una jurisprudencia. En este capítulo, escogeré el tercer enfoque, dado que este es un campo en el que la ciencia jurídica tiene más posibilidades de ofrecer una contribución original. Evidentemente, los demás enfoques son igualmente importantes - incluso para la ciencia jurídica- y constituyen piezas fundamentales en una investigación holística sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero la recíproca también es verdadera: el estudio sobre el impacto en términos morales, sociales y de legitimidad depende, de diferentes modos, de la cuestión de la obligatoriedad

* Capítulo traducido por Carlos Cernados Carrera.

jurídica, a la que el derecho debe dar una respuesta adecuada. Las próximas páginas se tratarán bajo el manto de este recorte.

2. OBLIGATORIEDAD: ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional y el derecho interno poseen diferentes formas de encarar la obligatoriedad de una decisión tomada por un tribunal internacional.

Bajo la perspectiva del derecho internacional, no cabe duda de que las decisiones de los tribunales internacionales son consideradas, de manera general, como obligatorias. Esta, incluso, es una de las principales características que distingue a las decisiones tomadas por medios judiciales de las decisiones tomadas en el ámbito de otros medios de solución de controversias¹.

También es de praxis que los instrumentos que crean tribunales internacionales dispongan expresamente sobre el carácter obligatorio de las decisiones tomadas por estos órganos.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligatoriedad de sus decisiones está contenida en el art. 68 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone lo siguiente:

“Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”².

El lenguaje, al recurrir a palabras como “comprometen” y “cumplir”, no deja lugar a dudas de que un Estado parte, juzgado en un caso contencioso delante de la Corte, no tiene la opción de incumplir la decisión.

Los artículos 1 (1) y 2 también ayudan a comprender el sentido y la extensión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana al establecer claras obligaciones a los Estados partes en lo respecta al cumplimiento de todas las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹ MERRILLS, J. G., *International Dispute Settlement*, 4th ed, Cambridge University Press, Cambridge, p. 127

² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³.

“Artículo 2. 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”⁴.

Tales disposiciones sobre la obligatoriedad de las decisiones son apoyadas por otras normas generales de derecho internacional, como, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece la necesidad imperiosa de que el Estado cumpla con lo que está contenido en un tratado, incluso cuando este vaya en contra de una norma interna, aunque sea constitucional. Es lo que prescribe el art. 27 de dicha Convención, al que recientemente la Corte Internacional de Justicia reconoció reflejar el derecho internacional consuetudinario⁵. Así:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46⁶.

Del mismo modo, el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional de los Estados – aprobado en forma de resolución de la Asamblea General de la ONU– prescribe la autonomía del derecho internacional y del derecho interno en lo que se refiere a la verificación de un ilícito internacional. Es decir,

³ *Idem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ CIJ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, de 20 de Julio de 2012.

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

el que una conducta sea considerada ilícita en el plano interno no la vuelve ilícita en el derecho internacional. No hay muchas razones para dudar de que tal precepto también refleje lo que el derecho internacional consuetudinario recoge sobre el asunto. Según el texto:

“Artículo 3.- Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”⁷.

Finalmente, en la propia práctica de la Corte Interamericana no hay duda de que el principio de autoridad de cosa juzgada internacional, que tiene como consecuencia, “inicialmente, poner un fin definitivo al litigio que separa las partes litigantes, para, enseguida, conducir las a la ejecución de la obligación jurisdiccional”, se afirma⁸.

Bajo la perspectiva de los derechos internos, la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana se resuelve, en principio, con la internalización de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano. Si se incorpora el tratado al derecho interno como acto con fuerza normativa, la obligatoriedad de las decisiones internamente retirará su autoridad no sólo del derecho internacional, sino también del propio derecho nacional.

Diferentes Estados han aprobado leyes sobre la implementación de decisiones de órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o han adaptado normativas antiguas para regular este asunto. Es el caso, por ejemplo, de Colombia, Perú, Costa Rica, Venezuela y Nicaragua⁹.

⁷ UNITED NATIONS. Resolution 59/35 General Assembly - Responsibility of States for internationally wrongful acts. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/39/PDF/N0447839.pdf?OpenElement>

⁸ BRANT, L. N. C., “A res judicata na Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en RIBEIRO LEÃO, R. Z. et al (coord), *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2005, p. 394. Este estudio presenta casos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que demuestran que, desde hace mucho, el principio de la autoridad de la cosa juzgada y, por consecuencia, la obligatoriedad de sus decisiones, se afirma claramente.

⁹ Para tener un cuadro amplio sobre tales leyes, ver: CORASANITI, V., “Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario”. *Revista IIDH*, vol. 49, 2009, pp. 13-28.

Se puede decir que, en general, las autoridades internas de los Estados miembros, a pesar de las eventuales dificultades encontradas, demuestran una disposición al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, lo que presupone de hecho el reconocimiento de su obligatoriedad.

Por ocasión del juicio del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se detuvo a analizar varias decisiones de tribunales superiores de diferentes Estados pertenecientes al sistema interamericano. Se sostuvo que la disposición de los órganos internos a cumplir las decisiones internacionales es bastante notoria y que realmente presupone la obligatoriedad de lo que es decidido por la Corte Interamericana¹⁰.

Así, para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la fuerza de la decisión de la Corte Interamericana “al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio– el mismo valor de la norma interpretada”. Para el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Interamericana y sus decisiones componen el llamado bloque de constitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana entiende que “es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales”. También recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina señaló que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, estableciendo que su interpretación de la Convención Americana debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La Corte Constitucional de Colombia, a su vez, considera la jurisprudencia internacional “criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Hay también una referencia al Tribunal Constitucional de Perú, que llega al punto de convertir en obligatorias todas las decisiones de la Corte Interamericana – tema que se será visto más adelante– al sostener que:

“la vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino

¹⁰ Para todas las referencias a los derechos internos a continuación, ver CorteIDH *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, paras. 226-232.

que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

Sin embargo, es importante recordar que, aparte de este cuadro pintado por la propia Corte Interamericana, algunos pocos casos límite demuestran que el derecho interno desafía profundamente la obligatoriedad jurídica de sus decisiones, especialmente cuando ponen en jaque algún aspecto de gran repercusión política nacional.

Esto sucedió, por ejemplo, con el caso *Aspitz Barbera y otros*, en el que la Corte Interamericana determinó, entre otras medidas, que ciertos jueces de un tribunal administrativo venezolano que habían sido destituidos de sus cargos fuesen reintegrados¹¹. La reacción no tardó en producirse y, pocos meses después, en el mismo año 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no solamente declaró inejecutable la decisión de la Corte Interamericana, por usurpar competencias propias de las autoridades internas venezolanas, sino que también solicitó que el Poder Ejecutivo denunciase la Convención Americana. En los términos de la Sala Constitucional:

“(…) declara:

1) **INEJECUTABLE** el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.

2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana

¹¹ CorteIDH *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, de 5 de agosto de 2008, para. 78.

*de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”.*¹²

Aunque aisladas, tales relaciones muestran una tensión latente entre el sistema interamericano de derechos humanos y los sistemas jurídicos internos. Y existe una probabilidad razonable de que tal tensión crezca en el caso de que se consolide el entendimiento de que las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias incluso para Estados que no están directamente involucrados en la demanda judicial. Es lo que se discutirá en el próximo ítem en la cuestión sobre la ampliación del sentido del llamado control de convencionalidad.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EFECTOS *ERGA OMNES* DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Desde el principio de su actividad judicial, la Corte Interamericana ha comprendido que es competente para interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en todos los casos que le son sometidos. Es lo que se desprende del art. 62 (1) y (3) del referido tratado, que establece:

“1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

(...)

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

Ha sido en este sentido en el que tal actividad de la Corte de interpretar y aplicar la Convención Americana pasó a ser entendida, especialmente

¹² Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Expediente Nº 08-1572, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

a partir del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, como un control de convencionalidad¹³. La idea, en un principio, parecía simple: mientras los jueces internos con competencia para apreciar materia constitucional ejercían un control de constitucionalidad, los jueces internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejercerían un control de convencionalidad.

No obstante, a partir del caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, de 2006, la Corte Interamericana pasó a afirmar que el juez interno también poseía la obligación de realizar “una especie de control de convencionalidad” en virtud de normas internas. En palabras de la Corte:

“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”.

Desde entonces, la Corte Interamericana, no sin algunas contradicciones,¹⁴ viene desarrollando el sentido de la idea de control de convencionalidad, especialmente teniendo en cuenta que debe ser ejercido no apenas por el tribunal internacional, sino también por las autoridades internas. Por ejemplo, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se resaltó que el control de convencionalidad realizado por órganos del poder judicial debe ser *ex officio*¹⁵. Destaca también el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*,

¹³ Ver CorteIDH. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala - Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez*, de 25 de noviembre de 2003, para 27.

¹⁴ Para un estudio sobre esta evolución, con sus contradicciones internas, ver CASTILLA, K., “El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de La Sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

¹⁵ Ver CorteIDH *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de Noviembre de 2006, para 128.

en el que se asoció el control de convencionalidad a la necesidad de que el juez interno vele por el efecto útil de la Convención Americana¹⁶. Además, en casos como *Gomes Lund vs. Brasil*, la Corte Interamericana afirma que el juez estatal “está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control de convencionalidad’”, dejando claro que no se trata de una mera facultad de la autoridad interna¹⁷. A su vez, en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, la Corte Interamericana extiende la obligación del ejercicio del control de convencionalidad a los órganos vinculados a la administración de Justicia¹⁸, lo que incluiría también al Ministerio Público.

El último caso contencioso juzgado por la Corte Interamericana, el 4 de septiembre de 2012 (caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*), demuestra que se ha consolidado la extensión del sentido del control de convencionalidad como obligación para las autoridades internas. Esto significa igualmente que hay una obligación para que se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad (tanto en su dimensión internacional como interna). En este sentido:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”¹⁹.

De la idea de que existe la obligación por parte del juez de ejercer el control de convencionalidad se derivan diversas implicaciones. Es relevante destacar tres.

La primera se refiere a la existencia de un control de convencionalidad como obligación jurídica internacional.

¹⁶ CorteIDH *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008.

¹⁷ CorteIDH *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010, para 176.

¹⁸ CorteIDH, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012, para 303.

¹⁹ CorteIDH *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, de 4 de septiembre de 2012, para 262.

En esta cuestión, es más probable que la Corte Interamericana haya interpretado la Convención Americana, así como otras normas internacionales relacionadas con este tema, de un modo muy extenso. El efecto práctico de tal obligación es que el tratado y las decisiones del tribunal internacional tengan un rango superior a las normas internas. Como bien aclara Ximena Fuentes, no existe ningún indicador de que el derecho internacional establezca, como norma general, la posición jerárquica que un tratado deba ocupar en el derecho interno de cada Estado. Ni tan siquiera el tantas veces citado art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define jerarquía interna de los tratados. El precepto, que posee la naturaleza de una norma secundaria de atribución de responsabilidad internacional, solamente dispone que el incumplimiento de una norma internacional no pueda ser justificado por la existencia de una norma interna. El posicionamiento jerárquico de las normas internacionales es una materia que se atribuye a los derechos nacionales, a no ser que una norma internacional establezca claramente lo contrario, lo que no parece ser el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰.

La segunda implicación guarda relación con el conflicto sobre qué tribunales deben ejercer el control de convencionalidad: la corte internacional (en este caso, la Corte Interamericana) o los tribunales internos.

En los primeros casos en los que se introdujo la terminología, la Corte enfatizó que el juez interno ejerce “una especie de” control de convencionalidad, y no el control en sí mismo, que quedaría reservado al tribunal internacional. Posteriormente, tal distinción desapareció, dando a entender que el mismo tipo de control de convencionalidad cabe tanto interna como internacionalmente.

Si el juez interno está obligado a realizar el control de convencionalidad en sí mismo, es altamente probable que se viole tal obligación porque ese mismo juez esté virtualmente vinculado a alguno de los ordenamientos jurídicos del continente americano, debiendo una lealtad mayor a la Constitución que a un tratado. Además, diversos jueces y tribunales están adscritos a competencias bien delimitadas, que no incluyen ni fiscalizar los tratados de derechos humanos ni establecer su prevalencia sobre las normas internas, incluso sobre las normas constitucionales.

²⁰ Ver FUENTES TORRIJO, X., “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, nº 2, 2008, pp. 488-492.

Por estas razones algunos comentaristas intentan rescatar el sentido de los primeros casos de la Corte Interamericana para afirmar que lo que hacen jueces y tribunales internos es apenas una “especie de” control de convencionalidad que, en la práctica, representa una interpretación de derechos y libertades realizada conforme a los tratados²¹. Esto permitiría que las autoridades internas competentes pudiesen tener en cuenta tanto las normas internas constitucionales como la norma convencional en la decisión sobre casos de violación de derechos humanos o fundamentales.

Pero la obligación de que las autoridades internas realicen el control de convencionalidad posee una tercera implicación aún más importante. Tal fórmula, especialmente cuando asocia la idea de obligación a la necesidad de que el juez del tribunal interno tenga en cuenta la interpretación que hace la Corte Interamericana de la Convención Americana de Derechos Humanos, saca a la luz la difícil cuestión de los efectos *erga omnes* de las decisiones de un tribunal internacional.

Aunque el lenguaje no sea del todo claro, los casos sugieren que los efectos de las decisiones, incluso en sus fundamentos, se extienden a todos los Estados que aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, independientemente de que sean partes o interesados directamente en el caso. Tal efecto *erga omnes* de las decisiones, que no está expresamente previsto en la Convención Americana, pone de relieve los límites existentes entre las competencias de los tribunales internos y de la Corte Internacional, además de la propia eficacia de las decisiones tomadas por la última en un continente todavía inestable en lo que se refiere al funcionamiento de las instituciones democráticas. En las páginas siguientes me gustaría detenerme en este aspecto.

4. LA REPERCUSIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS *ERGA OMNES* DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Reconocer que las decisiones de los tribunales internacionales poseen exclusivamente un efecto *inter partes* es reducir la capacidad del derecho internacional de resolver cuestiones complejas que, algunas veces, exigen respuestas vigorosas y de alcance muy amplio.

Por ejemplo, la constatación por parte de un tribunal internacional de que una norma de naturaleza *jus cogens* ha sido violada requiere

²¹ Ver CASTILLA, K, ob. cit., pp. 613-614.

que tal reconocimiento no sea restringido apenas a las partes en litigio. Al fin y al cabo, la propia definición de *jus cogens* abarca la idea de “comunidad internacional en su conjunto”, según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sería artificial defender que la identificación de una norma de este tipo, que trata los intereses comunes de los miembros de la comunidad internacional, fuese restringida apenas a las partes en disputa en un caso judicial. Artificial porque atentaría contra la propia función de las normas *jus cogens*, que poseen efectos *erga omnes*, en el derecho internacional. Por eso, incluso en tribunales internacionales muy celosos del consentimiento estatal, como la Corte Internacional de Justicia, esta cuestión se presenta en abierto²².

Incluso en la Corte Interamericana, no se puede simplemente excluir los efectos *erga omnes* de las decisiones que implican la identificación de normas *jus cogens*. En algunos de los casos antes citados, la Corte constató la violación de una norma de este tipo, como en los casos Masacres de Río Negro vs. Guatemala o Gomes Lund vs. Brasil. En estas situaciones, y en lo que se refiere a la norma *jus cogens* identificada, es perfectamente coherente -aunque esto no reduzca la complejidad de la situación- defender la tesis del efecto *erga omnes* de las sentencias.

Sin embargo, la Corte Interamericana parece estar yendo más allá. Se impone la obligación de control de convencionalidad, teniendo necesariamente en cuenta la interpretación que ese tribunal internacional da a la Convención Americana, no solamente en casos que involucren violaciones de normas *jus cogens*²³. Se da a entender, por tanto, que todos los casos juzgados por el tribunal internacional están dotados de efectos *erga omnes*.

²² Ver BRANT, L. N. C., ob. cit., pp. 404-410.

²³ Es creciente el número de doctores que han afirmado y defendido que, de hecho, la jurisprudencia de la Corte Interamericana -no solo en casos contenciosos, sino también en casos consultivos- posee efectos *erga omnes*. Ver, v.g., SAGÜÉS, N. P., “El ‘Control de Convencionalidad’ como Instrumento para la Elaboración de un *Ius Commune* Interamericano”, en VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, UNAM, México, 2010, pp. 449-468; HITTERS, J. C. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, nº 2, 2009, pp. 109-128; HITTERS, J. C., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10, 2008, pp. 131-156; MONDRAGÓN REYES, S., “La jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nº 29, 2009, pp. 135-149.

¿Cual es la problemática en torno a los efectos *erga omnes* de las decisiones en casos que no involucran la violación de normas *jus cogens*?

En primer lugar, la eficacia *erga omnes* generalizada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana insiste en un modelo jerárquico de supremacía del derecho internacional que, en situaciones extremas, se vuelve difícil de sostener.

Uno de los mejores ejemplos de que un modelo basado puramente en la jerarquía superior del derecho internacional sobre los derechos internos genera problemas es el caso Kadi, juzgado por la Corte Europea de Justicia. La situación ha sido ampliamente divulgada y discutida. Un individuo que, al ser asociado con la práctica del terrorismo, tuvo sus bienes congelados en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad, la cual fue internalizada en el espacio comunitario por un reglamento de la Comunidad Europea, y que decidió llevar su caso a la Corte Europea de Justicia. Después de una tramitación del caso un tanto controvertida, la Corte Europea de Justicia determinó la anulación del reglamento, fundamentada en la imposibilidad de que el Consejo de Seguridad viole derechos fundamentales básicos existentes en el ámbito de la Comunidad Europea. Esta decisión, aunque impactante para cualquier internacionalista ortodoxo por poner en jaque la supremacía del derecho internacional, fue aplaudida por establecer un límite para la actuación muchas veces desreglada del Consejo de Seguridad: el respeto a los derechos fundamentales o humanos²⁴.

Ciertamente, la decisión del tribunal comunitario puede ser objeto de diversas críticas, especialmente por fundarse en una idea dualista que, en la práctica, conduce a una jerarquía inversa: la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional. Por esta misma razón, el caso Kadi simboliza la necesidad de pensar en formas alternativas – y no necesariamente jerárquicas – de concebir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

No hay lugar a dudas de que tanto la voluntad de la Corte Interamericana de hacer valer sus decisiones de manera amplia – con posible eficacia *erga omnes* – como la renuencia creciente de algunos Estados – como los europeos – de frenar el avance de las decisiones internacionales cuando estas coliden con importantes valores internos, tienen que ver

²⁴ Para un análisis profundo y detallado del caso, ver, especialmente, DE BÚRCA, G., "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, nº 1, 2010, pp. 1-49.

con el llamado “foco interno” de muchas normas internacionales contemporáneas. Diversas ramas del derecho internacional han adquirido un papel regulador, y rigen asuntos internos – como los derechos y obligaciones de los individuos – que antes se veían como parte del dominio reservado a los Estados²⁵. Los derechos humanos son un buen ejemplo de este nuevo papel asumido por el derecho internacional, pero podrían citarse otras ramas del derecho, como el derecho ambiental, el económico o el aeronáutico.

Tal “foco interno” nos remite inmediatamente a uno de los principales artífices de la idea de que no existe una diferencia claramente demarcada entre derecho internacional y derecho interno en lo que se refiere a la regulación de materias, al mismo tiempo en que hay una unidad del sistema jurídico que incluye tanto el interno como el internacional, con la prevalencia del último: Hans Kelsen.

Para el famoso profesor austríaco no había límites en la regulación de materias por parte del derecho internacional, porque regulaba conductas humanas del mismo modo que lo hace el derecho interno. De esa unicidad del fenómeno jurídico también surgía la unicidad del ordenamiento jurídico. La opción de Kelsen a favor de la supremacía del derecho internacional, aunque no fuese una posición dictada por la ciencia del derecho, se originaba de una clara posición política – relacionada con la llamada “mundividencia objetiva” – que asociaba la prevalencia del derecho internacional al pacifismo²⁶.

El modelo kelseniano provocó mucho impacto en la forma de concebir las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, especialmente entre los internacionalistas. Y se debe conjeturar también que, especialmente en América Latina, esa influencia haya sido aún mayor, lo que podría llevarnos a entender la interpretación de la Corte Interamericana en relación al tema como tributaria de las ideas de autores como Kelsen. Dejando al margen las conjeturas, el hecho es que si Kelsen estaba seguro de que no hay un límite inmanente entre lo interno y lo internacional, y las materias tradicionalmente reguladas por el primero pueden serlo por el segundo, su insistencia en un modelo extremadamente jerarquizado de funcionamiento del sistema jurídico se

²⁵ NOLLKAEMPER, A., “Rethinking the Supremacy of International Law”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 65, nº 1, 2010, p. 69.

²⁶ Las posiciones de Kelsen sobre este asunto pueden ser fácil y didácticamente encontradas en KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, pp. 224-244.

muestra hoy problemática. Esta insistencia estimula medidas extremas que no reconocen al otro (el derecho interno o el derecho internacional), como los efectos *erga omnes* de todas las decisiones de la Corte Interamericana, el caso Kadi o incluso la ya mencionada decisión tomada por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que dejó sin efecto una decisión de la propia Corte Interamericana.

Por un lado, la idea de los efectos *erga omnes* de las decisiones de la Corte Interamericana está fundada en una jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno porque, de la manera como puede ser interpretada a partir de los varios casos antes citados sobre el control de convencionalidad, el juez interno se queda sin cualquier opción sobre el cumplimiento de las decisiones internacionales²⁷. Si la idea del control de convencionalidad como obligación exige considerar necesariamente la jurisprudencia internacional, optar por no seguirla (incluso hasta cuando haya motivos para hacerlo, toda vez que no existe la infalibilidad humana) generará como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado. Seguirla, a su vez, puede generar situaciones flagrantes de injusticia o de gran inestabilidad social. Imponer el cumplimiento de tales decisiones acarrea la idea (también kelseniana) de que si existe una soberanía, es única y pertenece al derecho internacional²⁸.

Por otro lado, reconocer la posibilidad de que tribunales como la Corte Europea de Justicia o el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela invaliden una decisión internacional en el ámbito del derecho interno, puede generar situaciones absurdas igualmente nefastas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el propio Consejo de Seguridad cuentan en su histórico con varios errores, pero también con muchos aciertos. Su intervención fue decisiva para preservar la dignidad de diversos individuos y el mantenimiento o establecimiento de la paz en diversos territorios. La protección internacional de los derechos humanos (y muchos campos de actuación del derecho internacional) está basada en la idea de que se necesita una instancia alternativa en los casos de abusos cometidos

²⁷ Sagüés, a partir de los precedentes de la Corte Interamericana, se posiciona de manera clara a favor de la superioridad del derecho internacional. Para él, la Convención Americana de Derechos Humanos es superior a las propias constituciones de los Estados partes, en virtud de que el "bien común internacional" sea superior al "bien común nacional". Sostiene también que la vinculatoriedad de las decisiones de la corte internacional estableció un principio de *stare decisis* en el sistema interamericano. Ver SAGÜÉS, N. P., ob. cit., pp. 457-458.

²⁸ KELSEN, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 57-61.

por el Estado dentro del ámbito de sus propias competencias. Anular la posibilidad de actuación de esa instancia internacional también significa abrir la puerta a que se cometan injusticias y se genere inestabilidad social²⁹.

El gran problema del modelo jerárquico en los dos sentidos (internacional e interno) es que, si se aplica de manera ortodoxa, da la idea de falta de límites: algo que nunca puede ser contradicho (valores, intereses, principios) ya sea en la esfera interna, ya sea en la esfera internacional. El propio Kelsen percibió muy bien que el concepto de soberanía ilimitada contenía una serie de contradicciones lógicas³⁰. Sin embargo, su modelo puro y simple de supremacía del derecho internacional en toda y cualquier circunstancia producía el efecto de hacer efectiva la idea de ausencia de límites para el campo jurídico internacional.

Es importante pensar en formas de relación que no tengan como objetivo el intentar imponer ciertas decisiones, sino que se debería buscar el modo de potenciar situaciones que generen la aproximación de valores a veces contrapuestos. Es necesario que se reconozca que en muchas ocasiones, las situaciones de conflicto generan beneficios a los individuos y que una solución que conduce a que haya un vencedor y un vencido genera, en muchas ocasiones, consecuencias negativas. Se ha escrito mucho sobre el diálogo de cortes y el transconstitucionalismo³¹. Tal literatura parte de la importante constatación de que el modelo jerárquico se encuentra agotado. Sin embargo, hablar de la conversación como una forma de lidiar con los nuevos problemas que genera la relación entre el

²⁹ Algunos autores, críticos con la posición de la Corte Interamericana, han sostenido que se estarían extrapolando las competencias que le fueron otorgadas por los Estados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver BINDER, C. "¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías", en VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, UNAM, México, 2010, pp. 185-188. Tal argumento, aunque comprensible por intentar evitar los efectos dañinos de la adopción automática de los efectos *erga omnes* de las decisiones internacionales, tiene el peligro de minar sustancialmente la autoridad de tales tribunales. Ahora bien, se le debe garantizar a la Corte Interamericana el derecho de interpretar su propia competencia. Es de decir, los tribunales internacionales poseen *compétence de la compétence*. No reconocer tal principio permitiría que cualquier otra institución – el conjunto de los Estados, por ejemplo – pudiese revisar decisiones internacionales por violar competencias previamente establecidas.

³⁰ *Idem*, pp. 65-69.

³¹ Ver, por ejemplo, TOUFAYAN, M., "Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age", *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, n° 2, 2010, p. 312 e NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.

derecho internacional y el derecho interno implica la necesidad de un “giro sociológico” en este campo de estudio³². Antes de intentar que, por ejemplo, las decisiones internacionales sean plenamente implantadas en los derechos internos, es necesario responder cuestiones como: ¿de qué forma actúa el juez internacional? ¿Cómo se relaciona con los jueces internos? ¿Cómo se considera la realidad interna en los juicios internacionales? ¿Qué alternativas pueden encontrarse (incluso fuera del canon clásico de las formas de reparación previsto en el capítulo de la responsabilidad internacional de los Estados) para hacer valer una decisión internacional? ¿Cuáles son las diferencias de poder entre los tribunales internacionales y los tribunales internos?

Algunos estudios empíricos ya se están realizando bajo esta perspectiva. Es el caso de un reciente artículo que tiene como objetivo probar que sin una buena articulación interna, especialmente, pero no exclusivamente, por la actuación del Poder Ejecutivo, el nivel de cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana se reduce significativamente³³. Esta circunstancia suscita la pregunta sobre si las decisiones de este tribunal deben estar más sintonizadas con las realidades internas de los Estados, si es que efectivamente se busca que se respeten.

Aún es muy temprano para explicar cómo tomarán cuerpo determinados modos menos jerarquizados de tratar las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. No hay una solución clara a la vista. No obstante, es importante comenzar a pensar en estas soluciones introduciendo en el debate preguntas que especialmente los internacionalistas no están tan acostumbrados a formular y que relacionan más el recurso a la teoría social y a estudios empíricos.

5. CONCLUSIONES

El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser abordado de diversos modos. En especial, la cuestión de su obligatoriedad pone de relieve una serie de cuestiones importantes para el propio funcionamiento del sistema interamericano.

³² Yo he defendido un giro de este tipo al discutir la relación entre los diferentes tribunales internacionales, lo que también puede ser aplicado a la relación entre los tribunales internos y los internacionales. Ver GALINDO, G. R. B., “Dialogando na Multiplicação: Uma Aproximação”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 9, nº 2, 2012, pp. 1-9.

³³ Ver HILLEBRECHT, C., “The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Quarterly*, vol. 34, nº 4, 2012, pp. 959-985.

El Derecho Internacional y el Derecho Interno tienen modos diferentes de encarar el problema de la obligatoriedad de las decisiones internacionales. Por una parte, la Convención Americana es clara en el sentido de que, para las partes en litigio, la decisión debe cumplirse. Por otra parte, los derechos internos, al incorporar internamente la Convención -que contiene la cláusula de obligatoriedad de las decisiones del tribunal- se vinculan no solamente a las autoridades internacionales, sino también a las autoridades internas.

Aunque se perciba, de manera general, una disposición a cumplir las decisiones, de vez en cuando ciertos casos complejos ponen a prueba el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana como actos jurídicos obligatorios.

Tales tensiones pueden aumentar en el caso de que se consolide en la Corte la comprensión de que el control de convencionalidad implica la obligación de que todos los Estados que aceptan la competencia contenciosa del tribunal cumplan la totalidad de su jurisprudencia, so pena de ser responsabilizados internacionalmente. Este intento de hacer con que todas las decisiones judiciales en el ámbito del sistema interamericano tengan efectos *erga omnes* acarrea problemas porque insiste en un modelo jerárquico de supremacía del derecho internacional que, muchas veces, puede generar paradojas.

Es importante pensar en modos alternativos de preservar la autoridad de las decisiones de la Corte Interamericana sin imponer al juez interno, por la obligación de realizar el control de convencionalidad, el cumplimiento de toda la jurisprudencia del tribunal internacional. El recurso a la teoría social y a las investigaciones empíricas son, seguro, importantes instrumentos para pensar de qué modo se podría establecer un diálogo u otro tipo de conversación entre instituciones internas e internacionales con el fin de acomodar los más diversos intereses y valores.

El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está, por tanto, mucho más a favor abordar este tema bajo la perspectiva del estímulo a la conversación y al diálogo, que de tratarlo bajo la imposición de un modelo jerárquico que de forma recurrente lleva a transitar por caminos indisolubles en las relaciones entre del derecho internacional y el derecho interno.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BINDER, C. "¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías", en VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, UNAM, México, 2010, pp. 159-188.
- CASTILLA, K., "El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de La Sentencia del Caso Radilla Pacheco", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.
- HITTERS, J. C., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10, 2008, pp. 109-128.
- SAGÜÉS, N. P., "El 'Control de Convencionalidad' como Instrumento para la Elaboración de un *Ius Commune* Interamericano", en VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, UNAM, México, 2010, pp. 449-468.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Comissão Interamericana de Direitos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/>
 Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

- CorteIDH *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, de 5 de agosto de 2008.
- CorteIDH *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, de 26 de noviembre de 2010
- CorteIDH, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012.
- CorteIDH *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010.
- CorteIDH *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008.
- CorteIDH *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, de 4 de septiembre de 2012.
- CorteIDH *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de Noviembre de 2006.
- CorteIDH. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala - Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez*, de 25 de noviembre de 2003.

10

DEL DIÁLOGO ENTRE LAS CORTES SUPREMAS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS AL TRANSCONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA*

Marcelo Neves
Universidad de Brasilia

Resumen

Este capítulo demuestra, con diversos casos prácticos, la relevancia del transconstitucionalismo en la actualidad. Mas allá de los diálogos constitucionales entre cortes, el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de que los diversos órdenes jurídicos entrelazados en la solución de un problema-caso constitucional que les sea concomitantemente relevante deben buscar formas transversales de articulación para la solución del problema, cada uno de ellos observando al otro, para comprender sus propios límites y posibilidades de contribuir a solucionarlo.

1. MÁS ALLÁ DE LOS “DIÁLOGOS” CONSTITUCIONALES ENTRE CORTES: EL TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ÓRDENES JURÍDICAS

El término “diálogo” se usa, habitualmente, para hacer referencia al discurso orientado al entendimiento o al consenso, en los términos de la filosofía social de Jürgen Habermas¹. Pero este no es el sentido en el que utilizo la expresión ya que empleo 'diálogo' y 'conversación' para referirme a formas de comunicación orientadas a la absorción del disenso, presuponiendo la doble contingencia², aunque sepa que este no sea el uso habitual de estas expresiones. Entre órdenes jurídicas diversas, especialmente

* Capítulo traducido por Carlos Cernados Carrera.

* El presente artículo se basa en mi libro *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009; 2ª reimpresión, 2012 (trad. inglesa: *Transconstitutionalism*, Hart, Oxford, 2013). Para profundizar en el tema, se sugiere la lectura de esta obra monográfica.

¹ Cf. El análisis crítico de NEVES, M., *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2012, pp. 118 ss.

² NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 270 ss.

en el plano de problemas constitucionales, estos términos apuntan a comunicaciones transversales, que implican la posibilidad de aprendizaje recíproco.

No obstante, inclusive en este sentido, el transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos no se reduce al “diálogo” entre cortes. En primer lugar, cabe advertir que, a veces, la conquista de derechos en el ámbito del transconstitucionalismo dimana de relaciones altamente conflictivas entre cortes de órdenes jurídicos diversas. En segundo lugar, los problemas transconstitucionales emergen y son enfrentados fuera de las instancias jurídicas de naturaleza judicial, desarrollándose en el plano jurídico de la administración, del gobierno y del poder legislativo, así como en el ámbito de los organismos internacionales y supranacionales no judiciales, de los actores privados transnacionales e, inclusive, especialmente en América Latina, en el dominio normativo de las comunidades “tribales”. El transconstitucionalismo apunta hacia el hecho de que, cada vez con más frecuencia, surgen cuestiones que puedan involucrar a instancias estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como a instituciones jurídicas locales nativas, en la búsqueda de la solución de problemas típicamente constitucionales. Bajo esta amplia perspectiva abordaré, a continuación, el transconstitucionalismo en América Latina, sin descuidar, no obstante, la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales supremos o constitucionales de los respectivos Estados.

2. PROBLEMAS TRANSCONSTITUCIONALES ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES SUPREMOS O CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS

Se puede percibir que se viene desarrollando una experiencia relevante de transconstitucionalismo entre orden internacional y orden estatal cuando se observa la relación entre el “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, instituido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y las órdenes constitucionales de los respectivos Estados signatarios que la ratificaron³. En este contexto, no se trata simplemente de una

³ Esta Convención fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, en São José da Costa Rica, habiendo entrado en vigor el 18 de julio de 1978, conforme su art. 74, n.º 2. Al respecto, ver BURGORGUE-LARSEN, L., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Entre clasicismo y creatividad”, en VON BOGDANDY, A., LANDA ARROYO, C. y MORALLES ANTONIAZZI, M. (dir.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, Instituto

imposición de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), creada y estructurada por el Capítulo VIII (arts. 52 a 69) de la CADH, sobre los tribunales nacionales con competencias constitucionales. Estos tribunales nacionales también revisan su jurisprudencia a la luz de las decisiones de la Corte. Tanto desde la CorteIDH como desde las cortes estatales ha habido una disposición al “diálogo” en cuestiones constitucionales comunes referentes a la protección de los derechos humanos, de tal modo que se amplía la aplicación del derecho convencional por los tribunales domésticos⁴.

Un caso interesante trata el conflicto entre el art. 7º, n.º 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5, LXVII, de la Constitución brasileña. Mientras esta disposición constitucional permite la prisión civil del depositario infiel, el precepto de la Convención lo prohíbe. En el juicio del RE 466.343/SP, del RE 349.703/RS y del HC 87.585/TO, el Supremo Tribunal Federal decidió el 3 de diciembre de 2008, por mayoría, que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, cuando no sean aprobados en los términos procedimentales del artículo 5º, § 3º, de la Constitución Federal (procedimiento idéntico al de una Enmienda Constitucional)⁵, tienen una jerarquía supralegal, pero infraconstitucional. Este caso ocasionó un amplio debate al respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico brasileño⁶. Una de las soluciones planteadas a esta controversia abogó por dotar de una validez interna ilimitada al mencionado precepto de la ratificada Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo

Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 287-338; CARAZO ORTIZ, P., “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, *ibidem*, pp. 231-85. Sobre este debate en Brasil, ver OLIVEIRA, M. L. d. (dir.), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, destacándose el prefacio de CANÇADO TRINDADE, A. A., “Prefácio: A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história”, pp. XVII-XLIII. Para un análisis de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), cf. RAMÍREZ, S. G. “Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 187-221.

⁴ Cf. CARAZO ORTIZ, ob. cit., pp. 273 ss.; BURGORGUE-LARSEN, ob. cit., pp. 309 ss.

⁵ El artículo 5º, § 3º, de la Constitución Federal de Brasil, establece: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, 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.”

⁶ STF, RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso; RE 349.703. Rel. min. Ayres Brito; HC 87.585. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 12.12.2008.

en cuenta que esta norma implicaría una ampliación de los derechos constitucionalmente establecidos, de tal modo que el derecho contenido en ella estaría fundado en el artículo 5º, § 2º de la Constitución Federal⁷. Sin embargo, en una interpretación restrictiva sobre la validez interna del precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos no se excluye una solución positiva a la ampliación práctica de los derechos fundamentales: el argumento a favor de la validez supralegal e infraconstitucional de la Convención ratificada sirve a una decisión en el sentido de que la Constitución apenas admitió la prisión civil del depositario infiel⁸; por tanto, el derecho infraconstitucional podría decidir libremente sobre el permiso o la prohibición y, en esta hipótesis, el pacto internacional tendría primacía sobre el Código Civil brasileño⁹. Solamente el mantenimiento de la orientación que anteriormente dominaba en la tradición jurídica brasileña, es decir, la concepción de que los actos internacionales ratificados tienen el mismo nivel de validez que una ley ordinaria, podría producir un conflicto insuperable entre el STF y la CorteIDH, pues el Código Civil brasileño entró en vigor (el 10/01/2003) después de la ratificación del tratado y, en este caso, prevalecería la máxima *lex posterior derogat priori*¹⁰. Mantenido esta posición, el STF rompería un “diálogo” constitucional con la CorteIDH en lo que se refiere a la comprensión de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el debate

⁷ Posición defendida por el ministro Celso de Mello, en voto conductor de la divergencia, con apoyo en las obras de CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2ª ed., Fabris, Porto Alegre, vol. I, 2003, p. 513; PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 51-77; OLIVEIRA MAZZUOLI, V. d., *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, América Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, pp. 147-50; *idem*, *Curso de direito internacional público*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 682-702. ALBUQUERQUE MELLO va mas allá y sustenta el carácter supraconstitucional de los tratados y convenciones sobre derechos humanos (ALBUQUERQUE MELLO, C.D. d., “O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal”, en LOBO TORRES, R. (dir.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 1-33, 25 s.). El art. 5º, § 2º, de la Constitución Federal de Brasil, dispone: “Los derechos y garantías expresadas 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 de Brasil sea parte.”

⁸ El art. 5º, inciso LXVII, de la Constitución Federal do Brasil, determina: “no habrá prisión por deuda, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de obligación alimenticia y la del depositario infiel”.

⁹ Posición defendida por el ministro Gilmar Mendes, en voto conductor de la mayoría. Ver al respecto MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. e GONET BRANCO, P. G., *Curso de direito constitucional* Saraiva, São Paulo/IDP, Brasília, 2007, pp. 665 ss.

¹⁰ Jurisprudencia consolidada por el Supremo Tribunal Federal en el juicio del RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977. Sobre esta jurisprudencia, ver MENDES, MÁRTIRES COELHO y GONET BRANCO, ob. cit., pp. 659 ss. Esta es, todavía, la posición de

que se entabló, parece claro que se puso de manifiesto un esfuerzo con vistas a la formación de una racionalidad transversal, que se muestre soportable para los ordenes jurídicos implicados.

Por parte de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, cabe destacar el importante juicio del caso *Yatama vs. Nicaragua*, sobre la participación democrática de algunos miembros de la comunidad indígena, afiliados al partido Yatama, a los que se les prohibió ser candidatos a las elecciones municipales del 5 de noviembre de 2000, por una decisión del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua¹¹. La CorteIDH no solo condenó al Estado de Nicaragua a indemnizar por daños materiales e inmateriales a los miembros de la comunidad indígena, sino también determinó que se procediese a la reforma de la respectiva ley electoral, concluyendo: “El Estado debe reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral No. 331 de 2000 declarados violatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en los términos del párrafo 259 de la presente Sentencia”¹². Este es un claro ejemplo en el que la ampliación de los derechos fundamentales constitucionales se apoyó en una norma de orden internacional invocada para dirimir el conflicto: la propia comprensión del derecho interno de ciudadanía activa, materia intrínsecamente constitucional, quedó vinculada a regulaciones internacionales, pasando a depender de la interpretación de un tribunal también internacional.

DIMOULIS y MARTINS para los tratados no aprobados en los términos del Párrafo 3º del art. 5º de la Constitución Federal (DIMOULIS, D. e MARTINS, L., *Teoria geral dos direitos fundamentais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 50). PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946*, Borsoi, Rio de Janeiro, vol. I, 1960, p. 225, aunque hubiese equiparado jerárquicamente el tratado a una ley ordinaria, afirmaba: “A Constituição não pode atingir tratado anterior sem ser dentro das cláusulas que o próprio tratado, válido em direito das gentes, contém para a denúncia dele, ou a ab-rogação das suas regras. Assim, o primado do direito das gentes, então, é indiscutível. [...] Os escritores incidiram, a respeito, em graves confusões, oriundas de assimilação inconsiderada entre o tratado anterior à Constituição e o tratado posterior à Constituição.”

¹¹ CorteIDH *Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005.

¹² *Idem*, § 275.1 (en este punto, con el voto disidente del juez *ad hoc* Montiel Argüello). Sobre esta decisión, ver GONZÁLEZ VOLIO, L., “Los Pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua”, *RevistaIIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 41, 2005, pp. 317-45.

3. UN PROBLEMA TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

Sin embargo, hay experiencias que indican la existencia de una probable tensión entre los órdenes constitucionales de los Estados latinoamericanos y las cortes internacionales. Es relevante destacar la existencia de situaciones en las que la norma internacional de protección de los derechos humanos que se invoca puede presentarse como una restricción a los derechos fundamentales de la Constitución estatal. Este es el caso del conflicto entre la Constitución brasileña y el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, que fue adoptado el 17 de julio de 1998 que entró en vigor en el ordenamiento internacional el 1.º de julio de 2002 y que fue ratificado por Brasil mediante el Decreto Legislativo n.º 112 en el año 2002. Mientras el artículo 77, n.º 1, letra *b*, del Estatuto de Roma del Tribunal Penal, prevé prisión perpetua (“cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”), esa pena está prohibida conforme el artículo 5º, inciso, XLVII, letra *b*, de la Constitución Federal. Aunque el artículo 5º, § 4º, de la Constitución Federal, introducido por la Enmienda Constitucional n.º 45, de 2004, haya establecido que “Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación ha *manifestado adhesión*”, esta cuestión sigue generando problemas, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 60, § 4º, inciso IV, del diploma constitucional brasileño, la prohibición de penas de “carácter perpetuo”, incluida en el catálogo de los derechos y garantías individuales, no puede ser abolida al ser una cláusula pétrea¹³.

Por una parte, la comprensión de los derechos humanos por el derecho internacional público parte de la preocupación por los escandalosos e impactantes crímenes cometidos contra la humanidad. Por otra, el punto de partida de la comprensión constitucional brasileña de los derechos fundamentales reside en entender que la cadena perpetua viola los derechos humanos. Una solución unilateral no se entiende adecuada en este caso.

Conforme lo presentado en los casos precedentes, existe la tendencia en la jurisdicción constitucional brasileña de exigir una condición específica

¹³ El artículo 60, § 4º, inciso IV, de la Constitución Federal de Brasil, determina: “§ 4º - No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir: [...] IV - los derechos y garantías individuales.”

para la extradición del supuesto criminal que va a ser procesado o del criminal que ya ha sido condenado por el Tribunal Penal Internacional (TPI), en estos casos: solo se entregarán si se conmuta la cadena perpetua por una pena de treinta años como máximo¹⁴. Aunque no se trate, rigurosamente, de una extradición en la hipótesis de una corte internacional, pues el concepto de extradición se refiere a la relación entre Estados, esta solución podrá adoptarse en aquellos casos en los que se pida a Brasil la *entrega* al Tribunal Penal Internacional de criminales, reos o imputados¹⁵. Esta es una solución intermedia, que, aunque no sea totalmente compatible con el Estatuto de Roma, puede ser aceptada por el Tribunal Penal Internacional desde una posición constructiva y orientada al aprendizaje.

Esta cuestión podría generar más problemas si el STF decidiese tratar este supuesto como una “extradición” y quisiese aplicar su jurisprudencia, que veda la extradición de brasileños, en los términos del artículo 5º, inciso LI, de la Constitución brasileña. En este caso, la solución del conflicto normativo no sería tan sencilla. Sin embargo, no parece adecuada, como ya se ha adelantado, la extensión semántica de este precepto, en el sentido de que esta prohibición valga también para la entrega de criminales, reos o imputados al TPI, pues la extradición se refiere a la relación entre Estados. Sin duda, incluso admitida esta interpretación del concepto de extradición, volverán a surgir nuevamente problemas al invocar el artículo 60, § 4º, inciso IV, de la Constitución, que no permite la abolición de las garantías de derechos fundamentales (“cláusulas pétreas” – ver *supranota*13). El rumbo de los acontecimientos en este contexto normativo permanece en abierto. No obstante, la disposición al aprendizaje por ambas partes, mediante la formación de una red transversal constructiva, es decir, el transconstitucionalismo, es decisiva a la hora de encontrar soluciones

¹⁴ Confirmando los precedentes en la experiencia jurisprudencial más reciente, cf. los siguientes casos de extradición, decididos todos por unanimidad por el Pleno del STF: Ext 1.104. Rel. min. Cezar Peluso. DJe de 23.05.2008); Ext 1.103. Rel. min. Eros Grau. DJe de 07.11.2008; Ext 1.060. Rel. min. Gilmar Mendes. DJe de 31.10.2007; Ext. 1.069. Rel. min. Gilmar Mendes. DJe de 14. 09.2007.

¹⁵ Cf. MALISKA, M. A., *Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2006, pp. 188 s., que aún admite la hipótesis de la entrega al TPI sin esas condiciones (p. 189), lo que me parece incompatible con los precedentes jurisprudenciales brasileños e implicaría la quiebra de la “cláusula pétrea”. A este respecto, ver SABADELL, A. L. y DIMOULIS, D., “O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais”, en NEVES (dir.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, pp. 157-86.

satisfactorias en esta área de conflicto. El internacionalismo y el nacionalismo, en este caso, podrán conllevar actitudes destructivas para los derechos humanos o fundamentales.

4. INVOCACIÓN DE OTROS ÓRDENES JURÍDICOS EXTRANJEROS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE JUICIOS DE CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN BRASIL

En América Latina hay también una vieja tradición de referencias a preceptos, jurisprudencias y doctrinas constitucionales extranjeros. Aunque la influencia de Estados Unidos, especialmente en virtud de la fuerte influencia del modelo constitucional de este país en el origen del constitucionalismo latino-americano, haya dominado por mucho tiempo, el derecho constitucional de los países europeos y su respectiva jurisprudencia pasaron a ser invocados de forma creciente, cabiendo destacar la influencia actual del constitucionalismo alemán. Es verdad que, históricamente, las referencias a los textos, doctrinas y jurisprudencia constitucional extranjeros, en gran medida, han sido la expresión de una “retórica” de los magistrados destinada a probar su erudición, sin cualquier vínculo de relevancia argumentativa con el caso *sub judice*. No obstante, se observa, particularmente en la jurisprudencia reciente, la tendencia a la inclusión de referencias a textos constitucionales y precedentes jurisdiccionales de Estados extranjeros como parte no solo del *obiter dictum*, sino también de la *ratio decidendi*.

En la experiencia brasileña más reciente, el transconstitucionalismo con otros órdenes jurídicos estatales se viene desarrollando sensiblemente en el ámbito del Supremo Tribunal Federal. En decisiones de gran relevancia en materia de derechos fundamentales, invocar la jurisprudencia constitucional extranjera no se presenta apenas en los votos singulares de los ministros, sino que también se expresa en los sumarios de las sentencias, como parte de la *ratio decidendi*. En el juicio histórico del Habeas Corpus 82.424/RS, del 17 de noviembre de 2003, el pleno del STF, por caracterizar como crimen racista la publicación de cualquier libro con contenido antisemítico (negación de la existencia del holocausto) y, por tanto, sostener su no prescripción, desestimó, por mayoría, el pedido, en el ámbito de un debate en el que la invocación de la jurisprudencia constitucional extranjera fue fundamental. Esta situación repercutió en el Sumario de la Sentencia, a la que pertenece el siguiente párrafo:

9. Derecho comparado. A ejemplo de Brasil las legislaciones de países organizados bajo la égida del estado moderno de derecho democrático igualmente adoptan en su ordenamiento legal penas para delitos que estimulen y propaguen segregación racial. Manifestaciones de la Suprema Corte Norteamericana, de Cámara dos Lores de Inglaterra y de la Corte de Apelación de California en los Estados Unidos que consagraron entendimiento que [se] aplican sanciones a aquellos que transgreden las reglas de buena convivencia social con grupos humanos que simbolicen la práctica del racismo.

En los votos de los ministros, hubo un amplio debate sobre precedentes jurisprudenciales, preceptos constitucionales y legislación de Estados extranjeros, habiendo sido relativamente insignificante la referencia a la jurisprudencia nacional e internacional¹⁶.

Esta orientación se manifestó también en el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 3.112, del 2 de mayo de 2007, que fue rechazada casi de forma integral, habiendo sido juzgada procedente apenas en parte, para declarar la inconstitucionalidad de los párrafos únicos de los artículos 14 y 15 y del artículo 21 de la Ley nº 10.826, de 22 de diciembre de 2003 (Estatuto del Desarme). En este caso, destacaron precedentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán¹⁷. Del mismo modo, cabe considerar el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 3.510/DF, del 29 de mayo de 2008, en el que se decidió a favor de la utilización de células madre embrionarias para fines de investigación y terapia, rechazándose el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 5º de la Ley n.º 11.105, del 24 de marzo de 2005 (Ley de Bioseguridad)¹⁸. En este caso, en varios votos se discutió el derecho de otros países. Podrían ser citados otros innumerables casos en los que las decisiones judiciales extranjeras invocadas, aunque no formen parte por sí solas de la *ratio decidendi*, contribuyen a la formación de los argumentos que la constituyen¹⁹. Esta nueva orientación no se trata

¹⁶ En los extractos del juicio, esto se evidencia cuando se considera, en el campo "observación", la enorme extensión de las citas referentes a la jurisprudencia de Estados extranjeros (HC 82.424/RS, Red. p/ Acórdão Maurício Corrêa. Pleno. DJ de 19.03.2004).

¹⁷ "BVerfGE 88, 203, 1993; BVerfGE 50, 290; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 39, 210; BVerfGE 90, 145, 1994 (caso Cannabis); BVerfGE 7, 377, 1958" (STF, ADI 3.112, 02/05/2007, DJ 26/10/2007).

¹⁸ STF, ADI 3.510. Rel. min. Ayres Britto. DJ de 05.06.2008.

¹⁹ Cf., p. ex., HC 93.050. Rel. min. Celso de Mello. 2ª Turma. DJe de 01.08.2008; HC 85.779. Red. p/ acórdão Cármen Lúcia. Pleno. DJ de 29.06.2007; ACO 633 AgR. Rel. min. Ellen Gracie. Pleno. DJ de 22.06.2007; RE 390.840. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 15.08.2006; ADPF 54 QO. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 31.08.2007; HC 40.910. Rel. min. Hahnemann Guimarães. Pleno. DJ de 19.11.1964.

apenas de una mera “retórica”²⁰, sino que genera significativos debates en el ámbito de una “conversación” transconstitucional.

Es conveniente, sin embargo, no invocar demasiado frecuentemente la jurisprudencia americana, alemana y de otros ordenamientos jurídicos para que no constituya un episodio más de “colonialismo” en el campo de la cultura jurídica²¹. Pasaríamos, por tanto, de la “importación” acrítica de modelos legislativos y doctrinarios a una incorporación inadecuada de precedentes jurisprudenciales. Lo que cambiaría sería apenas el acceso más fácil a la jurisprudencia extranjera. Es fundamental, por tanto, que sean “realizadas las debidas adaptaciones”, para que no caigamos en el viejo rótulo de las “ideas fuera de lugar”²², es decir, de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional desplazadas de su contexto jurídico y social. En este caso, se construye la paradoja de un diálogo en que solo consta el *alter*, pero falta el *ego* como polo de la comunicación. Y de ahí puede emanar un tipo de jurisprudencia y doctrina simbólica, cuyo significado normativo sea muy limitado²³.

²⁰ Aunque aún esté presente en muchos votos la pretensión de probar una erudición irrelevante para la solución del caso, volviendo los juicios excesivamente largos, cabe observar que esta cuestión no se refiere predominantemente a la referencia a precedentes jurisprudenciales extranjeros, sino a doctrinas y teorías importadas sin el debido filtro para la aplicación al contexto brasileño. Eso se relaciona, a su vez, con los límites de la reflexión jurídico-dogmática en Brasil (al respecto, cf. NEVES, M., *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 205 ss.). No obstante, la referencia retórica e inconsistente de la jurisprudencia extranjera está todavía fuertemente presente en el STF, como se puede comprobar en la decisión sobre la constitucionalidad de la política de cuotas en las universidades (ADPF 186. Rel. min. Ricardo Lewandowski. Pleno. Julg. em 26.04.2012), en la que se citaron como fundamento diferentes decisiones de la Suprema Corte de los EUA que la contradecían en el punto fundamental (Al respecto, ver COSTA NETO, J., “A citação meramente retórica de precedentes judiciais estrangeiros no julgamento da ADPF 186 (cotas raciais na UnB)”, *Observatório da Jurisdição Constitucional* (no prelo).

²¹ MONTORO, A., “Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. X, nº37, 1973; pp. 3-20; NEVES, M. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne* (cit.), p. 206.

²² SCHWARZ, R., “As idéias fora do lugar”, en SCHWARZ, R., *Ao vencedor as batatas: Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5ª ed., 4ª reimpr., Duas Cidades/Editora 34, São Paulo, 2008 pp. 9-31 [1ª ed. 1977].

²³ Sobre jurisprudencia simbólica, cf. NEVES, M., *A constitucionalização simbólica*, 2ª ed., WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 34. En el ya citado juicio del HC 82.424/RS, el ministro Marco Aurélio Mello utilizó esa expresión. Pero me parece que, en ese caso, a pesar de la fuerza simbólica, la fuerza normativa de la decisión también era relevante.

5. UN CASO TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE LA *LEX SPORTIVA* Y EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

El transconstitucionalismo se desarrolla del mismo modo en las relaciones entre órdenes jurídicos estatales y órdenes transnacionales contruidos primariamente por actores privados o casi públicos, como, por ejemplo, la *Lex mercatoria*, la *Lex sportiva* y la *Lex digitalis*²⁴.

Un caso interesante se originó con la decisión del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) del 17 de mayo de 2007, en la que, en relación al propio mérito, se negó la decisión tomada en el ámbito del derecho nacional²⁵. En ese caso, la Agencia Mundial Antidoping (World Anti-Doping Agency – WADA) interpuso un recurso contra una decisión tomada por la Comisión Disciplinaria de la Federación Mexicana de Fútbol (FMF) y también contra una decisión del órgano de recursos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de México y de la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD), que no consideraron un laudo del laboratorio acreditado por la WADA (*Olympic Analytical Laboratory* de la Universidad de California – UCLA). En el análisis de la primera muestra, el laboratorio confirmó la presencia de alguna sustancia anabólica prohibida por la FIFA. El resultado fue enviado a la Federación Mexicana de Fútbol (FMF) para que informase al jugador con el fin de requerir el contraanálisis en cuarenta y ocho horas, bajo pena de la presunción absoluta de aceptación del resultado del análisis de la primera muestra. El club del atleta alegó que no había sido intimado por el laboratorio a notificárselo al jugador, argumentando que debería ser la FMF quien realizase directamente la notificación (la FMF enviaría la comunicación del laboratorio al club, para que lo notificase al atleta). El pedido presentado por el jugador ante la Comisión Interdisciplinaria de la FMF fue estimado con base en el hecho de que el jugador no fue debidamente notificado y que la segunda muestra ya había sido destruida. El Laboratorio da UCLA alegó que la segunda muestra permanecía perfectamente conservada (congelada) para su análisis. La FMF recurrió a la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de México, que confirmó la decisión de la Comisión Disciplinaria de la FMF. El TAS, además de anular la decisión de esta Comisión Disciplinaria, declaró que la decisión de la CAAD no tenía

²⁴ Cf. NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, ob. cit., pp. 187-216.

²⁵ TAS, Sentencias n 2006/A/1149 y n° 2007/A/1211, extracto y comentario ofrecidos por LOQUIN, E., “Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chronique des sentences arbitrales”, *Journal du Droit International*

“ningún efecto en el sistema de sanciones establecidas en los Estatutos y Reglamentos de la FIFA”²⁶. Por consiguiente, teniendo en cuenta que se trataba de la segunda vez que se condenaba al jugador por el uso de la misma sustancia anabólica (en la primera había sido condenado a un año de suspensión), se lo declaró excluido inmediata y vitaliciamente de cualquier competición en el ámbito de la FIFA²⁷.

Para juzgar e imponer su decisión al órgano de arbitraje estatal, el Tribunal Arbitral del Deporte invocó un fundamento típicamente constitucional: la igualdad de trato de los diferentes atletas que participan en deportes transnacionales. El TAS rechazó perentoriamente el argumento de que cabría considerar “el laboratorio más favorable”, propuesto por el jugador con base en el hecho de que había obtenido un resultado negativo en el análisis obtenido en un laboratorio no acreditado por la WADA. Considerando que la fundamentación de esa prevalencia del juicio del TAS sobre la decisión estatal del CAAD reside en la necesidad de “asegurar el trato igual y consistente de todos los participantes de un deporte”²⁸, se observa que también aquí está presente el potencial problema de un conflicto entre el principio constitucional de igualdad, afirmado por el orden jurídico deportivo transnacional, y el principio de amplia defensa, basado en el orden interno del estado de derecho e implícitamente alegado por el jugador. Por tanto, esta es una cuestión que se encuadra plenamente en el ámbito del transconstitucionalismo, exigiendo conversaciones constitucionales constructivas entre el orden jurídico transnacional y el orden jurídico estatal.

6. UN PROBLEMA TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE EL ORDEN NORMATIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO BRASILEÑO

Otro lado del transconstitucionalismo apunta hacia la relación problemática entre el orden jurídico estatal y el orden extraestatal de las comunidades nativas, cuyos presupuestos antropológicos y culturales no son compatibles con el modelo de constitucionalismo del Estado. Evidentemente, en este caso se trata de órdenes normativos “arcaicos” que no disponen de reglas

Clunet, nº 1, 2008, pp. 233-309, 259-72.

²⁶ En LOQUIN, ob. cit., p. 270.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ En LOQUIN, ob. cit., p. 262.

o principios secundarios de organización y, por consiguiente, no se encuadran en el modelo reflexivo del constitucionalismo. Rigurosamente, no admiten problemas jurídico-constitucionales de derechos humanos y de limitación jurídica del poder. Los órdenes normativos de esa especie, cuando coliden con las instituciones del orden jurídico constitucional de un Estado, exigen un “transconstitucionalismo unilateral” de tolerancia y, en cierta medida, una cierta voluntad de aprender. Esa forma de transconstitucionalismo se impone, porque – aunque los referidos órdenes jurídicos, en muchas de sus normas y prácticas, se alejen sensiblemente del modelo de derechos humanos y de la limitación jurídica del poder en los términos del sistema jurídico de la sociedad mundial – el mero hecho de otorgar unilateralmente los “derechos humanos” a sus miembros es contrario al transconstitucionalismo. Este tipo de medidas suelen tener consecuencias destructivas sobre mentes y cuerpos, siendo contrarias al propio concepto de derechos humanos²⁹. En este contexto, existe una paradoja en el transconstitucionalismo, pues este se inserta en “conversaciones” constitucionales con órdenes normativos que están al margen del propio constitucionalismo. Pero esta situación es el resultado de la necesidad intrínseca del transconstitucionalismo de no excluir el desarrollo de institutos alternativos que hagan posible un “diálogo” constructivo con los órdenes de los antropológico-culturalmente “diferentes”, asentados milenariamente en el territorio del respectivo Estado. En este contexto, aunque limitado, el transconstitucionalismo no pierde su significado para el desarrollo de la dimensión normativa de la sociedad mundial del presente.

La experiencia latinoamericana es rica en problemas jurídico-constitucionales originados del entrelazamiento entre órdenes normativos nativos y órdenes constitucionales de los Estados, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales.

Uno de los casos más delicados se presentó recientemente cuando se observó la relación entre el orden jurídico estatal brasileño y el orden normativo de los indios Suruahá, habitantes del municipio de Tapauá, localizado en el Estado de Amazonas, que permanecieron aislados

²⁹ “La cuestión de los derechos humanos, en el sentido riguroso, debe ser comprendida hoy como una amenaza a la integridad del cuerpo/alma del hombre individual por una multiplicidad de procesos de comunicación anónimos e independientes, actualmente globalizados” (TEUBNER, G., “Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure”, *Der Staat*, vol. 45, nº 2, 2006, pp. 161-87, 180).

voluntariamente hasta en final de la década de 1970³⁰. En el derecho consuetudinario de los Suruahá está recogida la obligación de practicar el homicidio de los recién nacidos que tengan alguna deficiencia física o de salud en general. En otra comunidad, la de los indígenas Yawanawá, localizada en el Estado de Acre, en la frontera entre Brasil y Perú, hay un orden normativo consuetudinario que determina la necesidad de acabar con la vida de uno de los gemelos recién nacidos de un parto múltiple. En este contexto, también se hizo público el hecho de que algunas prácticas de este tipo eran comunes entre los Yanomami y otras etnias indígenas. Esta situación fue polémica, pues se trataba de un conflicto prácticamente sin solución entre el derecho de autonomía cultural y el derecho a la vida. El problema ya había salido a la luz en el año 2002, cuando una indígena Yawanawá se presentó en la oficina de derechos humanos de la Fundación Nacional del Indio y dijo ser víctima de una práctica jurídica muy habitual en su comunidad por la que, en los partos múltiples, se obligaba a practicar el homicidio de uno de los gemelos recién nacidos³¹. En este contexto, la cuestión también fue presentada como un conflicto entre el derecho de autonomía cultural y el derecho de las mujeres. Sin embargo, este tipo de casos relacionados con el derecho del niño a la vida pasaron a tener una amplia repercusión pública -en gran medida por la difusión en los medios de comunicación- con la divulgación del rescate por parte de una pareja de misioneros de un niño del grupo Suruahá que estaba condenado a morir por tener de una grave disfunción hormonal congénita³². La repercusión pública de la costumbre de los Suruahá hizo que el diputado federal Henrique Afonso, representante del Estado de Acre, presentase el Proyecto de Ley n.º 1.057, del año 2007, destinado específicamente a criminalizar esta práctica. Este proyecto tenía el siguiente contenido: "Dispone sobre el combate a prácticas tradicionales nocivas y sobre la protección de los derechos fundamentales, tanto de niños indígenas como de aquellos pertenecientes a otras sociedades no tradicionales"³³. Con el fin de adoptar medidas específicas de combate a

³⁰ SEGATO, R. L. "Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores", en CHENAUT, V., GÓMEZ, M., ORTIZ, H. e Sierra, M. T. (dir.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS, México/FLACSO, Quito, 2011, pp. 357-81,363.

³¹ SEGATO, ob. cit., pp. 357 s.

³² Cf. SEGATO, ob. cit., p. 363.

³³ Disponible en: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> (acceso el 24/12/2008).

estas prácticas, entre las que se incluían la criminalización tanto de aquellas personas que tengan contacto con la comunidad nativa y no las notifiquen debidamente a las autoridades competentes, como la de las autoridades que no adoptasen las medidas oportunas (artículos 3º, 4º y 5º), el artículo 2º, incisos I a VIII, del proyecto, preveía la tipificación de los siguientes casos de “homicidio de recién nacidos”: “en caso de ausencia de uno de los progenitores”; “en casos de gestación múltiple”; “cuando los recién nacidos sean portadores de enfermedades físicas y/o mentales”; “cuando exista preferencia por alguno de los géneros”; “cuando haya un corto espacio de tiempo entre una gestación anterior y el nacimiento en cuestión”; “en los casos en los que se exceda del número de hijos entendido como apropiado para el grupo”; “cuando los recién nacidos posean alguna señal o marca de nacimiento que los diferencie de los demás”; “cuando se considere que los recién nacidos traen mala suerte a la familia o al grupo”. El proyecto original también proponía la tipificación de los “homicidios de niños, en los casos en los que exista la creencia de que el niño desnutrido es fruto de una maldición, o por cualquier otra creencia que lleve al óbito intencionado por desnutrición” (artículo 2º, inciso IX). Estas hipótesis previstas en el proyecto, además de otras referentes a abusos sexuales, malos tratos y otras agresiones físicas y psicológicas a los niños y a sus progenitores por causas culturales y tradicionales (artículo 2º, incisos X, XI y XII), corresponden a prácticas verificadas en las comunidades indígenas localizadas en el territorio del Estado brasileño. Este proyecto dio lugar a una audiencia pública en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados³⁴. Aunque el proyecto no haya logrado su objetivo, el contexto en el que fue elaborado y la polémica que generó señalan un caso singular de “diálogo” y conflicto

³⁴ Convocada por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados en agosto de 2007 y realizada el 5 de septiembre de 2007 (cf. SEGATO, ob. cit., pp. 357 e 369). Posteriormente, este proyecto de ley fue profundamente alterado, reduciéndose a declaraciones genéricas y a prestar apoyo a las respectivas comunidades, en los siguientes términos:

Art.54-A. Se reafirma el respeto y el fomento a las prácticas tradicionales indígenas, siempre que las mismas estén en conformidad con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Federal y con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos de los que la República Federativa de Brasil sea parte.

Párrafo único. Cabe a los órganos responsables por la política indigenista ofrecer oportunidades adecuadas a los pueblos indígenas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto cuando sean verificadas, mediante estudios antropológicos, las siguientes prácticas:

transconstitucional entre el orden jurídico estatal y los órdenes normativos locales de las comunidades indígenas.

Los elaboradores y defensores de este proyecto de ley partieron principalmente de que, desde una perspectiva cristiana occidental, el derecho fundamental individual a la vida es un derecho absoluto. Además, también influyó en la propuesta del proyecto, el derecho fundamental de la madre a la maternidad. Sin embargo, para aquellos que se manifestaron sobre el conflicto desde una perspectiva antropológica más general, esta postura unilateral de imposición de los derechos individuales en detrimento de la autonomía cultural de las comunidades no pareció la más adecuada, ya que la simple criminalización de las prácticas indígenas en nombre de la defensa del derecho a la vida, puede ser vista, también, como un verdadero genocidio cultural, que podría destruir la propia comunidad y sus creencias más profundas.

Con una intensa participación en el debate generado, incluso en la audiencia pública realizada el 5 de septiembre de 2007 en la Cámara de los Diputados³⁵, las consideraciones de la antropóloga Rita Laura Segato contribuyeron positivamente a dirimir este conflicto de órdenes jurídicos, enfatizando la necesidad de un diálogo entre órdenes normativos, en términos que se encuadren en un modelo constructivo de transconstitucionalismo. En el contexto del debate, Segato reconoció que se encontraba con “la tarea ingrata de argumentar contra esa ley, pero, al mismo tiempo, de hacer una fuerte apuesta en la transformación de la costumbre”³⁶. En el ámbito de su argumentación, se refirió a una investigación empírica sobre los Suruahá, en la que se evidenció que, en un grupo de 143 miembros de la comunidad indígena, entre 2003 y 2005, hubo dieciséis nacimientos, veintitrés suicidios, dos homicidios de recién nacidos (denominados por los antropólogos como “infanticidios”, sin sentido técnico-jurídico de tipo penal) y una muerte por enfermedad. Es decir, mientras el 7,6% de las muertes ocurrieron por “infanticidio”, hubo un 57,6% de muertes por suicidio entre los Suruahá. Esta situación señala hacia una comprensión de la vida muy distinta de la concepción cristiana occidental. Entre esta

I – infanticidio;

II - atentado violento al pudor o estupro;

III - malos tratos;

IV – agresiones a la integridad física y psíquica de niños y de sus progenitores.

³⁵ Cf. SEGATO, ob. cit., pp. 370 ss.

³⁶ SEGATO, ob. cit., p. 358.

comunidad indígena, la vida solo tiene sentido si no está marcada por un excesivo sufrimiento para el individuo y para la comunidad, es decir, si es una vida tranquila y amena. Así se justificaría el homicidio de recién nacidos en determinados casos³⁷. El significado atribuido a la vida y a la muerte por los Suruahá no sería menos digno que el sentido que les atribuye el cristianismo: "También constatamos que se trata de una visión compleja, sofisticada y de gran dignidad filosófica, que nada debe a los cristianismos"³⁸.

El argumento se ve reforzado con la mención a una práctica Yanomami en la que la mujer tiene derecho absoluto sobre la vida de sus recién nacidos. El parto se produce en un ambiente natural, fuera del contexto de la vida social, dejando la opción a la madre: "si no toca al bebé ni lo levanta en sus brazos, dejándolo en la tierra donde cayó, significa que este no fue acogido en el mundo de la cultura y de las relaciones sociales, y que no es, por tanto, humano. De esta forma, no se puede decir que ocurrió, en la perspectiva nativa, un homicidio, pues aquel que permaneció en la tierra no es una vida humana"³⁹. Esa concepción tan diferente de la vida humana comporta realmente un delicado problema que -en mi opinión- es incompatible con una mera imposición de concepciones externas sobre la vida y la muerte, mediante aquello que, en otro contexto, paradójicamente denominé "imperialismo de los derechos humanos"⁴⁰. Y esto es válido no solo desde el punto de vista antropológico-cultural o antropológico-jurídico, sino también desde la perspectiva específica de un derecho constitucional sensible al transconstitucionalismo.

En este contexto se impone considerar el conflicto entre dos perspectivas diferentes de los derechos, intentando no "cometer injusticias" como consecuencia de imponer una perspectiva, la del orden de los más fuertes, a la otra, la del orden de los más débiles. Por una parte está el derecho a la autonomía colectiva, por la otra el derecho a la autonomía individual. Una solución tan simple como someter a aquel, considerado como la expresión de una forma ética de vida, a este, considerado como la expresión de una moral universal que se presenta como base de los

³⁷ SEGATO, ob. cit., pp. 364 ss.

³⁸ SEGATO, ob. cit., p. 364.

³⁹ SEGATO, ob. cit., p. 365.

⁴⁰ NEVES, M., "A força simbólica dos direitos humanos", *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº4, 2005, pp. 23 e 27.

derechos humanos⁴¹, no parece la solución más oportuna para un modelo de transconstitucionalismo. Al contrario, en este contexto de conflicto radical entre el orden jurídico estatal y los órdenes normativos indígenas, hay que considerar y ponderar entre “el derecho a la vida del sujeto individual y el derecho a la vida del sujeto colectivo”, como arguye Segato⁴². En este caso, la “ultracriminalización” de las prácticas del homicidio de recién nacidos efectuadas en el interior de las comunidades indígenas, propuesta en la versión original del Proyecto de Ley n.º 1.057/2007, podría ser “etnocida, al eliminar valores culturales indispensables para la vida biológica y cultural de un pueblo”⁴³. Siendo así, tal solución legal tendría implicaciones que serían difíciles de compatibilizar incluso con el orden constitucional del Estado brasileño⁴⁴. En estas circunstancias se hace necesaria la búsqueda de otros caminos.

La propuesta que se configura como la más adecuada para el transconstitucionalismo consiste en garantizar una “jurisdicción o foro étnico” para que cada comunidad indígena “resuelva sus conflictos y elabore su disenso interno por un camino propio”⁴⁵. Esto no implica ni simplemente la tolerancia por parte del más poderoso, ni tampoco la tolerancia con el intolerante⁴⁶, sino que implica el tener la capacidad de

⁴¹ Klaus Günther, aunque sustente que “la aplicación adecuada de normas jurídicas no puede, *sin fundamento*, ofender a formas de vida” (cursivas mías), se muestra antes favorable a una tal orientación, cuando sostiene que “las colisiones entre principios de justicia y orientaciones de la vida buena, en el nivel postconvencional, solo pueden ser resueltas universalistamente, por tanto, en favor de la justicia” (GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 196). Cabe advertir, sin embargo, que según la teoría habermasiana de la acción comunicativa y del discurso, en la que Günther se orienta, se produciría, en este caso, el conflicto entre una moral pos-convencional y una pre-convencional. Sobre los niveles del desarrollo de la conciencia moral la teoría de la evolución social de Habermas, ver NEVES, M., *Entre Têmis e Leviatã*, ob. cit., pp. 25 ss.

⁴² SEGATO, ob. cit., p. 367. Al respecto, en la citada audiencia pública, refiriéndose “al significado de la expresión ‘derecho a la vida’”, Segato afirmó: “Esa expresión puede indicar dos tipos diferentes de derecho a la vida: el derecho individual a la vida, es decir, la protección del sujeto individual de derechos, y el derecho a la vida de los sujetos colectivos, es decir, el derecho a la protección de la vida de los pueblos en su condición de pueblos” (SEGATO, ob. cit., p. 372).

⁴³ SÁNCHEZBOTERO, E. *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Universidad de Amsterdam y Unicef, Bogotá, 2006, p. 156, también citada por SEGATO, ob. cit., p. 367.

⁴⁴ Y específicamente como consecuencia de lo dispuesto en el art. 231, *caput*, de la Constitución Federal: “Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo competencia de la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes.”

⁴⁵ SEGATO, ob. cit. pp. 375 e 377.

⁴⁶ RAWLS, J., *A Theory of Justice* [1972], Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 216-21.

admitir la autonomía del otro, es decir, de la esfera de la comunicación, del juego del lenguaje o de la forma de vida diferente que tiene el nativo, no sometida a los modelos del constitucionalismo estatal. Mucho menos cabe diferenciar entre sociedades “decentes” e “indecentes”, es decir, dignas o indignas del “diálogo” con las sociedades “liberales” del Estado democrático constitucional⁴⁷, como si no estuviésemos en la misma sociedad mundial, con colisiones y conflictos entre dominios de comunicación y juegos de lenguaje. Pero cabe considerar que, no solo desde un punto de vista antropológico sino también desde la perspectiva del transconstitucionalismo, frente a los disensos y conflictos en el interior de las comunidades indígenas, incluso en torno a la práctica del homicidio de recién nacidos, “el papel del Estado, en la persona de sus agentes, tendrá que ser el de estar disponible para supervisar, mediar o interceder con el único fin de garantizar que el proceso interno de deliberación pueda suceder libremente, sin abuso por parte de los más poderosos en el interior de la sociedad”⁴⁸. Así, en este contexto, la postura transconstitucional se presenta en la limitación jurídica del poder abusivo dentro de la comunidad. Esto porque, en el caso de que haya una manipulación de las decisiones comunitarias por parte de los más poderosos, sin legitimidad en el orden normativo respectivo, desaparece la autonomía étnica que sirve de base para el “diálogo” constitucional. Por tanto, se observa de este modo, que ninguna forma de presentación de autonomía de esferas sociales, inclusive de las construidas por comunidades nativas no diferenciadas funcionalmente, tienen un carácter absoluto, siendo todas relativas en el ámbito de la sociedad mundial del momento presente.

Este delicado problema no se restringe al dilema entre el relativismo ético (de las culturas particulares) y el universalismo moral (de los derechos de los hombres), antes apunta hacia la convivencia de los órdenes jurídicos

⁴⁷ RAWLS, J., *The Law of Peoples, with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Harvard University Press, Cambridge, MA/Londres, 1999, pp. 4 s. e 59 ss.

⁴⁸ SEGATO, ob. cit., p. 375. A este respecto, añade SEGATO (ob. cit., 375 s.): “Tampoco se trata de solicitar la retirada del Estado, porque, como atestiguan las múltiples demandas de políticas públicas expuestas ante el mismo por los pueblos indígenas a partir de la Constitución de 1988, después de la intenso y pernicioso desorden instalado por el contacto, el Estado ya no puede, simplemente, ausentarse. Debe permanecer dispuesto a ofrecer garantías y protección cuando sea convocado por los miembros de las comunidades, siempre que esa intervención se produzca de forma dialogada entre los representantes del Estado y los representantes de la comunidad en cuestión. Su papel, en este caso, no podrá ser otro, a no ser el de promover y facilitar el diálogo entre los poderes de la aldea y sus miembros más frágiles.”

que parten de experiencias históricas diversas⁴⁹, exigiendo especialmente por parte del Estado constitucional una postura de moderación relativa a su pretensión de concretar sus normas específicas, cuando estas colisionen con las normas de comunidades nativas fundadas en bases culturales esencialmente diferentes. La discreción y la medida, en este caso, parecen ser la vía que puede producir conversaciones constructivas que estimulen autotransformaciones internas en las comunidades indígenas hacia una relación menos conflictiva con el orden estatal. El intento de buscar modelos internos de optimización, en los términos de la teoría de los principios, puede ser desastrosa en estas circunstancias. En relación al “otro”, al orden diferente de los nativos, cabe antes una postura transconstitucional de autocontención de los derechos fundamentales cuya optimización pueda llevar a la desintegración de formas de vida, con consecuencias destructivas para los cuerpos y las mentes de los miembros de las respectivas comunidades.

7. EL TRANSCONSTITUCIONALISMO PLURIDIMENSIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

El transconstitucionalismo no se restringe a relaciones entre dos órdenes jurídicos, sino que puede implicar entrelazamientos triangulares o multiangulares entre órdenes jurídicos en torno a un mismo problema constitucional. Especialmente en lo tocante a los derechos humanos, se verifica un transconstitucionalismo pluridimensional que implica diferentes órdenes jurídicos, que se desarrolla, igualmente, de las formas más diversas, en América Latina.

En esta materia, la invocación de precedentes de otros órdenes jurídicos no se restringe al derecho constitucional de los Estados extranjeros, conforme se trata en el ítem 4 de este artículo, sino también a las normas convencionales del derecho internacional y a la jurisprudencia de tribunales internacionales. En el anteriormente citado juicio del *Habeas Corpus* 82.424/RS⁵⁰, en el que el STF caracterizó como crimen racista la publicación de cualquier libro con contenido antisemita (negación de la existencia del holocausto), concluyendo a favor de su imprescriptibilidad, además

⁴⁹ Cf. SEGATO, ob. cit., pp. 375-7; ver, de manera más amplia, SEGATO, R. L., “Antropología e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais”, *Mana: Estudos de antropologia social*, vol. 12, nº 1, 2006, pp. 207-236. Sobre la relación intrínseca entre universalismo y diferencia, ver NEVES, M. “Justicia y Diferencia en una Sociedad Global Compleja”, *Doxa – Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, nº 24, 2001, pp. 349-377.

⁵⁰ HC 82.424. Red. p/ acórdão Maurício Corrêa. Pleno. DJ de 19.03.2004.

de la vasta referencia al derecho extranjero, fueron citados innumerables actos y normas de derecho internacional público, y se invocó el caso *Jersild v. Dinamarca*, juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en septiembre de 1994⁵¹. En muchos otros juicios, el STF mostró su disposición a integrarse en un diálogo transconstitucional en el sistema mundial multicéntrico, en el que se articulan concomitantemente diversos órdenes jurídicos para solucionar problemas constitucionales de derechos humanos⁵². Y no se trata aquí de la adopción de un simple “modelo de convergencia” con base en los artículos 5º, § 2º, de la Constitución Federal, fundamentándose posteriormente en los §§ 3º y 4º del mismo precepto, introducidos por la Enmienda Constitucional n.º 45/2004. Mucho menos, cabe regresar a un “modelo de resistencia” a partir de una interpretación parroquial de estos preceptos constitucionales. El camino más adecuado en materia de derechos humanos parece ser el “modelo de articulación” [“*engagement model*”]⁵³, o mejor dicho, de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de tal modo que todas se muestren capaces de reconstruirse permanentemente mediante el aprendizaje con las experiencias de órdenes jurídicos concomitantemente interesados en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales o derechos humanos. La alternativa absoluta “convergencia o resistencia” acarrea, respectivamente, elementos potenciales de autodestrucción del propio orden constitucional o de heterodestrucción de otros órdenes jurídicos.

Yendo más allá de la invocación por las cortes nacionales de normas y precedentes de otros órdenes jurídicos, especialmente extranjeros e internacionales, destacan casos en los que las decisiones de los tribunales cortan transversalmente diversos órdenes jurídicos en materia de derechos fundamentales y derechos humanos, con fuerza vinculante. A este respecto, me parece de especial relevancia la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los juicios de los casos *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*⁵⁴, en los que se decidió sobre el derecho de propiedad sobre territorios de las comunidades indígenas Yakye Axa y

⁵¹ STEDH *Jersild v. Denmark*, de 23 de septiembre de 1994.

⁵² Cf. HC 82.959. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 01.09.2006; y referencias de las notas 18 y 19.

⁵³ Sobre la distinción entre “modelo de convergencia”, “modelo de divergencia” y “modelo de articulación” [“*engagement model*”], ver JACKSON, V. C., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 109-28.

⁵⁴ CorteIDH *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005 (para el análisis de este caso, ver RAMÍREZ, A. D., “El caso de La comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 41, 2005, pp. 349-64); CorteIDH

Sawhoyamaxa, localizadas en Paraguay. En estos interesantes casos, la CorteIDH no tomó una decisión de acuerdo con el concepto técnico-jurídico de propiedad privada definido en los términos del derecho constitucional estatal, sino que decidió teniendo en cuenta primariamente la noción cultural de “propiedad ancestral” de las comunidades indígenas sobre los respectivos territorios, sedimentada históricamente en sus tradiciones. Así, dejando en un segundo plano un derecho fundamental asegurado constitucionalmente en el plano *estatal*, la CorteIDH argumentó a favor de los derechos de la comunidad *local extra-estatal* sobre su territorio, para asegurar los derechos humanos garantizados a nivel internacional. Este entrelazamiento multiangular en torno a los derechos humanos y fundamentales no sería posible si no hubiese, en los diversos órdenes especialmente en el estatal, una disposición a ceder a las exigencias de las perspectivas de otros órdenes normativos en relación al significado y amplitud de derechos contrapuestos.

También se presentan problemas de entrelazamiento pluridimensional en torno a los derechos humanos en el caso de las comunidades indígenas que legitiman el homicidio de recién nacidos, cuestión que ya consideré en el tópico anterior, al tratar especialmente del transconstitucionalismo entre órdenes estatales y órdenes locales extraestatales. En este caso es relevante destacar la Convención 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁵⁵, cuyo art. 8º, nº 2, prescribe: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos [...]”. Este precepto hace más complejo el conflicto de los órdenes locales nativos con el orden de los derechos fundamentales estatales y de los derechos humanos internacionales. Una interpretación literal de ese precepto, en nombre de la protección absoluta de la vida de los recién nacidos, llevaría tendencialmente al etnocidio de las respectivas comunidades indígenas. Me parece que los

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, de 29 de marzo de 2006, (para un resumen de ambos casos, ver PIOVESAN, F., “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional”, en SARMENTO, D., IKAWA, D. e PIOVESAN, F. (dir.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 47-76, 71-3).

⁵⁵ Respecto a esta Convención, ver la breve exposición de WOLFRUM, R., “The Protection of Indigenous Peoples in International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 59, 1999, pp. 369-82.

argumentos presentados en el ítem anterior, no pierden su significado en virtud de esa referencia al derecho internacional. En estos casos, no solo cabe una relectura complejamente adecuada tanto de las normas estatales de derechos fundamentales como de las normas internacionales de derechos humanos. Un universalismo superficial de los derechos humanos, basado linealmente en una cierta concepción occidental ontológica de tales derechos, es incompatible con un “diálogo” transconstitucional con órdenes nativos que no corresponden a ese modelo. Al contrario, la negación de un diálogo constructivo con los órdenes indígenas en torno a esas cuestiones delicadas es contraria a los propios derechos humanos, pues implicaría una “ultracriminalización” de toda la comunidad de autores y coautores de los respectivos actos, afectando indiscriminadamente a sus cuerpos y mentes mediante una injerencia destructiva. En el ámbito de un transconstitucionalismo positivo se impone, en estos casos, una disposición de los órdenes estatales e internacionales a sorprenderse con un aprendizaje recíproco con la experiencia del otro, el nativo en su autocomprensión.

Por último, aparece un ejemplo interesante en el propio orden jurídico brasileño. Se trata del caso de la importación de neumáticos usados por Brasil. Esta controversia incluye tanto al derecho constitucional brasileño y los órdenes jurídicos uruguayo y paraguayo como al derecho del Mercosur y el orden jurídico de la OMC. El 17 de diciembre del 2007, el Órgano de Solución de Controversias (OSC) de la OMC, al adoptar el informe del Órgano de Apelación de la OMC, del 3 de diciembre de 2007, que había reformado el informe del Grupo Especial, del 12 de julio de 2007, decidió a favor del recurso interpuesto por Brasil, con base en argumentos referentes a la protección del medio ambiente, para que fuese prohibida la importación de neumáticos usados provenientes de la Unión Europea. No obstante, esta decisión estableció que la política brasileña de continuar importando neumáticos usados de Paraguay y de Uruguay implicaba una discriminación y, por tanto, debería ser abolida, no habiendo sido aceptada la alegación brasileña de que el número de neumáticos recauchutados importados de Paraguay y de Uruguay no era significativo⁵⁶. Más tarde, en laudo arbitral en el ámbito de la OMC, a solicitud de las Comunidades Europeas, se decidió que el plazo para que Brasil cumpliera las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Controversias finalizaba al año

⁵⁶ WT/DS332/AB/R; WT/DS332/R.

de la fecha de la adopción por este de los informes del Especial y del Órgano de Apelación (17 de diciembre de 2007), lo que significa que el plazo expiró el día 17 de diciembre de 2008⁵⁷.

El problema que se origina de esta condición impuesta por la decisión del Órgano de Solución de Controversias de la OMC consiste en que el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur ya había rechazado la pretensión de Argentina de que se prohibiese la importación de recauchutados procedentes de Uruguay, habiendo corroborado posteriormente su decisión anterior, por entender que la prohibición ofendería las normativas del Mercosur⁵⁸. Brasil intentó inicialmente capear ambas decisiones, buscando proponer un límite al número de neumáticos recauchutados que podrían ser importador de Uruguay y de Paraguay, lo que condujo a una situación conflictiva en relación, al mismo tiempo, a las normas del Mercosur y de la OMC, en sentidos diametralmente opuestos. Pero los conflictos entre órganos administrativos que establecieron normas que prohíben la importación de neumáticos recauchutados y órganos judiciales que declararon esas normas inconstitucionales llevaron a un *quid pro quo* en torno a esta cuestión en el ámbito del Estado brasileño.

La situación se complicó, teniendo en cuenta que una *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (art. 102, § 2, de la Constitución Federal) había sido propuesta por la Presidencia de la República el 29 de septiembre de 2006 (ADPF 101/2006). En ella se pidió que fuesen declaradas inconstitucionales e ilegales las decisiones judiciales que venían admitiendo la importación de recauchutados con base en el argumento de que las normas infraconstitucionales que vedan esa práctica serían inconstitucionales. La ADPF se fundamentó básicamente en la alegación de que con esas decisiones se estaría violando el art. 225 de la Constitución Federal. El enunciado de ese precepto constitucional establece: "Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y ala colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras." La importancia del tema

⁵⁷ WT/DS/332/16, de 29/08/2008. Respecto a este caso, ver PEROTTI, A. D., "¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)? Responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la integración", *El Derecho – ED, Suplemento de Derecho Administrativo*, 31 de marzo de 2009, pp. 1-8.

⁵⁸ Laudo 1/2005, de 20 de diciembre de 2005; Laudo 1/2007, de 8 de julio de 2007; Laudo 1/2008, de 25 de abril de 2008.

motivó que se realizase una audiencia pública el 27 de junio de 2008⁵⁹.

Por último, el Supremo Tribunal Federal decidió, por mayoría, estimar parcialmente la ADPF 101/2006, prohibiendo, en general, la importación de neumáticos recauchutados, pero admitiendo algunas excepciones a la importación de neumáticos remoldados con base en normas del Mercosur y garantizando el principio de cosa juzgada⁶⁰. De este modo, se solventó la controversia desde la perspectiva del derecho interno. No obstante, la situación apunta hacia la dificultad apremiante de alejar un constitucionalismo provinciano en el caso brasileño. Al mismo tiempo, evidencia la gran dificultad de conseguir una solución que satisfaga a todos los órdenes involucrados. Una exigencia fundamental, sin embargo, es que haya un mínimo de consistencia interna en las decisiones, para que las soluciones propuestas no caigan en el descrédito. La posición de Brasil se mostró inconsistente tanto desde el punto de vista interno como internacional, puesto que, en función del sector del poder público, adoptó posiciones en contra o a favor de la importación de neumáticos recauchutados, rechazando la importación de neumáticos usados de la Unión Europea con base en argumentos ecológicos y referentes al derecho a la salud, y admitiendo la importación del mismo producto cuando provengan de Uruguay y Paraguay. Esta solución no era adecuada ni para la OMC ni para el Mercosur, mucho menos desde una perspectiva consistente del derecho constitucional estatal concerniente a la protección del medio ambiente. Hasta el juicio de la ADPF 101/2006 (una decisión que, aunque pueda ser susceptible de críticas, estabilizó la situación), la práctica inconsistente y oportunista reveló que el camino recorrido por Brasil, en el caso de la importación de los neumáticos usados, se alejó de un modelo abierto a las exigencias del transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos, aproximándose más a una mezcla entre “pragmatismo” simplista en la política externa y provincianismo jurídico-constitucional. En este sentido, se impone, cada vez más, una revisión de los paradigmas constitucionales, haciendo posible una “conversación” transconstitucional más sólida con órdenes normativos entrelazados en torno a problemas en el sistema jurídico mundial multicéntrico, especialmente por parte del Supremo Tribunal Federal. Esto no debe

⁵⁹ Cf. el sitio oficial del STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101> (último acceso el 24/11/2008).

⁶⁰ STF, ADPF 101. Rel. min. Cármen Lúcia. Pleno. DJe de 04.06.2012. Solamente el Ministro Marco Aurélio votó a favor de improcedencia de la ADPF.

significar, sin embargo, arrebatos o bravatas internacionalistas, transnacionalistas o supranacionalistas en detrimento del orden constitucional brasileño, sino la afirmación de ese orden como socio en la construcción de un transconstitucionalismo multiangular.

8. OBSERVACIÓN FINAL

Una transformación profunda viene ocurriendo, en las condiciones hodiernas de la sociedad mundial, en el sentido de la progresiva sustitución del constitucionalismo provinciano o parroquial por el transconstitucionalismo. Incluso en América Latina, esta transformación debe tomarse en serio. El Estado dejó de ser un *locus* privilegiado para la solución de problemas constitucionales. Aunque fundamental e indispensable, es apenas uno de los diversos *loci* de cooperación y competencia en la búsqueda del tratamiento de estos problemas. La integración sistémica cada vez mayor de la sociedad mundial ha llevado a la desterritorialización de problemas caso jurídico-constitucionales, que, por así decir, se emanciparon del Estado. Esta situación no debe generar, no obstante, nuevas ilusiones en la búsqueda de “niveles inviolables” definitivos: el internacionalismo como *ultima ratio*, conforme una nueva jerarquización absoluta; el supranacionalismo como panacea jurídica; el transnacionalismo como fragmentación libertadora de las amarras del Estado; el localismo como expresión de una eticidad definitivamente inviolable⁶¹.

Contra estas tendencias, el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de que los diversos órdenes jurídicos entrelazados en la solución de un problema-caso constitucional -a saber, de derechos fundamentales o humanos y de organización legítima del poder-, que les sea concomitantemente relevante, deben buscar formas transversales de articulación para la solución del problema, cada una de ellas observando la otra, para comprender sus propios límites y posibilidades de contribuir a solucionarlo. Su identidad es reconstruida, de este modo, en tanto tiene presente la alteridad, la observación del otro. Me parece que esto es fructífero y que enriquece la propia identidad porque todo observador tiene un límite de visión en el “punto ciego”, aquel que el observador no puede ver en función de su posición o perspectiva de observación⁶². Pero,

⁶¹ El “nivel inviolable” puede relacionarse, en el dinámico juego transconstitucional, con otros niveles (entrelazados) en un “nivel superentrelazado”, en los términos de HOFSTADTER, D., *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, The Harvester Press, Hassocks, 1979, pp. 686 ss.

⁶² VON FOERSTER, H. “On Constructing Reality”, en VON FOERSTER, H., *Observing Systems*, Intersystems Publications, Seaside, 1981, pp. 288-309, 288-9.

si es cierto, considerando la diversidad de perspectivas de observación de *alter* y *ego*, que “yo veo lo que tú no ves”⁶³, cabe añadir que el “punto ciego” de un observador puede ser visto por el otro. En este sentido, se puede afirmar que el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de los límites de observación de un determinado orden, que admite la alternativa: *el punto ciego, lo puede ver el otro*.

⁶³ LUHMANN, N., “Ich sehe was, was Du nicht siehst”, en Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990, pp. 228-34.

11

DERECHO A LA VIDA Y LO VIVO COMO SUJETO DE DERECHO

Miguel Rábago Dorbecker
Universidad Iberoamericana (México)

Resumen

¿Es la vida humana la base de todo concepto de derechos humanos? ¿Cómo y de qué manera se reconoce el derecho a la vida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Necesitamos un nuevo concepto más adecuado, que refleje un derecho a lo vivo más que un derecho a la vida? Estos temas teóricos abordados también desde algunos de los puntos de tensión más fuertes relacionados al ejercicio del derecho a la vida, como reparaciones, el reconocimiento a la vida de otras formas de vida no humana, la reinstauración de la pena de muerte o el derecho a la vida como argumento conservador, son el objeto del presente trabajo.

1. VIDA Y DERECHOS HUMANOS UNA INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida no sólo forma parte sustantiva de un gran número de instrumentos de origen constitucional, nacional e internacional, sino que mantiene un lugar privilegiado en la estructura misma de la teoría liberal de los Derechos Humanos. Esta postura privilegiada del derecho a la vida a veces crea una sensación de falso consenso absoluto sobre sus alcances y definiciones. Dicho consenso conlleva una gran problemática sobretodo respecto al desfase existente entre un uso retórico del derecho a la vida por instrumentos legales y tribunales como base fundamental de otros derechos y la disposición frecuente de la vida, por parte de los órganos del Estado, sobre todo los de seguridad y de justicia. El caso más emblemático es la todavía lejana aspiración de la abolición completa de la pena de muerte. Por ello, es necesario discutir el carácter de mutabilidad del derecho a la vida y mostrar el terreno en disputa.

El presente ensayo pretende mostrar en un primer momento las coordenadas teóricas y genealógicas en las que reposa el controvertido concepto de derecho a la vida. Posteriormente se ejemplificará con cuatro ámbitos en los que el derecho a la vida aparece de manera problemática,

desenmascaran la ausencia de unanimidad en su definición. El primero de ellos resulta un tema ya clásico debido a su gran discusión en el campo teórico y en la jurisprudencia, pero también en el ámbito político y social, y es la protección de la vida proyectada en la discusión sobre la penalización del aborto. Para abordar esta discusión se analizará el desarrollo jurisprudencial en casos de Estados parte del Pacto de San José, mismo que refiere a una definición de la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo cual ha creado un camino especialmente sinuoso para los tribunales.

El segundo punto, también es objeto de considerable desarrollo y retroceso en el ámbito jurisdiccional y legislativo, y es la vida en el contexto de las políticas de seguridad y tendencias autoritarias y represivas. Sobre todo en función de una nueva forma de cuestionamiento al derecho a la vida, a través del surgimiento de un discurso de reimplantación de la pena de muerte.

En tercer lugar, un campo no menos fértil que los dos anteriores en la práctica jurisdiccional, es el de las reparaciones y la creación de la figura del proyecto de vida dentro del sistema interamericano. Por más loable que resulta el carácter evolutivo de dicho sistema, también el proyecto de vida y en especial y las reparaciones en general, muestran una tendencia hacia la mercantilización (en términos marxistas) de la vida a través de su cuantificación material. Por el contrario, el reforzamiento de las reparaciones de carácter no patrimonial por parte del sistema interamericano, debe ser considerado como una de las aportaciones más interesantes del sistema interamericano.

Finalmente se referirá a un campo en el que el sistema interamericano ha avanzado de manera considerable, que es el (re)inscribir el derecho a la vida en el discurso de los derechos humanos. Paradójicamente, en un momento histórico en el que se vive en resurgimiento de los métodos represivos dentro de sistemas de democracia electoral formal, que recuerdan más a regímenes autoritarios, se vislumbra un campo de (re)inscripción del derecho a la vida una forma de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El traslado del concepto desarrollado en el ámbito de las reparaciones desarrollado en el sistema interamericano sobre proyecto de vida, al campo de las disposiciones materiales sobre derecho a la vida, establece un vínculo entre derecho a la vida y el derecho a la cultura y los derechos económicos, sociales y culturales, de tal manera

dotándolos de una mayor tutelabilidad. Especialmente hay que considerar el constante abandono de los pueblos indígenas por parte del Estado como una política sistemática que conduce a una cancelación del derecho a la vida comunitaria para esas personas.

2. GENEALOGÍA DEL DERECHO A LA VIDA

2.1. Humanismo y construcción histórica antropocéntrica

El reconocimiento jurídico del derecho a la vida como concepto universal, prácticamente recorre el mismo camino de la conformación histórica de los derechos humanos en el Derecho Internacional. En un mismo hilo conductor en el que liberalismo político se erige como el vehículo ideológico para la continuación de la ilustración, los derechos humanos universales y el derecho a la vida como fundamento y principio esencial del concepto de dignidad humana en el que se consideran universales, resulta consubstancial a la teoría liberal de los derechos humanos.

Dentro de plano internacional, necesario espacio para el reconocimiento universal, el derecho a la vida aparece como una respuesta a la sistemática y selectiva destrucción de la vida humana durante la *Shoah*¹. En este sentido el Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha pronunciado en la Sentencia BVerfGE 39, 1 (Interrupción del embarazo I) señala que la Ley Fundamental, al contrario de su predecesora la Constitución de Weimar, contempla el derecho a la vida (un derecho que denomina de suyo evidente) principalmente como una reacción a la “eliminación de vidas sin valor”, de la “solución final” y la “liquidación” llevadas a cabo por el régimen nacionalsocialista como medidas de carácter estatal². Al mencionar el diferente rumbo que toma la Ley Fundamental Alemana respecto a la Constitución de Weimar, el Tribunal Constitucional Alemán resalta aspectos que merecen una mayor consideración y que demuestran los límites del aparente consenso sobre el derecho a la vida universal en el periodo posterior a la segunda guerra mundial. En primer lugar el Tribunal Constitucional parece mencionar dos orígenes aparentemente contradictorios

¹ Por lo menos así se desprende de su inclusión en el instrumento que representa el consenso internacional posterior al Holocausto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 3 señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

² Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975, -IBvF 1,2,3,4,5,6/74-, traducción de Jürgen Schwabe en, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Fundación Konrad Adenauer, A.C., México, 2009, pp. 114-121., p. 115.

sobre el fundamento político del derecho a la vida, el primero de ellos es el carácter evidente del derecho a la vida y el segundo el consenso democrático reforzado manifestado por medio de la inclusión del derecho a la vida en el artículo 2, párrafo 2, frase primera en la Ley Fundamental y de la prohibición de la pena de muerte en el artículo 102. Si el derecho a la vida tiene dicho carácter evidente, entonces la ausencia de dicho precepto en la Constitución de Weimar no afectaría la posibilidad de que un tribunal llegará a la misma protección del derecho a la vida que con la Ley Fundamental. No obstante, la contradicción se resuelve, en el momento en el que el tribunal no considera el carácter evidente del derecho a la vida como un aspecto extra-constitucional, sino como una referencia directa al carácter evidente del derecho a la vida por parte de la Ley Fundamental. Por ende, el carácter evidente no se presente como un producto de una creación eminentemente judicial, sino como una referencia de la propia Ley Fundamental y por ende sujeta a una previa deliberación democrática reforzada como es el proceso constituyente. De tal manera, el Tribunal Constitucional añade que la Ley Fundamental: “contiene el reconocimiento del valor fundamental de la vida humana y de una determinada concepción sobre el Estado, en marcada oposición a las ideas de un régimen político para el cual la vida de los individuos carecía de importancia y por tanto, arrogándose el derecho a decidir sobre la vida y la muerte de los ciudadanos”³. Por tanto, el derecho a la vida no sólo es considerado como un derecho más, sino como una marco fundamental de actuación del Estado Federal Alemán, en contraposición al estado Nacionalsocialista intrínseco al modelo de Estado surgido a partir del consenso constitucional.

De esta discusión se derivan muchos de los debates relativos al consenso relativo al derecho a la vida. Entre otros el eje fundamental de discusión gravita sobre la disposición parlamentaria o judicial en la definición de quien se beneficia y como se protege el derecho a la vida. El Tribunal Constitucional Alemán determina que la protección de derecho a la vida constitucionalmente reconocido sacaría del ámbito de competencias del legislador ordinario, la posibilidad de afectar dicho derecho sin una reforma constitucional, distanciándose así del uso y abuso realizado por el régimen nacionalsocialista, de la Constitución de Weimar. Así el Tribunal Constitucional

³ Para tales efectos el Tribunal Constitucional Alemán citó en esta Sentencia la Sentencia BVerfGE 18,112(117), *ibid.*, p. 116.

Alemania interpreta tanto el derecho a la vida incluido en la Ley Fundamental, como la prohibición de la pena de muerte, como derechos constitucionales no sujetos a negociación parlamentaria. Al contrario de lo ocurrido durante el nacionalsocialismo, en el que no sólo el parlamento, sino el ejecutivo bajo delegación expresa del parlamento, se abrogaba la capacidad de definir que personas viven y cuales deben morir, la Ley Fundamental Alemana establece la interdicción para que el parlamento puede disponer de la vida.

La Sentencia del Tribunal Alemán en este caso, que concluye con la declaración de inconstitucionalidad de una reforma relativa a la despenalización del aborto, muestra los serios problemas de definir el derecho a la vida como un derecho absoluto e indisponible ordinariamente por el parlamento. También señala las dificultades de conciliar medidas progresistas como la abolición de la pena de muerte, frente a otras que pueden trastocar una concepción absoluta del derecho a la vida, como el caso de la interrupción legal del embarazo. Sin embargo, la mayor aportación de dicha sentencia radica en definir los problemas que entraña la constitucionalización del derecho a la vida, ajena a la deliberación democrática posterior en función de cambios sociales importantes, cuestión que también entraña peligros considerables que inclusive pueden abrir la puerta al genocidio legal como en la *Shoah*. Por más que la brutal experiencia histórica del holocausto y de los holocaustos que le han seguido, impregne a la modernidad de una necesaria desconfianza democrática hacia los parlamentos, la realidad es que la vida como algo innegociable, parece pertenecer más al discurso dominante jurídico y encontrarse lejano de la práctica política sancionable jurídicamente. Aquellos cuyas vidas son puestas a disposición del Estado o de otros sujetos con la pasividad del mismo, no son solamente quienes son condenados a pena de muerte por tribunales previamente establecidos y con garantías de imparcialidad y debido proceso. Sectores completos de la población, por sus condiciones sociales se encuentran tal precariedad en sus, para seguir a Judith Butler, que legal o *de facto* sus vidas pueden ser tomadas por el estado o por otros sin consecuencias⁴. Bajo otras teorías, la vida humana puede ser reducida a lo no humano, como es el caso del *homo sacer* de Giorgio Agambem o la decisión política fundamental

⁴ El concepto de vidas precarias es desarrollado por Judith Butler en dos textos fundamentalmente: BUTLER, Judith, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Londres, Verso, 2004 y BUTLER, Judith, *Frames of War. When is Life Grievable?*, Londres, Verso, 2009.

del Estado se reduce en administrar la vida y la muerte con o sin aprobación legislativa o judicial, como es el caso del concepto de Necropolítica en Achile Mbembe⁵. Todas estas discusiones aparecen no solamente como formas de atenuación del derecho a la vida, como los casos judiciales relativos a interrupción legal del embarazo, pena de muerte o eutanasia, sino más bien replantean la relación del Estado con la vida, más en su función de exclusividad destructora, que una función de preservación de la misma en la línea de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán.

En este sentido es que el derecho a la vida se erige como un espacio privilegiado que no está sujeto a negociación parlamentaria y que dentro de la teoría liberal democrática se inscribe en el lenguaje de los Derechos Humanos como algo innegociable, como derecho humano de contenido esencialísimo o para seguir la teoría de Ernesto Garzón Valdés (que a su vez toma el concepto de las memorias del gran escritor Juan Goytisolo) como núcleo esencial del coto vedado⁶. La referencia al concepto de coto vedado se debe a su influencia en una parte dominante de la teoría jurídica liberal latinoamericana y que otorga al derecho a la vida un lugar privilegiado dentro de dicha construcción, al integrar al mismo todos los derechos necesarios para garantizar cualquier condición de vida. Dicha teoría ilustra como el derecho a la vida se considera como un concepto dado *a priori* en materia de derechos humanos y por tanto consubstancial a la propia definición del resto de los derechos. Sin pretender cuestionar la necesidad de la protección de la vida dentro de los sistemas de protección de derechos humanos, se tratará de realizar una labor de desestabilización de un campo, que bajo un aparente consenso incuestionable, muestra un gran margen de conflictividad en su utilización discursiva, tanto por sectores políticamente conservadores como progresistas. Tal enfoque implica no tomar la inclusión del derecho a la vida, o su ausencia (como en el caso de la Constitución Mexicana en la sentencia relativa a interrupción legal del embarazo en el Distrito Federal por la Suprema Corte de Justicia de la Nación)⁷, como un única razón de interpretación de sus alcances y limitaciones, superando una tentación textualista.

⁵ AGAMBEM, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998 y MBEMBE, Achille, "Necropolitics", *Public Culture*, vol. 15, no. 1, 2003, pp. 11-40.

⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algo más sobre el "coto vedado", *Doxa*, no. 6, 1989, pp. 209-213, p. 209.

⁷ Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), disponible en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/AI_146-2007.pdf

2.2. El reconocimiento internacional del derecho a la vida

En el marco internacional, desde su inclusión en 1948 en la Declaración Universal y Americana de Derechos Humanos, el derecho a la vida recibe un constante reconocimiento por parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en el sistema universal como en los regionales⁸. El desarrollo progresivo de instrumentos que reconocen derechos particulares a grupos específicos han reiterado esta tendencia comenzando por el reconocimiento del derecho a la vida de las Mujeres⁹, que incorpora el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y por ende la obligación del Estado de evitar la destrucción de las vidas de las mujeres a través del feminicidio. El concepto de derecho a las mujeres a una vida libre de violencia es una de las principales aportaciones del sistema interamericano y en concreto del artículo 3 la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará¹⁰. La tutela del derecho a la vida de las mujeres continuó en otro sistema regional, el africano, por medio del Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África¹¹. No obstante estos avances regionales y universales, como señala Catherine A. Mackinnon, se deben a la lucha de muchas

⁸ La inclusión del derecho a la vida en los instrumentos internacionales no sólo es casi unánime sino que el propio lenguaje en el que se protege es bastante similar. Por ejemplo el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". El artículo I de la Declaración Americana de Derechos Humanos, es exactamente igual que el 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Los principales convenios universales y regionales también siguen la línea de los declaraciones: Artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"; el artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "El derecho de toda persona a la vida queda protegido por ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionalmente, salvo en la ejecución de una condena a la pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena"; artículo 4.1 del Pacto de San José: "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". Finalmente la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en su artículo 4: "Todos los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto a su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente".

⁹ Si bien la Convención para Eliminar todo tipo de Discriminación en contra de la Mujer no incluye el derecho a la vida de las mujeres expresamente, la equiparación no discriminatoria del Convenio a los derechos de los varones, los incorpora por referencia. También el artículo 14.2.h menciona el derecho de las mujeres a gozar de condiciones de vida adecuadas.

¹⁰ El derecho a la vida también se encuentra reconocido en el Artículo 4.a que señala toda mujer tiene el derecho a que se respete su vida.

¹¹ Toda mujer tiene derecho al respeto a su vida, así como a su integridad y seguridad personal.

mujeres por oponerse a un sistema de derecho internacional patriarcal y terminar con obstáculos, como un derecho estadocéntrico que perpetúa en el ámbito internacional la tradicional división estatal de lo público y lo privado, de tal manera equiparando el estatuto ontológico de las mujeres al de los varones y dejando atrás la disponibilidad de la vida de las mujeres por parte de los Estados patriarcales¹².

El hecho que dicha lucha haya resultado más exitosa dentro de sistemas de protección regionales de derechos humanos post-coloniales, muestra la doble lucha que han llevado a cabo dichas mujeres en contra del patriarcado colonialista, tanto en el referente de división de género como en el marco étnico-racial y de clase¹³. Uno de estos triunfos en el marco interamericano es el caso seminal de Maria da Penha Maia Fernandes en el Brasil, caso que no solamente amplió el ámbito de aplicación de los órganos de protección interamericanos a la esfera privada de la violencia doméstica, sino que también tuvo una gran influencia interna al ser el caso que desató la discusión de la ley brasileña sobre violencia de género que hoy es conocida popularmente como Ley Maria da Penha¹⁴. Si bien en este caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no encuentra una violación al derecho a la vida, ya que en dicho caso se dan dos tentativas de feminicidio, la impunidad que gozaba el perpetrador de la violencia de género mostraba la indiferencia del Estado Brasileño a los ataques a la vida de las mujeres y por tomaba en consideración dicha cuestión dentro de las garantías de no repetición. La indiferencia de los Estados a los casos de violencia de género y sobre todo en la ausencia de un sistema de protección en los casos de violencia doméstica, se muestra como una constante también en sociedades como la estadounidense, como prueba el caso Jessica Lenahan y otros¹⁵. A pesar de contar con una orden de protección, la señora Lenahan no recibió ayuda policial que podría haber

¹² MACKINNON, Catherine, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge, Harvard, 2006, pp. 1-14.

¹³ Estas mujeres también vencieron la indiferencia, falta de solidaridad y a veces la producción de violencias por parte de varones sujetos a esquemas de discriminación o lo que Maria Lugones denomina como "Colonialidad de Género". LUGONES, Maria, "Colonialidad y Género", *Tabula Rasa*, no. 9, 2008, pp. 73-101.

¹⁴ ComisiónIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051 Maria de Penha Maia Fernandes de 16 de abril de 2001, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>

¹⁵ ComisiónIDH, Informe N° 80/11, Caso 12.626 Jessica Lenahan (Gonzales) y otros de 21 de julio de 2011, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/decisiones/cidh.asp>

evitado el asesinato de sus tres hijas por parte de su ex conyugue, sin importar que había denunciado repetidamente y con carácter de urgente la substracción de las niñas. Este caso no sólo muestra la falta de diligencia de las autoridades policíacas estadounidenses, sino también la indiferencia de las mismas ante casos de violencia de género y en especial porque las víctimas en su mayoría pertenecen a grupos social y racialmente excluidos. Al ignorar llamadas urgentes de emergencia en casos de violencia doméstica, las autoridades policíacas estadounidenses ubican dichos casos, que en gran medida afectan a grupos desventajados, como vidas que el poder público pone a disposición de los actores privados. Esta operación muestra como las autoridades públicas deciden sobre la vida de aquellos que merecen su protección y aquellas vidas que pueden ser tomadas sin intervención del estado.

Por lo que se refiere a otros instrumentos que incluyen derechos específicos a ciertos grupos, el derecho a la vida se incluye en instrumentos sobre derechos de los niños y las niñas. La Convención sobre los derechos del niño señala que los estados reconocen que los niños tienen un derecho intrínseco a la vida¹⁶. Además, en un momento innovador, la Convención obliga a los estados parte a garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño¹⁷. Este mismo reconocimiento se encuentra en la Carta Africana sobre derechos y bienestar del niño, la cual también se refiere no sólo al reconocimiento del derecho inherente a la vida de los niños, sino la obligación de los estados de garantizar la supervivencia, protección y desarrollo de los niños y niñas¹⁸. Ambas convenciones incorporan la innovación que establece una obligación de los estados de acceso a bienes básicos para supervivencia del niño o la niña, como la salud, vivienda, alimentación y agua y crea obligaciones claramente de protección más que de respeto. Además de este acceso a bienes básicos, los estados deben crear y vigilar las instituciones existentes en las que se encomienda la satisfacción del derecho de supervivencia de los niños y niñas a adultos, como por ejemplo adopción, hogares alternos y el otorgamiento de pensiones alimenticias¹⁹. Dentro del sistema

¹⁶ Artículo 6.1.

¹⁷ Artículo 6.2.

¹⁸ Artículo 5.

¹⁹ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos Humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, IJ-UNAM, México, 2008, pp. 413-414.

interamericano, si bien no se incluye en instrumentos regionales la obligación de los estados de garantizar la supervivencia de los niños y las niñas, una obligación similar de garantía se construye jurisprudencialmente a través de la Opinión Consultiva No. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰. Dentro de esta resolución consultiva el concepto jurisprudencial interamericano de la vida digna, aunado a instrumentos de carácter consuetudinario regional y universal, permiten establecer una obligación positiva a los estados de adoptar todas las medidas posibles para garantizar dichos derechos de los niños y niñas²¹. Si bien el concepto de supervivencia del sistema universal y africano, tiene mayor resonancia en el ámbito del derecho a la vida, la Opinión Consultiva No. 17 establece obligaciones de cumplimiento de la obligación de garantía del derecho a la vida de niños y niñas de una manera positiva en el sistema interamericano.

El derecho a la vida de niños y niñas parecería también un área de consenso reforzado, por ejemplo la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos tiene un respaldo casi universal, tanto por el carácter subjetivo de los titulares de derechos, como por el contenido del derecho. A esta primera observación se le opone un derecho que aparece en la mayoría de los instrumentos que es el derecho a la vida familiar²². La coexistencia de ambos derechos presenta varios problemas en el terreno de la salud pública que pueden potencialmente vulnerar el derecho a la vida de niños y niñas. Casos como el de la vacunación forzada, el otorgamiento del consentimiento informado por parte de los padres en el caso de tratamientos o intervenciones médicas o la negativa de los padres de someter a sus hijos a ciertos tratamientos²³.

Los compromisos asumidos por los estados en ambas convenciones y que también se incluyen dentro del sistema interamericano a través de la Opinión Consultiva No. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parecen diametralmente opuestos a la extensión de regímenes penales cada vez más represores que equiparan a niños y niñas a adultos

²⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto del 2002. Serie A No. 17, párrafos 80-91, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

²¹ *Ibid.*, párrafo. 91.

²² Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 del la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 17 del Pacto de San José y artículo 18 de la Carta Africana sobre los derechos Humanos y de los Pueblos.

²³ Para un análisis detallado de dichas cuestiones en el sistema jurídico del Reino Unido, FORTIN, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009, pp. 363-405.

para efectos del proceso penal. Esta paradoja es ilustrada por Julieta Lemaitre Ripoll, en su comentario al Caso Villagrán Morales o “niños de la Calle” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴. Contrasta de manera escandalosa, la fuerte condena de la Corte al asesinato y tortura por parte de un “escuadrón de la muerte” de niños en condición de calle, que califica como infame, con la visión de los pobladores de dicha comunidad. Para Lemaitre, la operación del derecho consiste en considerar como niños a unos muchachos que para los “buenos vecinos y comerciantes que los conocían se habrán sorprendido al ver a esos muchachos amenazantes y desordenados, de sexualidad agresiva, tratados como niños”²⁵. Es decir, la reinscripción de la vida a través del reconocimiento como niños de aquellos cuerpos que sus propios vecinos pondrían a disposición de la violencia y de la naturalización de sus muertes, es la operación real de protección del derecho a la vida o más bien de lo vivo. No por nada, la Convención Africana también incluye la prohibición explícita de la aplicación de la pena capital a los niños y niñas.

Por último dos grupos que han merecido un reconocimiento convencional especial son los migrantes y las personas con discapacidad. En cuanto a los migrantes, la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, se limita a repetir el derecho a la vida de los trabajadores migrantes y sus familias²⁶. La inclusión del derecho a la vida de los migrantes y sus familiares parecería una repetición más de el derecho a la vida de carácter universal contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de San José, la Convención Europea de Derechos Humanos o la Convención Africana, pero los migrantes también encuentran una precariedad importante de sus vidas, en especial respecto a su criminalización. No sólo la vida de migrantes se arriesga cruzando los ríos y desiertos que cruzan la frontera de EUA y México o adentrándose a Guyana Francesa a través de las selvas brasileñas o en las pateras en el estrecho de Gibraltar o en el atlántico hacia las Islas

²⁴ LEMAITRE RIPOLL, Julieta, “¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas “sin ley”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 47-68, p. 64. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Artículo 9.

Canarias; sino también la disposición de la vida de migrantes por parte de los órganos de seguridad y de justicia de otros estados obra como prueba de su precariedad²⁷. También existe un nutrido número de casos ante el sistema europeo de protección de derechos humanos, así como ante el Comité de Derechos Humanos relativo a como se puede vulnerar el derecho a la vida a través de la extradición o deportación de extranjeros a sus estados de origen.

El segundo grupo sobre el que se ha construido un nutrido número de instrumentos internacionales en el ámbito universal e interamericano son las personas con discapacidad. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad incluye una reiteración del derecho a la vida de todos los seres humanos²⁸. De la misma manera en la región americana la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad opta por un modelo distinto en el que no hace una repetición de los derechos contenidos en otros convenios y se concentra en medidas estructuralmente discriminatorias que afectan a personas con discapacidad. A través de este enfoque es que la Convención Interamericana obliga a los Estados parte a desarrollar medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia, la integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad²⁹.

El desamparo y exclusión de las personas con discapacidades por parte del estado y familiares, también aumenta la precariedad de la vida de dichas personas, como en casos de internamiento forzado en los que se puede inclusive atentar contra la vida de dichas personas. Tratamientos psicológicos o toma no voluntaria de medicamentos, abusos físicos y sexuales dentro de estos tipos de reclusión forzada en instituciones psiquiátricas se erigen como formas de vulneración de la vida de las personas con discapacidades mentales. El caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que una persona con discapacidad mental perdió la vida por los golpes y ataques de los

²⁷ Algunos ejemplos es la aplicación de sentencias de pena de muerte a personas de nacionalidad mexicana en EUA (como se encuentra documentado en el caso ante la Corte Internacional de Justicia, *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, Sentencia del 31 de marzo del 2004, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>) o también casos de abuso las fuerzas de seguridad del Estado que causan la muerte a migrantes).

²⁸ Artículo 10.

²⁹ Artículo IV.b.

funcionarios de un centro de tratamiento psicológico es un ejemplo de los riesgos claros a la vida de las personas con discapacidad en tales instituciones³⁰. Otros ejemplos de violaciones al derecho a la vida en instituciones psiquiátricas son: el incremento de muertes de personas de edad avanzada durante el invierno derivado de la falta de calefacción o enfermedades respiratorias, falta de acceso a medicamentos o durante incendios producidos en dichas instalaciones³¹. Estos tipos de condiciones de riesgo a la vida se extienden a sectores cada vez más amplios de la población sobre todo a través de la implementación de recursos como la internación forzada de personas con adicciones, como aquellas personas adictas al crack en Sao Paulo. La internación forzada por parte del Estado, así como su negligencia en la revisión de las condiciones mínimas de dichas instituciones se erige como una nueva forma de necropolítica, en la que enormes sectores desfavorecidos son sujetos a condiciones que muy probablemente llevan a su muerte³².

3. EL DERECHO A LA VIDA COMO ARGUMENTO CONSERVADOR. EL PACTO DE SAN JOSÉ Y LA DISCUSIÓN SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO

La protección multinivel del derecho a la vida respecto a la criminalización del aborto y tecnologías sexuales y reproductivas ha dado resultados muy contradictorios e ilustra la capacidad de apropiación del discurso de derechos humanos, tanto para fines conservadores como progresistas. Dichas tensiones no se limitan a un conflicto entre posturas conservadoras y progresistas, sino que se muestran la disonancia existente entre posturas progresistas dentro del feminismo.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

³¹ Sobre casos acaecidos en Argentina, CELS, *Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, pp. 63-67.

³² No solo las personas con problemas de adicción a las drogas o enfermedades mentales son las que se exponen a dichas medidas, la existencia de "morideros" o "cementeros de elefantes" en Brasil, México o Bolivia evidencian la condena de muerte por indiferencia de amplios grupos de personas. En el caso de Brasil dichos casos se pueden consultar en Joao BIEHL, Joao (autor) ESKEROD, Torben (fotografía), *Vita. Life in a Zone of Social Abandonment*, Universidad de California, Berkeley, 2005. Para el caso de México se puede consultar una novela que relata la existencia de los "morideros", BELLATÍN, Mario, *Salón de Belleza*, Tusquets, México, 1999. Finalmente en el caso de Bolivia se puede consultar la película boliviana dirigida por Tonchy Antezana, *El cementerio de elefantes* del 2009 o los escritos de Víctor Hugo Vizcarra como sus memorias, *Borracho estaba, pero me acuerdo*, Mono Azul, Sevilla, 2002.

Respecto al primer campo en disputa, llama la atención como el terreno disputado en campo simbólico ha sido sobre significado en el ámbito de la protección al derecho a la vida. Si bien, el bien simbólico en disputa fue introducido desde una postura conservadora que frente al avance de tecnologías sexuales y reproductivas (la introducción al mercado y a los sistemas de salud pública de medios anticonceptivos y nuevas técnicas en materia de interrupción del embarazo) pugnaba por un concepto de derecho a la vida desde la concepción; la respuesta de ciertos grupos del feminismo liberal centro su respuesta en términos similares. El constante debate en torno al momento en el que comienza la protección jurídica de la vida, casi monopolizaba un debate que a veces se distanciaba de otros argumentos, inclusive uno de los argumentos más utilizados por las feministas liberales en un primer momento como la autonomía y el derecho a la privacidad. Más relegado se encontraba una premisa que permitía crear un puente entre movimientos progresistas, sobre todo en una reivindicaciones de subjetividades más amplias, como condiciones de etnicidad y clase, la cual es la lucha por los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente el derecho a la salud. Esta postura no resultaba cómoda para ciertos sectores del feminismo liberal más ortodoxo y además se alejaba del contexto de discusión en la que se daba la discusión en el contexto estadounidense, sobre todo por la ausencia de un sistema público de salud universal. Sin embargo, la opción por un discurso liberal de derechos humanos también implicaba una ruptura entre sectores importantes del feminismo con la militancia de izquierda³³.

Esta última división muestra como la acción feminista liberal clásica se centra en el tema de la criminalización de las mujeres respecto a la realización de abortos y en algunos casos por el ejercicio de opciones dentro de sus derechos sexuales y reproductivos. La financiación selectiva y modelización judicial respecto a la práctica y estructura judicial norteamericana, han convertido en el sector más organizado y visible, seguido de manera cercana por los esfuerzos relativos a violencia de género, a esta parte de las reivindicaciones de los derechos humanos de las mujeres como la más visible del movimiento feminista. Frente a dichas reivindicaciones, un sector también igualmente o en algunos casos más visible, organizado

³³ Sobre tales experiencias en Colombia, LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *El derecho como conjuro*, UNIANDES-Siglo del Hombre, Bogotá, 2009, pp. 204-207.

y financiado desde la derecha religiosa conservadora, es el movimiento auto-denominado como “pro vida” o más bien concentrado en el mantenimiento o instauración de normas punitivas al aborto. Lo interesante es que también estas organizaciones repiten discursos dados en el marco de discusiones relacionadas al “derecho a decidir” frente al “derecho a la vida” que nacen con el debate en la Suprema Corte en *Roe vs Wade*³⁴.

Así las discusiones se han dado en contextos interamericanos como nacionales colombiano y mexicano respecto el derecho a la vida en el contexto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, con muy diversos resultados. La diversidad de interpretaciones se debe a un marco jurídico distinto, pero también a las características propias del diseño institucional de los órganos de protección de derechos humanos o tribunales involucrados. Distintas formas de tutela del derecho abren variados caminos de interpretación, comenzando por el artículo 4.1 del Pacto de San José con su definición de vida desde la gestación. A tal temporalización del comienzo de tutela del derecho a la vida, han venido interpretaciones y declaraciones de estados parte que compatibilizan la tutela a la vida con la posibilidad de realización de una interrupción legal del embarazo. El primer momento de matización se da en el caso presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baby Boy”³⁵. El caso era presentado por una organización católica respecto a la práctica de un aborto en una clínica en Boston en base a la protección de la vida desde la gestación contenida en el artículo I de la Declaración Americana de Derechos Humanos y ampliada por el artículo 4.1 del Pacto de San José. Si bien el Pacto de San José no era aplicable al caso, dado que se trataba de un Estado que no es parte del mismo, la Comisión decidió que aún la protección de la vida desde la concepción permite a los estados mantener su propia regulación en materia de aborto. Tal decisión se asemeja a la posición tomada por el Estado mexicano en relación al artículo 4.1, a través de una declaración interpretativa que señala expresamente: “Con respecto al párrafo I del artículo 4 considera

³⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), disponible en: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html Esta decisión posteriormente fue confirmada en la mayoría de sus posiciones por *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al* 505 U.S. 833 (1992), disponible en: http://www.law.cornell.edu/wex/planned_parenthood_of_southeastern_pennsylvania_v._casey_1992

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141.htm>

que la expresión “en general” usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”. De manera más reciente el sistema interamericano se ha enfrentado otra vez a la interpretación del artículo 4.1, esta vez en sede judicial³⁶. Si bien el caso no se refiere al aborto, sino a otra técnica de salud sexual y reproductiva, esta vez el sistema interamericano define de manera más clara la concepción como comienzo de la obligación de protección de los estados parte a la vida³⁷.

En el caso de México el derecho a la vida relacionado a salud sexual y reproductiva ha sido debatido por la Suprema Corte de Justicia en dos ocasiones por razones aparentemente opuestas. En el primer caso se trató de una acción de inconstitucionalidad presentada por la Procuraduría General de la República y por la Presidencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en contra de la reforma legislativa en el Distrito Federal que creaba la figura de la interrupción legal del embarazo, de tal manera despenalizando el aborto durante las primeras 12 semanas³⁸. Por lo que se refiere a la segunda acción de inconstitucionalidad, esta fue presentada por la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Baja California y por un grupo de diputados locales del Estado de San Luis Potosí, en contra de las reformas constitucionales en ambos estados, tendientes a proteger la vida desde la concepción³⁹. Estas reformas se dan en el marco de una contraofensiva conservadora en las entidades federativas, tanto a la reforma sobre interrupción del embarazo, como a su validación constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁰. Si bien en ambos casos se declararon constitucionales ambas reformas, la Suprema Corte en el caso sobre interrupción legal del embarazo

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (Fecundación *in Vitro*), Sentencia de 28 de noviembre 2012, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones y disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

³⁷ *Ibid.*, pp. 53-56.

³⁸ Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), *op. cit.*

³⁹ Acción de inconstitucionalidad 11/2009 disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105534> y la Acción de inconstitucionalidad 62/2009 disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>

⁴⁰ GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA A.C., *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*, GIRE, México, 2012.

y a ausencia de una inclusión expresa del derecho a la vida en la Constitución mexicana, establece que si bien la vida es necesaria para el ejercicio de los diferentes derechos, lo anterior no supone una sumisión jerárquica de los mismos y por tanto una supremacía del derecho a la vida respecto a otros derechos⁴¹.

Al contrario del caso mexicano, en el caso de Colombia la Corte Constitucional creó más bien distintos causales por vía jurisprudencial para el ejercicio no punible del aborto, aún con la inclusión del derecho a la vida en la Constitución Colombiana⁴². Esta decisión se da en el marco de diversos intentos por vía legislativa para despenalizar el aborto⁴³. La Sentencia C-355 de 2006 modificaba la prohibición total del aborto en Colombia, acercándose a los causales comúnmente aceptados en la región⁴⁴.

4. PENA DE MUERTE Y PODER REACCIONARIO

Para Joao Biehl, los reclamos relativos a derechos humanos y ciudadanía coinciden con la producción local de muerte social⁴⁵. Esta muerte social, no es aquella directamente perpetuada por el estado a través de ejecuciones extrajudiciales, sino por medio del abandono. Dicha anulación de la vida, convive todavía con formas directas de ataque a la vida por parte de los estados, como lo es la pena de muerte y un creciente debate conservador en el marco de la instrumentalización de la seguridad.

Los casos de Guatemala y Trinidad y Tobago son especialmente relevantes, ya que en el primero se da un constante debate sobre la proyección de la pena de muerte a nuevos ámbitos, con un efecto limitativo de la convención. El segundo caso no tiene un resultado positivo debido a que el uso cada vez más amplió de la pena de muerte en Trinidad y Tobago, con el consecuente número de casos ante el sistema, produjo la denuncia de dicho estado del Pacto de San José⁴⁶. Dentro del texto de la denuncia Trinidad y Tobago aduce directamente a la obligación derivada del derecho interno, relativa a que las demoras en la ejecución de sentencias de penas de muerte son consideradas como castigos o tratos inhumanos

⁴¹ Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), *op. cit.*, pp. 153-154.

⁴² Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

⁴³ LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *El derecho como conjuro*, *op. cit.*, p.222.

⁴⁴ Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm

⁴⁵ BIEHL, J., "Technologies of Invisibility", en INDA, Jonathan Xavier (ed.), *Antropologies of Modernity. Foucault, Governmentality and Life Politics*, London, Blackwell, 2005, pp. 248-271.

⁴⁶ La denuncia fue interpuesta el 26 de mayo de 1998.

o degradantes. Bajo un paradójico uso de una argumentación en materia de Derechos Humanos, el gobierno de Trinidad y Tobago salía del sistema de protección regional, alegando que el tiempo en que tardaban las ejecuciones, debido al inicio de procedimientos ante el sistema interamericano, constituía un castigo o trato inhumano o degradante. De tal manera una salida de un sistema de protección de derechos humanos, y que traería la posibilidad de aplicar de manera más expedita la pena de muerte en caso de homicidas, se justificaba por medio de los propios derechos contenidos en el Pacto.

Volviendo a la definición de Biehl, también hay casos en los que las personas privadas de la libertad bajo una sistemática negligencia del Estado prácticamente viven en condiciones en donde su muerte se encuentra prácticamente asegurado. Al mantener centros penitenciarios en condiciones de radical hacinamiento y negligencia, se demuestran la relación entre la negación de la vida en situaciones penitenciarias prolongadas y una violación al derecho a la vida contemplado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por citar uno de los casos más recientes, en un Estado que se lleva el palmarés, pero no es el único en el que existen condiciones estructurales de hacinamiento penitenciario como Venezuela o Brasil, el *Caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras*, en el que murieron en un incendio en la penal 107 personas el 17 de mayo del 2007 en la celda no 19 del Centro penitenciario de San Pedro Sula. Como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, las condiciones que dieron pauta a la muerte de los internos se basaron no sólo en la negligencia del Estado sino también a las políticas de “tolerancia cero” en concreto en el ámbito penal, implementadas en el marco de las políticas de seguridad.

5. PROYECTO DE VIDA Y REPARACIONES. CONVERSIÓN DE LA VIDA DE VALOR DE USO A VALOR DE CAMBIO

Nuevas discusiones sobre la victimización pueden ayudar a (re) conceptualizar las reparaciones en el ámbito de violaciones al derecho a la vida. El gran elemento a superar es una subjetivización de la víctima creada como anulación de cualquier agencia política. Fuerzas sociales que pasan desde las Madres de la Plaza de Mayo hasta el Movimiento la Paz con Justicia y Dignidad muestran el escape de la categoría típicamente apolítica de la víctima en el discurso hegemónico de los derechos humanos. Sin embargo, el uso constante en el lenguaje dominante de narrativas

subjetivas como “personas en condiciones de vulnerabilidad”, parecen perpetuar el carácter de víctimas privilegiadas de algunos grupos sociales. Un lugar en donde se muestra esta especie de cancelación de la agencia política de la vida humana es en la forma de cuantificación de las reparaciones en casos de violaciones a derechos humanos.

Si bien se han dado casos interesantes que muestran una (re) interpretación del sistema internacional de reparaciones, son el caso *Inés Fernández vs México* respecto a reparaciones colectivas y el caso *Cepeda vs. Colombia* respecto el derecho a la vida relacionada al derechos políticos, el sistema de reparaciones sigue reposando esencialmente en una mercantilización del dolor, a través de criterios más contables que de vida. La gran aportación para romper con dicha tendencia es el desarrollo del concepto de proyecto de vida por parte del sistema interamericano.

No es el lugar para un análisis detallado o una definición del concepto de proyecto de vida como estándar para las reparaciones, sin embargo si es importante preguntarse si tal concepto en realidad evade la mercantilización de la vida mencionada anteriormente. El riesgo se encuentra en que aún considerando las probables expectativas que tendría una persona para vivir una vida, que ha sido truncada por una violación a los derechos humanos, estas se tiene que traducir a un lenguaje económico sujeto a una inequidad inherente, como es el del capitalismo. Así se instala un proceso de “valorización del valor”, que en este caso estaría sometiendo a los ataques a la vida a un sistema económico desigual en donde distintas vidas contienen distinto valor.

La propuesta subyace en reforzar las reparaciones no sujetas a dicho proceso de “valorización del valor”, mismo que pasa por el desarrollo de reparaciones inmateriales. Las reparaciones inmateriales no sólo caen en el ámbito simbólico, sino también en las garantías de no repetición que prometen una transformación social de carácter colectivo, más allá de la imposición de una compensación individual, común en las sociedades capitalistas. De tal manera, se podría articular un verdadero “valor de uso” respecto a las reparaciones frente a esta mercantilización del dolor⁴⁷.

⁴⁷ Esto va en líneas consonantes con la propuesta general de reinterpretación de Marx por parte de Bolívar Echeverría, *Valor de Uso y Utopía*, México, Siglo XXI, 1998, pp. 153-197.

6. DERECHO A LA VIDA Y PUEBLOS INDÍGENAS

Una de las aportaciones más interesantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto del artículo 4 del Pacto de San José (derecho a la vida), es la violación estructural al derecho a la vida de las comunidades indígenas derivadas de la negación de reconocimiento al uso de la propiedad cultural. Concretamente esta cuestión nace en el Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*⁴⁸, en el que la Comisión alegaba la violación al derecho a la vida derivado de la ausencia de reconocimiento de las tierras ancestrales de la Comunidad Sawhoyamaya del pueblo Enxet-Legua desde 1991 y también por la perpetuación de una situación de estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza su supervivencia e integridad⁴⁹.

7. CONCLUSIONES. DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LO VIVO

El aparato ideológico que ha definido la teoría liberal de los derechos humanos, supone fundamentalmente que el grueso de los derechos tienen un fundamento en el concepto de vida digna, sobre todo condicionando la efectividad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales al propio concepto de vida digna. La propia Suprema Corte de Justicia mexicana ha cuestionado la jerarquización de la vida y por ende su carácter privilegiado dentro del conjunto de derechos. Privado de este carácter reaccionario, el derecho a la vida puede articular un nuevo concepto crítico de la vida como sujeto de derechos y no lo humano, excluyendo de la misma el antropocentrismo que la ha categorizado. Así se habilita la posibilidad de que sujetos no humanos, por ejemplo animales o bajo otras cosmovisiones como existe el reconocimiento de la Pachamama como sujeto de derecho en la Constitución Ecuatoriana y en la legislación boliviana, de tal manera se rompe con una de las herencias más estables en el pensamiento occidental, que es el humanismo y su enorme peso en la teoría fundacional de los derechos humanos liberales.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 2.

8. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- AGAMBEM, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998.
- BELLATÍN, Mario, *Salón de Belleza*, Tusquets, México, 1999.
- BIEHL, Joao (autor) ESKEROD, Torben (fotografía), *Vita. Life in a Zone of Social Abandonment*, Universidad de California, Berkeley, 2005.
- BUTLER, Judith, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, Londres, 2004.
- *Frames of War. When is Life Grievable?*, Verso, Londres, 2009.
- CELS, *Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.
- ECHEVERRÍA, Bolívar, *Valor de Uso y Utopía*, México, Siglo XXI, 1998.
- FORTIN, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algo más sobre el "coto vedado", *Doxa*, no. 6, 1989, pp. 209-213.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos Humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, IIJ-UNAM, México, 2008, pp. 413-414.
- GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA A.C., *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*, GIRE, México, 2012.
- INDA, Jonathan Xavier (ed.), *Antropologies of Modernity. Foucault, Governmentality and Life Politics*, London, Blackwell, 2005,
- KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Fundación Konrad Adenauer, A.C., México, 2009.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *El derecho como conjuro*, UNIANDES-Siglo del Hombre, Bogotá, 2009.
- LUGONES, María, "Colonialidad y Género", *Tabula Rasa*, no. 9, 2008, pp. 73-101.
- MACKINNON, Catherine, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge, Harvard, 2006.
- MBEMBE, Achille, "Necropolitics", *Public Culture*, vol. 15, no. 1, 2003, pp. 11-40.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- VIZCARRA, Víctor Hugo, *Borracho estaba, pero me acuerdo*, Mono Azul, Sevilla, 2002.

9. JURISPRUDENCIA BÁSICA

a. Tribunales nacionales

1. Tribunal Constitucional Alemán

Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975, -IBvF 1,2,3,4,5,6/74-, traducción de Jürgen Schwabe en, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Fundación Konrad Adenauer, A.C., México, 2009, pp. 114-121., p. 115.

2. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México

Acción de inconstitucionalidad 62/2009 del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>

Acción de inconstitucionalidad 11/2009 del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105534>

Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/AI_146-2007.pdf

3. Suprema Corte de Estados Unidos de América

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), disponible en:

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al 505 U.S. 833 (1992), disponible en:

http://www.law.cornell.edu/wex/planned_parenthood_of_southeastern_pennsylvania_v._casey_1992

4. Corte Constitucional Colombiana

Sentencia C-355 de 2006, disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm

b. Tribunales regionales Organismos o Tribunales Internacionales de garantía

1. Corte Internacional de Justicia

Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América), Sentencia del 31 de marzo del 2004, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión IDH, Informe N° 80/11, Caso 12.626 Jessica Lenahan (Gonzales) y otros de 21 de julio de 2011, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/decisiones/cidh.asp>

Comisión IDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051 Maria de Penha Maia Fernandes de 16 de abril de 2001, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141.htm>

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.1. Opiniones Consultivas

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto del 2002. Serie A No. 17, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

3.2. Casos Contenciosos

Caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica (Fecundación *in Vitro*), Sentencia de 28 de noviembre 2012, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Serie C. No. 257 disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

CUARTA PARTE

**ESTUDIO DE CASO POR
PAÍS**

12

LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Nataly Viviana Vargas Gamboa
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho

1. INTRODUCCIÓN

A través de la promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE) encontramos distintas formas de configuración en cuanto al reconocimiento de las fuentes internacionales y la posición de éstas en el sistema de fuentes interno, lo que ha variado por completo la forma de ver al Derecho Internacional desde el Derecho interno boliviano. La interpretación integral del texto constitucional resulta fundamental para un correcto tratamiento de la normativa internacional en Bolivia.

La necesidad de una mayor protección de los Derechos Humanos (DDHH) a través de los diferentes instrumentos internacionales, en plena interacción con la normativa nacional, ha propiciado la implementación de distintos mecanismos constitucionales de apertura que actúen a favor de la aceptación tanto de cuerpos legales como de jurisprudencia externa. Ante estos cambios el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TC) tiene la obligación de actuar en conformidad con las nuevas soluciones constitucionales para la efectiva protección de los DDHH.

2. LAS RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El artículo 13 de la nueva CPE establece que la proclamación constitucional de los derechos que realiza no podrá entenderse como negación de otros derechos que no se encuentren enunciados, destacando que la clasificación de los derechos no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. Así también, establece que los Tratados

Internacionales que se encuentren ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP)¹, que reconozcan a los DDHH y que prohíban su limitación en los Estados de Excepción, se encontrarán en prevalencia dentro del orden interno, debiendo de interpretarse los derechos y deberes, que se encuentran proclamados dentro del cuerpo constitucional, en conformidad con los Tratados Internacionales de DDHH ratificados por Bolivia (CPE Art. 13. IV).

En este sentido, podemos afirmar que el artículo 13.IV actúa como una verdadera ventana hacia el Derecho Internacional de los DDHH, puesto que permite adoptar una interpretación que otorgue a la Constitución un carácter abierto. En este punto, bien se puede decir que el Derecho interno boliviano deja su vocación de influir para adquirir la propiedad de poder ser influido en su lucha por la defensa de los DDHH y la búsqueda de niveles de protección adecuados para los ciudadanos. La interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional (TC) es esencial para la aplicación de las fuentes externas, cuyo objetivo debe orientarse hacia una apertura de la CPE al Derecho Internacional sin descuidar el respeto a la supremacía constitucional.

En concordancia con una interpretación integral de la CPE, debemos considerar que existen más preceptos que condicionan la interpretación de los Tratados Internacionales en materia de DDHH, que son de vital importancia para la actividad hermenéutica del TC. En este sentido es importante destacar que la CPE establece en su artículo 256 que los Tratados Internacionales en materia de DDHH que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los derechos contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta y, que los derechos que se encuentren reconocidos en la Constitución han de ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales de DDHH *cuando éstos se encuentren en previsión de normas que resulten más favorables*.

En este sentido, encontramos un límite a la interpretación de los Tratados Internacionales referentes a DDHH puesto que si bien se encuentran integrando el Bloque de Constitucionalidad que define la CPE (CPE art. 410) y el artículo 13.IV les abre la vía para una interpretación acorde y preferente frente a los Derechos Constitucionales, al mismo tiempo se establece una salvedad a través del artículo 256. Así para que

¹ Nombre oficial de la reunión en congreso de las Cámaras de Senadores y Diputados en Bolivia.

los Tratados Internacionales referentes a los DDHH puedan tener una aplicación preferente deberán establecer normas más favorables que las establecidas por los Derechos Constitucionales. Este criterio deberá ser dirimido por el TC, puesto que la enunciación de los Derechos Constitucionales, con el detalle que se han integrado en la CPE, hace que sea imprescindible una clara fundamentación del TC ante la posibilidad de la aplicación preferente de las fuentes internacionales².

El artículo 256 de la CPE nos lleva a observar que si bien se ha buscado una fórmula que permita la apertura de los Derechos Constitucionales hacia el Derecho Internacional, en cuanto a su interpretación y aplicación preferente, en paralelo, se ha pensado en la implementación de un determinado límite que pueda hacer que esta apertura no sea irrestricta y deje en el Estado, a través de su TC, la valoración última de los Tratados Internacionales de DDHH. Ante este supuesto, le corresponde al TC hacer una valoración que pueda llevarnos a una eficiente aplicación de la normativa interna e internacional. Así, en la protección de los DDHH el objetivo debe orientarse a la máxima protección y garantía de los derechos cualquiera sea la fuente de la que provengan.

2.1. Procedimientos de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento interno

Las relaciones internacionales, en sus facetas de negociación, suscripción y ratificación de Tratados Internacionales, deben responder a los fines del Estado en función de su soberanía y de los intereses del pueblo boliviano (CPE Art. 255. I). Así, la negociación y ratificación deberán regirse por: 1) la independencia e igualdad entre los Estados, la no intervención en asuntos internos y la solución pacífica de los conflictos; 2) el rechazo y la condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo; 3) la defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales y ambientales, con repudio a toda

² La justificación a esta limitación se encuentra en el Informe de la Comisión N° 20 de la Asamblea Constituyente que manifiesta que el objetivo de la norma constitucional es hacer prevalecer a los diferentes Tratados Internacionales en materia de DDHH sobre el Derecho interno, puesto que se considera que los mismos constituyen una conquista a nivel internacional, siempre y cuando Bolivia los haya ratificado, considerando importante que éstos sólo tengan aplicación preferente con respecto a la normativa interna en el caso de que sean más favorables, dado que no se puede pasar por alto que éstos han sido constituidos mediante luchas que han logrado consolidarlos a nivel mundial como derechos y garantías inherentes al ser humano. Todos los Informes de las Comisiones de la Asamblea Constituyente pueden verse en: www.constituyentesoberana.org

forma de racismo y discriminación; 4) el respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos; 5) la cooperación y solidaridad entre los Estados y los pueblos; 6) la preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado; 7) la armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva; 8) la seguridad y soberanía alimentaria para toda la población, prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente; 9) el acceso a toda la población al acceso a todos los medicamentos, principalmente los genéricos; y 10) la protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado (CPE Art. 255. II).

El establecimiento de los parámetros para la celebración de Tratados Internacionales arriba mencionado resulta un aspecto novedoso de la CPE, puesto que es la primera vez que observamos en un cuerpo constitucional boliviano un catálogo de tal envergadura. Es así que siguiendo los parámetros proclamados por la CPE en materia de relaciones internacionales, el Presidente del Estado se encarga de dirigir la política exterior y suscribir Tratados Internacionales (CPE Art. 172. 5)³, tareas en las que debe participar de forma conjunta con el Vicepresidente del Estado (CPE art. 174. 5)⁴. Sin embargo, podemos observar que estas actividades no sólo se encuentran bajo la competencia del Presidente y Vicepresidente del Estado, sino que a través de los mecanismos de participación ciudadana, establecidos en el nuevo cuerpo constitucional, se proporcionan distintos cauces para la participación de los demás

³ Si bien se establece que la ratificación de los TI celebrados por el Ejecutivo debe estar sujeta a las formas que se establecen en la CPE y que Derecho dicha ratificación corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional (CPE Art. 158. I. 14), no observamos a lo largo del texto la enunciación de un procedimiento detallado que regule este procedimiento, tampoco observamos una regulación del mismo a través de Ley.

⁴ A través de la Ley de Organización del Poder Ejecutivo (Ley LOPE) se establece que el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto (RREE) tiene entre sus atribuciones específicas las de formular, coordinar y ejecutar la política exterior del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales y administrar las relaciones diplomáticas con las naciones y con las organizaciones internacionales, la negociación y suscripción de tratados y convenios internacionales en el marco de la Ley de Servicio de Relaciones Exteriores N° 1444 (LOPE Art. 11), cuya actividad era producto de la delegación de la dirección del Presidente de la Política Exterior. Sin embargo, dados los cambios presentados en la CPE deberá buscarse una solución que haga compatible en estas funciones a ambas autoridades o busque que sólo recaiga sobre el Presidente dicha facultad.

miembros de la sociedad en la estructuración de la Política Exterior boliviana.

Así, cualquier Tratado Internacional requerirá la aprobación mediante referendo popular cuando sea solicitado por el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o en su caso, el treinta y cinco por ciento de los representantes de la ALP, siendo tales iniciativas utilizables para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un Tratado Internacional (CPE art. 259.I). El anuncio de la convocatoria al referendo ha de suspender el proceso de ratificación del Tratado Internacional hasta la obtención del resultado de acuerdo a los plazos establecidos por la ley (CPE Art. 259.II). En este sentido, es importante destacar que esta iniciativa puede suponer un obstáculo para el rápido avance de la ratificación de los Tratados Internacionales, obstáculo que se había observado en la Comisión N° 20 de la Asamblea Constituyente en su informe por mayorías, que establecía que para la aplicación de este mecanismo se necesitaban ciertos parámetros que impidan esta circunstancia. Sin embargo, hasta la fecha no observamos el establecimiento de tales parámetros en ningún instrumento legal⁵.

2.2. Relaciones entre las fuentes externas y las normas internas

El Estado Plurinacional de Bolivia no es ajeno a los Tratados Internacionales de DDHH, muy por el contrario se preocupa de su enunciación y jerarquización dentro del cuerpo constitucional, en el que podemos observar una orientación al logro de la máxima protección de los derechos. En este sentido, observamos que la CPE establece como obligación del Estado garantizar a todas las personas y colectividades, sin Derecho discriminación alguna el ejercicio de los derechos que se establecen en su cuerpo constitucional, las leyes y los Tratados Internacionales de DDHH (CPE Art. 14. III). Así, a través de esta previsión nos encontramos

⁵ En la propuesta presentada a través del Informe final de la Comisión N° 20 se establecía que los Tratados Internacionales que implicasen la ejecución de actos ordinarios en las RRII, donaciones a favor del Estado sin comprometer su independencia, que no supongan una contraprestación de fondos públicos, o que perfeccionen obligaciones preexistentes adquiridas por el Estado, podrían ser ratificados de manera directa por el Presidente mediante Decreto Supremo debiendo de publicarse con la integridad del texto del acuerdo, cuya ratificación requeriría del control de constitucionalidad previo debiendo ser informada su negociación al ejecutivo. Este artículo no fue incluido en la redacción formal de la CPE promulgada, sin esta salvedad, cualquier TI podrá ser sometido a un referendo popular para su aprobación, con ellos los que supongan ventajas inmediatas para el Estado. Todos los Informes de las Comisiones de la Asamblea Constituyente pueden verse en: www.constituyentesoberana.org

ante una ampliación, en cuanto a garantía, de los derechos, llevándolos más allá de la esfera nacional para extenderlos, en su ámbito de protección, a los DDHH que provengan de fuentes internacionales.

El reconocimiento expreso de la protección de los derechos que se encuentren plasmados en instrumentos internacionales resulta un importante soporte para el resguardo de los DDHH, en este sentido la positivización de este aspecto en la CPE resultaba fundamental para garantizar el pleno reconocimiento de los derechos en todos los niveles posibles de protección⁶.

2.2.1. Constitución (supraconstitucionalidad, rango constitucional, infraconstitucionalidad)

A tiempo de declarar a la CPE como la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico boliviano, con primacía frente a otra disposición normativa, se establece el bloque de constitucionalidad, integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de DDHH y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por Bolivia (CPE art. 410). Resulta bastante necesario el posicionamiento de los DDHH dentro del bloque de constitucionalidad, dado que su nivel de protección y aplicación debe corresponderse al nivel superior que el Estado pudiera darles para asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos dentro y fuera del territorio boliviano.

2.2.2. Normas con rango de ley (supralegalidad, rango de ley)

La CPE establece que los Tratados Internacionales ratificados entrarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno con rango de Ley (CPE art. 257), en este sentido, se establece la jerarquía de las normas jurídicas, situando en primer lugar a la CPE, en segundo lugar los Tratados

⁶ El tratamiento de los DDHH en la CPE se ha justificado y debatido dentro del proceso constituyente boliviano, pudiendo constatar que en el Informe por minorías de la Comisión N°3 de la Asamblea Constituyente se expresa que tanto la realidad del Estado como el fundamento de su origen no pueden ser ajenos a los principios universales que justifiquen la existencia de éste en la doctrina constitucional internacional, por tanto se reconoce la realidad que suponen los TI. Asimismo expresa que, en cuanto a dicho reconocimiento internacional, lo proclamado por la CPE se encuentra establecido en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA). Así también podemos evidenciar que en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos, también se busca la justificación pertinente en el Derecho Internacional, es de esta manera que a partir del Informe por mayorías de la Comisión N°1 de la AC se expresa que la propuesta presentada con respecto a los articulados que corresponden a la forma del Estado se encuentran basados jurídicamente en los derechos colectivos consagrados en los Tratados Internacionales de DDHH, como el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, una clasificación tan en detalle de los derechos colectivos es más bien una invención propia del Estado boliviano.

Internacionales, en tercer lugar las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena y, en cuarto lugar los decretos, reglamentos y demás resoluciones (CPE art. 410).

Encontramos bastante lógica la jerarquización planteada por la CPE, puesto que fundándose en la primacía del Derecho Internacional se estaría posicionando a las normas dentro de la fórmula de supralegalidad e infraconstitucionalidad, misma que resulta connatural en un sistema de derecho positivado, brindando de esta manera una solución unívoca a posibles problemas emergentes por antinomias posibles entre normas de Derecho Internacional y normas de origen interno⁷. Sin embargo, cabe destacar, como ya se ha comentado, que determinados Tratados Internacionales se encuentran integrando el Bloque de Constitucionalidad, como es el caso de los Tratados Internacionales de DDHH.

3. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTICEN EL RESPETO AL SISTEMA DE FUENTES QUE DEFINE LA CONSTITUCIÓN

3.1. Control de constitucionalidad de los Tratados.

Procedimientos y competencia jurisdiccional

El control previo de constitucionalidad debe de realizarse por el TC (CPE art. 202. 9), con el fin de detectar posibles incompatibilidades entre la norma internacional y la CPE, puesto que ningún Tratado Internacional deberá ingresar en el derecho interno en contravención a los preceptos constitucionales. Éste es el mecanismo de filtro más importante que tiene la CPE para la detección de las normas contrarias a la Constitución que pretendan ingresar en el Derecho interno⁸. Las decisiones y sentencias del TC son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno (CPE art. 203). Por tanto, las decisiones del TC sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales

⁷ En este sentido véase: GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003, pp. 35-37; HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 47, México, 2001, p.125-126. y ROSS, A., *Teoría de las fuentes del derecho: Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de las investigaciones histórico-dogmáticas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 p. 566 y ss.

⁸ A través de la implementación del Código Procesal Constitucional (CPC) de carácter reciente —cuya entrada en vigor tuvo lugar el 6 de agosto de 2012— podemos observar un apartado correspondiente al control previo de constitucionalidad de los Tratados Internacionales, en el que define que su objeto es la confrontación de los Tratados Internacionales con la CPE antes de su ratificación, para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad total o parcial (CPC art. 106).

resultan incuestionables y son vinculantes.

Es importante destacar que la CPE establece que se procederá a la realización del control previo de constitucionalidad cuando sobre los Tratados Internacionales se suscite duda fundada sobre su constitucionalidad, en este caso, el Código Procesal Constitucional (CPC) establece que, el Presidente del Estado es el encargado de remitir el Tratado Internacional al TC (CPC art. 107. I). El presidente de la ALP es el encargado de enviar en consulta el Tratado Internacional de forma obligatoria al TC antes de su ratificación, pudiendo expresar también, si la tuviere, duda fundada sobre la constitucionalidad del Proyecto de Tratado Internacional (CPC art. 107. II). Una vez recibida la consulta el TC deberá expresar su opinión fundada dentro de los 15 días de su notificación (CPC art. 108. I) debiendo emitir la Declaración de Constitucionalidad o Inconstitucionalidad en el plazo de los cuarenta y cinco días siguientes (CPC art. 108. II).

Observamos, no obstante ser obligatorio el control de constitucionalidad, la existencia de supuestos en los que se expresa nuevamente esta obligatoriedad. Este aspecto se explica porque en la primera estipulación que se hace en la CPE se establece que el control de constitucionalidad ha de hacerse a través de una duda fundada, siendo éste el mecanismo que inicie el procedimiento de control. Sin embargo, como hemos visto, a través del CPC se salva este vacío ante la estipulación de que deben ser todos los Proyectos de Tratados Internacionales negociados por el Órgano Ejecutivo los que deben someterse obligatoriamente al control de constitucionalidad.

En este sentido, se establece que cuando se trate de un Tratado Internacional que tenga que ser sometido a Referendo, deberá ser objeto de control de constitucionalidad por parte del TC. En caso de ser declarado inconstitucional, no podrá ser sometido a Referendo (CPC art. 110. III). Deben someterse obligatoriamente a este procedimiento los Tratados Internacionales que impliquen cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración (CPE art. 257. II) o *cualquier* Tratado Internacional del que se haya requerido, por los mecanismos de participación ciudadana, la realización de un Referendo (CPE art. 259. I).

En el caso de que el TC declare, a través del control previo de constitucionalidad, que el Tratado Internacional es contrario a la CPE,

éste no podrá ser ratificado (CPC 109. I). Es decir, el sentido de conservación de la CPE ante el Derecho Internacional es más fuerte que la opción de su renovación a partir de las necesidades que surjan del Derecho Internacional. Entendiendo que la CPE es inamovible ante el Derecho Internacional, no es una opción la modificación de la CPE para permitir la entrada del Derecho Internacional, al menos no formalmente, no hace permeable su estructura para la aceptación de la normativa internacional. Si existe contradicción, el Tratado Internacional no se ratifica, dando tan sólo la opción de la declaración de reservas en el caso de que el Tratado Internacional sea multilateral (CPC art. 109.II). Ésta es una salida que pone en claro la declaración de soberanía y de primacía del Derecho constitucional boliviano.

3.2. ¿Control de convencionalidad de la ley? Procedimientos y competencia jurisdiccional

A través de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la Ley 1430 de 11 de febrero, en Bolivia se encuentra integrada la idea de que cada vez es más necesaria la presencia de un órgano supervisor de los compromisos internacionales contraídos en materia de DDHH. Así, la ratificación voluntaria de la cláusula que adjudica competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), posiciona a Bolivia bajo su jurisdicción, entendiendo que se encuentra subordinada a sus mandatos, dado que la Corte IDH goza de facultades para el resguardo de los DDHH que van más allá de las normativas nacionales de sus miembros.

4. LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LAS CORTES INTERNACIONALES

Resulta importante destacar que el TC ha entrado a valorar la posición que ocupan los Tratados Internacionales de DDHH en el Derecho interno. Es de particular relevancia la nueva jurisprudencia que ha venido desarrollándose por el TC a partir de la CPE, dado que los importantes cambios constitucionales determinan las formas de interpretación que han de tener los magistrados del TC en materia de DDHH. Hacer un análisis de la orientación que tiene este proceso de cambio es fundamental para un adecuado entendimiento de los Derechos Constitucionales en la CPE⁹. Podemos observar que se han dado pasos positivos para la consolidación

⁹ A través de la Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público (LNTNE) se dispuso el periodo de transición para la implementación del TC, entre otros

del nuevo orden jerárquico constitucional de los Tratados Internacionales de DDHH. Así, la posición de los mismos dentro del Bloque de Constitucionalidad ha sido claramente defendida por el TC en la valoración de diferentes recursos presentados, en los que nos encontramos con el reconocimiento de la posición de los Tratados Internacionales de DDHH para su interpretación preferente.

4.1. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana por los tribunales nacionales, el legislador nacional y las administraciones públicas

En cuanto a la interpretación realizada de los DDHH en perspectiva multinivel podemos observar que en la Sentencia Constitucional (SC) 0110/2010-R, de 10 de mayo de 2010, se establece que *"al ser la Corte Interamericana de DDHH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los DDHH, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emana, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del Estado Constitucional"*, estableciendo también que dicha normativa supranacional se encuentra subordinando, en cuanto a su contenido, a toda normativa infraconstitucional vigente.

Esta sentencia nos lleva a observar que en pleno reconocimiento de la calidad de miembro del Estado Plurinacional de Bolivia del Sistema Interamericano de DDHH se reconoce la responsabilidad internacional que surge como consecuencia de la aplicación de la Sentencia de 26 de enero de 2000 de la Corte IDH, en virtud del principio *pacta sunt servanda* reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena. Responsabilidad que implica la garantía del cumplimiento de tal sentencia en el plano nacional, sin que se pueda interponer al derecho interno como un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente. Por tanto se pone en manifiesto que el derecho interno no puede servir como mecanismo para justificar el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el plano internacional referentes a DDHH.

órganos, dadas las nuevas características que fueron otorgadas a éstos órganos a través de la NCPE, para garantizar el funcionamiento y la continuidad del servicio de la administración de justicia. La elección mediante sufragio popular de los magistrados del TC tuvo lugar el día 16 de octubre de 2011. Es decir, hasta la fecha de la posesión del TC —el 3 de enero de 2012—, los magistrados nombrados con carácter interino por el Presidente debieron circunscribir sus funciones únicamente a la revisión y liquidación de los recursos constitucionales presentados hasta el 6 de febrero de 2009. Por tanto algunos fallos del TC que analizamos en esta oportunidad corresponden a recursos presentados hasta el 6 de febrero de 2009, es decir, anteriores a la NCPE, pero que han sido resueltos tomando en consideración las nuevas directrices y principios que se han plasmado en la NCPE.

Debe destacarse la magnífica apreciación del Magistrado Antonio Baldivezo Jinés, a través de su Voto disidente en relación a la SC 0460/2011-R de 18 de abril de 2011. La interpretación del Bloque de Constitucionalidad contenida en el fallo, a partir del artículo 410.II de la NCPE, indica que las normas insertas en el bloque sirven de parámetro para el ejercicio del control normativo de constitucionalidad y el control del respeto a los derechos y garantías de las personas. Dejando claro que los Tratados Internacionales referentes a DDHH entran a formar parte del Bloque de Constitucionalidad, en virtud al criterio preferente de interpretación que postulan tanto el artículo 256 como el 13.IV de la CPE, destacando la necesidad de analizar los Amparos Constitucionales presentados mediante la jurisprudencia de la CorteIDH, puesto que se considera el máximo intérprete de las normas del sistema interamericano de DDHH y a través de ella se encuentra el sentido y alcance de los derechos, vinculando esta interpretación a todos los Países Miembros.

Es así que el Magistrado no sólo se circunscribe a los preceptos constitucionales sino que también manifiesta que otra de las razones para sostener la jerarquía constitucional de las sentencias de la CorteIDH es la doctrina del efecto útil que versa sobre los DDHH. Así las sentencias que se emiten después de la verificación de la vulneración de DDHH generan para el Estado una responsabilidad internacional a partir de la cual asume obligaciones internacionales cuyo cumplimiento es ineludible e inexcusable, poniendo en evidencia que el Estado se encuentra obligado en materia de DDHH al cumplimiento de los fallos de la CorteIDH. Más allá de los preceptos constitucionales contenidos en la NCPE, esta obligación, resulta de los compromisos internacionales a los que es incapaz de renunciar sin afectar el nivel de protección y garantía de los DDHH.

4.2. La incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna: mecanismos y efectiva incorporación

Podemos observar la importancia con la que se expresa una necesaria nueva interpretación de las fuentes del derecho a través del Voto disidente del Magistrado Antonio Baldivezo Jinés, en relación a la SC 0700/2010-R de 26 de julio de 2010, en el que manifiesta que cuando se trata de la interpretación de los derechos fundamentales no basta con ceñirse al criterio de la voluntad del constituyente ni al tenor literal del texto, debiendo

tomarse en cuenta otras normas establecidas conforme a los Tratados Internacionales, cuya interpretación se encuentra prevista en los artículos 13.IV y 256 de la CPE. En este sentido se considera que el tratamiento de los derechos resulta unitario, dado que la concepción de los DDHH y fundamentales es integral y dinámica, puesto que el catálogo a través de esta fórmula se encontrará siempre abierto mediante la constante evolución conjunta con el Derecho Internacional. En este sentido, manifiesta que el criterio de interpretación aludido tiene como principal consecuencia que no se puede realizar una interpretación arbitraria de los derechos y garantías, debiendo buscar siempre el sentido de éstos en las normas que se contienen en Tratados Internacionales sobre DDHH.

Es importante destacar que la solución de interpretación propuesta por la CPE es proclive a orientar a los DDHH hacia una nueva revalorización. La importancia del planteamiento inserto en el Voto disidente nos lleva a inferir que si bien nos encontramos frente a una especie de resistencia a acudir a las normas internacionales sobre DDHH para la interpretación de los conflictos que surgen en el orden interno, la adecuada valoración de los instrumentos de interpretación nos llevan a hacer un análisis más profundo de los recursos. Debiendo en todo caso manifestar la importancia de la apertura internacional de la interpretación de los derechos para buscar soluciones que tengan por resultado lograr una efectiva protección y garantía de los Derechos.

En cuanto a los derechos sociales es importante destacar que el Estado reconoce la obligatoriedad del cumplimiento de los estándares internacionales que se han aplicado a los mismos, es así que no sólo depende del Estado la decisión en cuanto a su aplicación progresiva sino también de la Comunidad Internacional. Podemos observar en este sentido la SC 1109/2011-R de 16 de agosto de 2011, en la cual el TC declara que no pueden ser desconocidos los logros y el desarrollo alcanzado en materia de DDHH a partir del principio de progresividad, en lo que respecta a la ampliación de su número, desarrollo de su contenido y fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales destinados a su protección. Así, en este aspecto, deben de considerarse los progresos que se han alcanzado tanto en el derecho nacional como internacional, debiendo buscar el progreso constante del Derecho Internacional de DDHH que se inserta en el sistema jurídico interno boliviano a través del Bloque de Constitucionalidad.

Si bien en una primera instancia podemos observar que la potenciación

del Derecho Internacional de DDHH se hace más fervientemente a través de votos disidentes, es cierto que recientemente observamos una mayor apertura hacia las fuentes internacionales, pudiendo constatar una aceptación tanto de lo expresado por los votos disidentes mencionados como una mayor referencia al derecho internacional en la SC 0142/2012-R, de 14 de mayo de 2012, en la que observamos la referencia a distintos instrumentos internacionales y jurisprudencia, o en las Sentencias 0275/2012-R, de 4 de junio de 2012 y 0281/2012-R, de 4 de junio de 2012, en las cuales la jurisprudencia de la CorteIDH es fundamental para su resolución.

5. CONCLUSIONES

Ante las nuevas necesidades de protección y garantía de los DDHH se han emplazado distintos cambios en su tratamiento a través de la promulgación de la CPE. Mediante los artículos 13.IV y 256 podemos observar, aunque con alguna limitación, un nuevo tratamiento de las fuentes internacionales de DDHH, que proporcionan una mayor apertura, y por lo tanto se encuentran brindando a los derechos una esfera más amplia de protección. A través del artículo 410 de la CPE los Tratados Internacionales de DDHH entran a formar parte del Bloque de Constitucionalidad, lo que fortalece aún más el efectivo cumplimiento de los derechos enunciados y protegidos por los distintos cuerpos internacionales que se encuentren ratificados por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Podemos observar que el carácter obligatorio del control de constitucionalidad se salva a partir de lo establecido en el CPC, haciendo que este instrumento sea efectivo para evitar contradicciones con la norma constitucional. Uno de los problemas más importantes radica en la participación ciudadana irrestricta en estos temas, puesto que resulta ser más un obstáculo que un elemento de ventaja, la extrema delicadeza con la que debe plantearse el desarrollo de las relaciones internacionales presenta grandes dificultades a la hora de su apertura a los mecanismos de participación ciudadana.

En este contexto, podemos afirmar que existe una mayor protección y garantía constitucional de los DDHH que se encuentran insertos dentro de la legislación boliviana como en los distintos cuerpos internacionales. Pudiendo evidenciar una tímida pero sólida actuación por parte del TC boliviano a la hora de recurrir a la jurisprudencia internacional para la resolución de sus fallos. Sin embargo, se requiere de una mayor actuación

por parte de los instrumentos del Estado para hacer efectivos todos los mecanismos de protección y garantía de los DDHH.

6. BIBLIOGRAFÍA

GUASTINI, R., *Estu Derecho Internacionalos de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003.

HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídico Derecho Internacionalca, Serie Doctrina Jurídico Derecho Internacionalca, nº 47, México, 2001.

ROSS, A., *Teoría de las fuentes del derecho: Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de las investigaciones histórico-dogmáticas*. Centro de Estu Derecho Internacionalos Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

6.1. Fuentes complementarias

www.constituyentesoberana.org

6.2. Jurisprudencia boliviana

SC 0110/2010-R

SC 0700/2010-R

SC 0460/2011-R

SC 1109/2011-R

SC 0142/2012-R

SC 0275/2012-R

SC 0281/2012-R

6.3. Jurisprudencia Internacional

Corte IDH Sentencia de 26 de enero de 2000

13

EL CASO BRASILEÑO*

George Rodrigo Bandeira Galindo
 Universidade de Brasilia
 Antonio Moreira Maués
 Universidade Federal do Pará

1. LAS RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

1.1. Tipos de fuentes externas que reconoce y admite el ordenamiento constitucional interno

Es posible decir que, desde su independencia en 1822, el Estado brasileño viene comprometiéndose activamente en la construcción y el cumplimiento de las normas de derecho internacional. Aunque en diferentes momentos las acciones gubernamentales se hayan posicionado frontalmente contra el derecho internacional, es importante resaltar que, en general, el discurso de la legalidad ha cumplido un papel fundamental en la conducción de la diplomacia brasileña desde sus orígenes.

En este sentido, tomando como punto de partida el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su rol de fuentes reconocidas por la comunidad internacional, el derecho brasileño ha aceptado, tradicionalmente, la existencia del tratado, de la costumbre y de los principios generales de derecho. Es cierto que para incorporar estas normas al ordenamiento interno se exigen algunos requisitos y procedimientos, pero eso no afecta a su reconocimiento.

En todas las constituciones brasileñas se encuentran referencias a los tratados. En la Constitución Federal de 1988 son mencionados de diversas formas. En especial, los tratados sobre derechos humanos aparecen, expresamente, tres veces en el texto constitucional (art. 5º, §§ 2º y 3º y art. 109, § 5º)¹. Su existencia en el ordenamiento jurídico interno es,

* Capítulo traducido por Carlos Cernadas Carrera.

¹ Art. 5º, § 2º. Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados

por tanto, incontestable, siendo amplia la jurisprudencia, en diferentes tribunales domésticos, sobre la aplicación e interpretación de este tipo de fuente en el derecho nacional.

La costumbre internacional no está expresamente mencionada en la Constitución Federal de 1988, aunque la inserción de referencias al derecho internacional general haya sido debatida durante la Asamblea Nacional Constituyente (1987-1988). La jurisprudencia de los tribunales superiores, sin embargo, ya se ha pronunciado sobre el derecho internacional consuetudinario en algunas ocasiones. Por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal (STF) estableció que la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero dimanaba de las costumbres internacionales². El Superior Tribunal de Justicia (STJ), también en relación al mismo tema, ha mencionado la existencia de costumbres internacionales a las que el Estado brasileño estaría vinculado³. Lo mismo se aplica a las normas internacionales consuetudinarias de derechos humanos.

Los principios generales del derecho son reconocidos en el derecho brasileño, aunque, de acuerdo con la llamada Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, solamente se puedan aplicar cuando no exista ley aplicable al caso⁴. Dentro de esta lógica, podría ser más adecuado encuadrarlos como una especie de fuente auxiliar de derecho.

Todavía tomando como referencia el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cabe indagar sobre la relación entre el derecho brasileño y las fuentes auxiliares de derecho internacional.

Las decisiones de los tribunales internacionales y la doctrina,

del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.

Art. 5º, § 3º. "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, 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."

Art. 109, § 5º. En las hipótesis de grave violación de los derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscitar, delante del Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o proceso, incidente de transferencia de competencia a la Justicia Federal.

² Cf. STF. ACI 9.705. Rel. min. Moreira Alves. Pleno. DJ de 23.10.1987.

³ Cf. STJ. AC 7. Rel. min. Eduardo Ribeiro. Terceira Turma. DJ de 30.04.1990, STJ. RO 39. Rel. min. Jorge Scartezini. Quarta Turma. DJ de 06.03.2006 e STJ. RO 62. Rel. min. Ari Pargendler. Terceira Turma. DJe de 03.11.2008.

⁴ "Art. 4º Cuando la ley sea omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho". Decreto-Lei 4.657/1942 (con redacción dada por la Lei 12.376/2010).

aparentemente, no son reconocidas como fuentes de derecho interno. En relación a las primeras, se percibe, como se comentará más adelante, que su uso viene creciendo entre los tribunales nacionales, aunque no hasta el punto de reconocerse formalmente su obligatoriedad como fuente interna. La doctrina es un recurso constante de los operadores del derecho en la tradición brasileña. Sin embargo, su reconocimiento como fuente de derecho interno es extremadamente dudoso debido a la ausencia de autorización para que el administrador, o aquel que enjuicia, la aplique con carácter de obligatoriedad.

1.2. Procedimiento de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento interno

Los tratados de derechos humanos poseen, básicamente, el mismo procedimiento de incorporación al derecho brasileño que los demás tratados y que tradicionalmente se viene denominando “procedimiento complejo”. La única diferencia relevante tiene que ver con la tramitación en el Congreso Nacional, cuando se pretende que un tratado adquiera un estatus equivalente al de las enmiendas constitucionales (art. 5º, § 3º). En este caso, los tratados de derechos humanos tendrán que ser aprobados por 3/5 de los miembros de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, respectivamente, en dos turnos de votación, en cada una de las cámaras. No obstante, no existe una obligatoriedad de que los tratados de derechos humanos pasen por un procedimiento tan específico, pudiendo aprobarse en el Congreso Nacional del mismo modo en que son aprobados los tratados sobre otros temas⁵.

Por tanto, el procedimiento para la incorporación de los tratados (incluso los de derechos humanos) se inicia con el envío por parte del Presidente de la República del texto traducido (cuando sea necesario) al Congreso Nacional. El trámite legislativo de los tratados se inicia siempre en la Cámara de los Diputados, donde, después de que el texto sea examinado por las comisiones internas pertinentes, debe ser aprobado en el Pleno por mayoría simple (excepto en los casos de los tratados enviados por el Presidente de la República en la forma que establece el art. 5º, § 3º, que deberán observar el quórum de 3/5 y la votación en dos turnos). Un trámite esencialmente idéntico ocurre en el Senado Federal,

⁵ Esa semejanza no es propiamente establecida de manera normativa, sino por la práctica de los poderes constituidos, que decidieron aplicarla a los tratados de derechos humanos.

con el examen por parte de las comisiones internas y del Pleno, cuando el quórum de mayoría simple debe ser obtenido (nuevamente con la misma excepción aplicada en la Cámara de los Diputados a los tratados disciplinados en el art. 5º, § 3º). La fase parlamentaria de incorporación del tratado finaliza con la publicación de un Decreto Legislativo, que posee la función exclusiva de aprobar el texto del tratado, y su envío al Jefe del Poder Ejecutivo Federal.

Una vez ha vuelto el tratado al Presidente de la República, este posee la facultad de ratificarlo o adherirse a él. Después de la ratificación o de la adhesión, el tratado es definitivamente incorporado al derecho interno, por medio de la promulgación y publicación de un Decreto (presidencial). Solamente con la unión de los dos decretos (el del Legislativo y el del Ejecutivo), se puede decir que el tratado se incorpora regularmente al derecho interno. En virtud de la necesidad de los dos actos, muchos afirman que el procedimiento de incorporación de los tratados al derecho interno constituye un “acto complejo”⁶. Es importante mencionar que, según la jurisprudencia del STF, solamente después de promulgar y publicar el tratado bajo la forma de un Decreto, este adquiere validez en el derecho interno⁷. Esta posición ha llevado a muchos a creer que, desde el punto de vista de la incorporación de los tratados, el ordenamiento jurídico brasileño podría ser considerado dualista, por la necesidad de “transformar” el tratado en un acto con fuerza de ley: el decreto⁸.

A pesar de la semejanza en el procedimiento de incorporación de los tratados de derechos humanos y de los demás tratados, es importante percibir que varias dudas se presentan desde la inserción del § 3º al art. 5º. La enmienda Constitucional nº 45/2004, que introdujo el precepto, debería haber detallado más el procedimiento de incorporación de esos tratados. Mencionaremos, brevemente, apenas tres de esos problemas.

En primer lugar, no se sabe con seguridad quién posee la iniciativa para que un tratado de derechos humanos sea aprobado en la forma del § 3º del art. 5º. No es razonable creer que, tal como los otros tratados, solamente el Presidente de la República pueda hacerlo. La Constitución

⁶ Ver, v.g., MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, pp. 457-473.

⁷ Cf. STF. ADI MC 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

⁸ Ver, v.g. RODAS, João Grandino, *A Publicidade dos Tratados Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 199-200.

Federal de 1988 permite que varios interesados detenten el poder de iniciativa de enmiendas, incluso los propios parlamentarios. El reconocimiento de una amplitud de este tipo sería importante en el derecho brasileño.

En segundo lugar, no está claro que los tratados de derechos humanos deban ser promulgados de la misma manera que otros tratados: por medio de un Decreto presidencial. Esto por dos razones básicas: (a) las enmiendas constitucionales son promulgadas por un acto conjunto de los presidentes de las dos cámaras del Congreso Nacional, que actúan como poder constituyente derivado; es extraño que, con los tratados, no haya un procedimiento similar; (b) en los tratados en general, el Presidente de la República posee la discrecionalidad de ratificar un tratado; no es frecuente que tal facultad sea reconocida también en el caso de los tratados de derechos humanos, en virtud de la redacción del § 3º del art. 5º, que establece que el status equivalente al de una enmienda “será” concedido a los tratados de derechos humanos simplemente por el hecho de ser aprobados por el Congreso Nacional.

Un tercer problema se refiere a la “identificación” de los tratados de derechos humanos. Una vez que la Constitución no establece el contenido de lo que son derechos humanos, es importante que ese concepto permanezca en abierto para una necesaria adaptación a realidades diversas. En el propio derecho internacional, los derechos humanos han sido encontrados en tratados que, tradicionalmente, no tratan problemas relativos a la dignidad humana, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por ejemplo⁹.

Por tanto, es imprescindible que, en el futuro, se desarrolle en Brasil un procedimiento más específico, aplicable a los tratados de derechos humanos.

1.3. Relaciones entre las fuentes externas y las normas internas

Desde la promulgación de la Constitución de 1988, se evidenció un gran debate sobre la interpretación de su art. 5º, § 2º. A pesar de que las Constituciones anteriores viniesen afirmando que el elenco de derechos previsto en el texto constitucional no era exhaustivo, la referencia a los

⁹ Cf. v.g. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *La Grand (Germany vs United States of America)*. Judgment, ICJ Reports 2001 e Corte IDH *Opinión Consultiva OC-16/99 (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal)*, de 1 de octubre de 1999.

derechos reconocidos en tratados internacionales aparecía por primera vez en la historia constitucional brasileña. La relevancia práctica de ese debate residía en el hecho de que Brasil había ratificado una serie de tratados internacionales de derechos humanos después de la promulgación de la Constitución de 1988, lo que exigía una definición sobre el nivel jerárquico de esas normas en el derecho interno.

En el ámbito doctrinario, podían ser identificadas tres posiciones distintas sobre el tema:

- a. Nivel supra-constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos¹⁰;
- b. Nivel constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos: de acuerdo con este punto de vista, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1988 pueden ser clasificados en tres grupos: los derechos expresados en la Constitución; los derechos implícitos, que derivan del régimen y de los principios adoptados por la Ley Mayor; los derechos expresados en los tratados internacionales suscritos por Brasil. Así, la referencia de la Constitución a los derechos que derivan de tratados internacionales les confiere una “jerarquía especial y diferenciada” de nivel constitucional en relación a los demás tratados, que tendrían naturaleza infra-constitucional¹¹;
- c. Nivel legal de los tratados internacionales de derechos humanos: para esta corriente, la cláusula del art. 5º, § 2º se limita a reconocer la incorporación de los derechos que derivan de los tratados internacionales al derecho interno. De entre los principales argumentos a favor de esta tesis se encuentra la supeditación de los tratados internacionales al control de constitucionalidad, tanto concentrado (art. 102, I, a), como difuso (art. 102, III, b), y el hecho de que los tratados son aprobados por el Congreso Nacional por el mismo quórum de mayoría simple exigido a las leyes ordinarias¹².

¹⁰ Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier de, “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”, em TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 1-33.

¹¹ Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 89.

¹² Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 144-145.

Durante varios años, el STF optó por la última posición, manteniendo el precedente del régimen constitucional anterior¹³, que establecía que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno al mismo nivel que una ley, pudiendo, por tanto, ser revocados por una ley posterior o dejar de aplicarse en favor de una ley específica.

Así, en el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) nº 1.347¹⁴, el STF recusó la utilización de los tratados internacionales como parámetro del control de constitucionalidad, negando que las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pudiesen fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de las Órdenes Ministeriales del Ministerio de Trabajo. Esta ADI no fue finalmente admitida por el STF, pues no implicaba una violación directa de la Constitución: “Se revelará procesalmente inviable la utilización de la acción directa, cuando la situación de inconstitucionalidad – que siempre debe traslucir inmediatamente del contenido material del acto normativo impugnado – dependa, a efectos de su reconocimiento, del previo examen comparativo entre la regla estatal cuestionada y cualquier otra especie jurídica de naturaleza infraconstitucional, como los actos internacionales – inclusive aquellos celebrados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) – que ya se encuentran incorporados al derecho positivo interno de Brasil, pues los tratados concluidos por el Estado Federal poseen, en nuestro sistema normativo, el mismo grado de autoridad y de eficacia que las leyes nacionales”.

La principal referencia de esta jurisprudencia se encuentra en la ADI nº 1.480¹⁵, que tenía como objetivo declarar inconstitucional la Convención nº 158 de la OIT en virtud del art. 7º, I de la Constitución Federal. Según el STF: “En el sistema jurídico brasileño, los tratados o convenciones internacionales están jerárquicamente subordinados a la autoridad normativa de la Constitución de la República. En consecuencia, ningún valor jurídico tendrán los tratados internacionales, que, incorporados al sistema de derecho positivo interno, transgredan, formal o materialmente,

¹³ Cf. STF. RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977: “Aunque la Convención de Ginebra que previó una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés tenga aplicabilidad en el derecho interno brasileño, esta no se superpone a las leyes del país, de ahí la constitucionalidad y consecuente validez del Decreto Ley nº 427/69, que instituyó el registro obligatorio de la *Nota Promissória em Repartição Fazendária*, bajo pena de nulidad del título”.

¹⁴ Cf. STF. ADI MC 1.347. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 05.09.1995.

¹⁵ Cf. STF. ADI MC nº 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

el texto de la Carta Política. (...) Los tratados o convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan, en el sistema jurídico brasileño, en los mismos planos de validez, de eficacia y de autoridad en que se posicionan las leyes ordinarias, habiendo, en consecuencia, entre estas y los actos de derecho internacional público, una mera relación de paridad normativa. (...) La eventual precedencia de los tratados o convenciones internacionales sobre las reglas infraconstitucionales de derecho interno solamente se justificará cuando la situación de antinomia con el ordenamiento doméstico imponga, para la solución del conflicto, la aplicación alternativa del criterio cronológico (“*lex posterior derogat priori*”) o, cuando quepa, el criterio de la especialidad.”

El STF también mantuvo esa opinión en lo que se refiere a los tratados internacionales de derechos humanos, no admitiendo cualquier particularidad que emane de lo dispuesto en el art. 5º, § 2º. Esta orientación se hizo claramente nítida en los casos que enfrentaron disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y disposiciones de la Constitución Federal (CF). En el más famoso de ellos, se opuso el art. 7º.7 de la CADH (“Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”) al art. 5º, LXVII, de la CF (“no habrá prisión civil por deudas, *salvo* para los *responsables por* el incumplimiento *voluntario* e inexcusable de la *obligación* de alimentos y para el depositario infiel”).

Como puede percibirse, la Constitución de 1988 establece una segunda hipótesis de prisión por deuda, no contemplada en la CADH. El STF juzgó que la prisión del depositario infiel continuaba siendo constitucional incluso después de la ratificación del Pacto de San José por Brasil, no reconociendo, en ese caso, ni la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, pues la norma constitucional autorizaría al legislador a editar una ley especial. Se da como ejemplo la decisión en el Recurso Extraordinario (RE) nº 253.071, así sumariada: “Esa Corte (...) firmó el entendimiento de que, en virtud de la Carta Magna de 1988, persiste la constitucionalidad de la prisión civil del depositario infiel, tratándose de alienación fiduciaria, así como de que el Pacto de San José de Costa Rica, además de no poder contraponerse a la autorización del artículo 5º, LXVII, de la misma Constitución, no derogó, por ser norma infraconstitucional general, las normas infraconstitucionales especiales sobre la prisión civil del depositario

infiel”¹⁶. Se observa en estos casos, que el STF admitió inclusive la equiparación hecha por la legislación infra-constitucional entre la figura del depositario infiel (art. 1.287 del entonces vigente Código Civil) y la del deudor alienante (Decreto-Ley 911/69), a pesar de las diferencias entre los dos institutos.

Una primera señal de cambio en la jurisprudencia del STF se pudo verificar en el juicio del Recurso en Habeas Corpus (RHC) nº 79.785, en 2000¹⁷. En ese juicio, aunque se le negase al doble grado de jurisdicción el carácter de una garantía constitucional absoluta, limitando, por tanto, la aplicabilidad del art. 8.2.,h de la CADH¹⁸, el ministro Sepúlveda Pertence admitía que los tratados internacionales de derechos humanos, aunque posicionados por debajo de la Constitución, deberían dotarse de “fuerza supra-legal”, para que sus normas se apliquen directamente, incluso en contra de las leyes ordinarias, “siempre que, sin herir la Constitución, la complementen, especificando o ampliando los derechos y garantías que en ella consten.”

En 2008, el STF modificó su orientación, pasando a considerar “ilícita” la prisión civil del depositario infiel, llegando a editar súmulas sobre el tema¹⁹. Así dispone el sumario del RE nº 466.343, decidido por unanimidad: “PRISIÓN CIVIL. Depósito. Depositario infiel. Alienación fiduciaria. Decreto de medida coercitiva. Inadmisibilidad absoluta. Insubsistencia de la previsión constitucional y de las normas subalternas. Interpretación del art. 5º, Inc. LXVII y §§ 1º, 2º y 3º, de la CF, a la luz del art. 7º, § 7º, de la Convención Americana de Derechos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Juicio conjunto del RE nº 349.703 e de los HCs nº 87.585 e nº 92.566. Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito”²⁰.

Como se nota, para que el STF decidiese alejar la posibilidad de prisión del depositario infiel fue necesario modificar el entendimiento

¹⁶ STF. RE 253.071. Rel. min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ de 29.06.2001.

¹⁷ STF RHC 79785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003.

¹⁸ “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

¹⁹ Súmula Vinculante nº 25: “Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito”.

²⁰ STF. RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso. Pleno. DJe 04.06.2009.

sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil, con el objetivo de que las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales pudiesen ser interpretadas “a la luz” de la CADH. En el análisis de los votos de los ministros, podemos identificar dos teorías que fundamentan esta nueva interpretación: para la mayoría, los tratados internacionales de derechos humanos pasan a tener status normativo supralegal, permaneciendo en un nivel jerárquico inferior al de la Constitución, pero superior a las demás leyes; para una minoría, los tratados internacionales de derechos humanos deben tener jerarquía constitucional, pasando a formar parte, junto con el texto constitucional, del bloque de constitucionalidad.

Algunos cambios institucionales han llevado al STF a volver a analizar su jurisprudencia. Se destaca la promulgación de la Enmienda Constitucional nº 45, que añadió tres importantes disposiciones sobre derechos humanos: la previsión de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos como enmiendas constitucionales, desde que sean aprobados por el mismo quórum exigido para las enmiendas constitucionales; la constitucionalización de la adhesión de Brasil al Tribunal Penal Internacional²¹; y la creación del incidente de transferencia de competencia a la justicia federal en los casos de grave violación de los derechos humanos. Aunque traten de temas distintos, las innovaciones de la EC nº 45 tenían en común la valorización constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, fuese por la posibilidad expresa de reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados sobre la materia, por el sometimiento del país a la jurisdicción penal internacional, o por la creación de mecanismos más hábiles para cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado brasileño frente a la comunidad internacional en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos.

El sentido de esos cambios también fue reconocido por el STF. Así, el ministro Gilmar Mendes afirma en su voto que la inclusión del § 3º del art. 5º “acabó por resaltar el carácter especial de los tratados de derechos humanos en relación a los demás tratados de reciprocidad entre los Estados pactantes, confiriéndoles un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico”, lo que indicaba la insuficiencia de la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados de derechos humanos y el desfase de la jurisprudencia del STF. En sentido concurrente, el ministro Celso de Mello destacaba que la EC

²¹ “Art. 5º, § 4º. O Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado adhesión”.

nº 45 “introdujo un dato jurídicamente relevante, adecuado para viabilizar la reelaboración, por esta Suprema Corte, de su visión en torno de la posición jurídica que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos asumen en el plano del ordenamiento positivo doméstico de Brasil”.

El punto común, compartido por todos los Ministros, de que el STF debería reconocer un papel normativamente más fuerte a las normas internacionales de protección de los derechos humanos no evitaba, no obstante, una polémica sobre el nivel jerárquico de estas normas. Superada la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados internacionales de derechos humanos, y sin que ningún miembro del STF defendiese la tesis de la supraconstitucionalidad, dos orientaciones disputaron entendimiento del STF.

Para una minoría, representada por el voto del Min. Celso de Mello, los tratados internacionales de derechos humanos tendrían carácter “materialmente constitucional” y compondrían el “bloque de constitucionalidad”, incluso cuando hayan sido aprobados antes de la EC nº 45. Así, el novel párrafo 3º del art. 5º, al atribuir formalmente una jerarquía constitucional a los tratados aprobados en base a él, no habría retirado la jerarquía constitucional material de los tratados ratificados anteriormente, reconocida en base al deber del Estado de “respetar y promover la efectividad de los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados nacionales y asegurados por las declaraciones internacionales, en orden a permitir la práctica de un constitucionalismo abierto al proceso de creciente internacionalización de los derechos básicos de la persona humana”. De esta forma, el § 3º había reforzado la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos, toda vez que no sería razonable colocar en niveles jerárquicos a distintos tratados que disponen sobre la misma materia.

La mayoría del STF entendió, sin embargo, que los tratados internacionales de derechos humanos poseen un nivel jerárquico supralegal. De entre las razones presentadas a favor de esta tesis, podemos destacar:

- a. La supremacía formal y material de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, consustanciado en la posibilidad de control de constitucionalidad incluso de los diplomas internacionales;
- b. El riesgo de una ampliación inadecuada de la expresión “derechos humanos”, que permitiría una producción normativa ajena al control de su compatibilidad con el orden constitucional interno;

c. El entendimiento de que incluir el § 3º del art. 5º implicó reconocer que los tratados ratificados por Brasil antes de la EC nº 45 no pueden ser comparados a las normas constitucionales.

A pesar de esto, la tendencia contemporánea del constitucionalismo mundial de dar prestigio a las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los principios del derecho internacional sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales no autorizaban más la continuación de la tesis de la legalidad, sirviendo la supralegalidad como solución que permitiría hacer compatibles esos cambios sin los problemas que serían derivados de la tesis de la constitucionalidad. Así, los tratados de derechos humanos paralizan la eficacia jurídica de toda y cualquier disciplina normativa infraconstitucional que entre en conflicto con ellos.

Aunque la decisión del STF implique que los tratados de derechos humanos no pueden ser utilizados directamente como parámetro de control de constitucionalidad, la jurisprudencia del tribunal posterior a la adopción de la tesis de la supralegalidad ha usado los tratados de derechos humanos para interpretar disposiciones constitucionales y legales a fin de que sean compatibles con los instrumentos internacionales. Así, el tribunal ha interpretado el principio de la razonable duración del proceso (art. 5º, LXXVIII) en base al art. 7.5 y 7.6 de la CADH²²; ha reconocido como medios del contradictorio y de la amplia defensa (art. 5º, LV) las garantías previstas en el art. 8.2 de la CADH²³; y ha delimitado los contornos de la libertad de expresión y de la libertad de ejercicio profesional de acuerdo con el art. 13.1 de la CADH y la Opinión Consultiva nº 5 de la Corte Interamericana²⁴.

²² Cf. STF. HC 85.237. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 29.04.2005; STF. HC nº 95.464. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 13.03.2009; STF. HC nº 98.878. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 20.11.2009; STF. HC nº 98.579. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 30.04.2010 e STF. STF RHC 103.546. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

²³ Cf. STF HC 88.359. Rel. min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ de 09.03.2007; STF. HC 86.634. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ de 23.02.2006, STF. HC 93.503. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 07.08.2009; STF. HC 92.569. Rel. min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. DJe de 25.04.2008 e STF. RHC 83.810. Rel. min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 23.10.2009.

²⁴ Cf. STF. RE 511.961. Rel. min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.

2. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTICEN EL RESPETO AL SISTEMA DE FUENTES QUE DEFINE LA CONSTITUCIÓN

2.1. ¿Control de constitucionalidad de los tratados? Procedimientos y competencia jurisdiccional

Como se acaba de ver, la jurisprudencia del STF reconoció, expresamente, que los tratados de derechos humanos, al ser considerados poseedores de un estatus supralegal, están automáticamente sometidos al control de constitucionalidad. En realidad, el Tribunal ya había establecido claramente esa posibilidad, anteriormente, en relación a los tratados sobre cualesquiera materias, tanto en el ámbito del control difuso como en lo referente al control concentrado de constitucionalidad²⁵.

Los juicios más recientes del STF, sin embargo, no son absolutamente claros sobre la posibilidad de poder controlar la constitucionalidad de aquellos tratados que hayan pasado por el rito del ya mencionado art. 5º, § 3º, que permite que los tratados de derechos humanos, después de ser aprobados con el mismo quórum que las enmiendas constitucionales, sean equivalentes a estas. La pregunta que surge es: ¿los tratados constitucionalizados en el derecho brasileño pueden ser controlados en su constitucionalidad?

Aunque el STF no haya dado una respuesta expresa, se supone que los tratados de derechos humanos constitucionalizados en la forma del art. 5º, § 3º también son pasibles de control de constitucionalidad (tanto en la vía difusa como en la concentrada). Esto debido a que, ya desde hace tiempo, el STF reconoce que las enmiendas constitucionales pueden ser controladas en su constitucionalidad en el caso de que violen las llamadas cláusulas pétreas (disposiciones inmodificables por el poder reformador de la Constitución)²⁶. Y los “derechos y garantías fundamentales” son considerados cláusulas pétreas²⁷.

²⁵ En relación al control difuso, cf., v.g. STF. RE 109.173. Rel. min. Carlos Madeira. Segunda Turma. DJ de 27.03.1987; en relación al control concentrado, STF. Rp 803. Rel. min. Djaci Falcão. Pleno. DJ de 17.03.1978 y, posteriormente a la Constitución de 1988, la ya mencionada ADI 1.480.

²⁶ Cf., v.g., más recientemente, STF. ADI MC 2.356. Red. p/ acórdão min. Ayres Britto. Pleno. DJe de 18.05.2011.

²⁷ “Art. 60, § 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir:
(...)

IV - los derechos y garantías individuales”.

La posibilidad de que un tratado constitucionalizado en el derecho brasileño se considere inconstitucional es improbable, aunque no imposible. Teniéndose en cuenta, especialmente, la divergencia entre cortes nacionales y cortes internacionales sobre la interpretación de determinado precepto contenido en un tratado de derechos humanos, la declaración de inconstitucionalidad puede, de hecho, suceder. La reciente divergencia entre el STF y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la adecuación de la ley brasileña de amnistía a la Constitución Brasileña y a la Convención Americana²⁸ puede tener como consecuencia el que los tribunales brasileños prioricen la constitución nacional en detrimento del tratado internacional, pudiendo esto acarrear la declaración de inconstitucionalidad de este último.

Por otro lado, es importante mencionar que las enmiendas constitucionales pueden constituir un parámetro de control de constitucionalidad, como ha sido reconocido en varias ocasiones por el STF²⁹ - siempre que no contradigan ninguna cláusula pétrea. En este sentido, aunque ningún tratado constitucionalizado en la forma del art. 5º, § 3º, haya servido de parámetro de control de constitucionalidad en algún caso juzgado por el STF, esta sería una consecuencia lógica que se debería retirar de la jurisprudencia del tribunal. Un reconocimiento de este tipo permitiría considerar inconstitucionales cualesquiera actos normativos que contrariasen lo dispuesto en un tratado previamente constitucionalizado en el derecho brasileño³⁰.

Con la intención de evitar conflictos entre la constitución brasileña y los tratados de derechos humanos, es importante considerar la necesidad de desarrollar algunas técnicas de control de constitucionalidad. Podemos recordar aquí dos: el control previo y la modulación temporal de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad.

Algunos sistemas jurídicos utilizan la modalidad de control previo de los tratados. La gran ventaja de esta opción es que permite que se

²⁸ Cf., en el ámbito do STF, STF. ADPF 153. Rel. min. Eros Grau. Pleno. DJe de 05.08.2010 y, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, de 24 de noviembre de 2010.

²⁹ Cf., v.g., RE 593.586 ED. Rel. min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe de 29.10.2009.

³⁰ De hecho, hasta el presente solo un tratado de derechos humanos ha sido constitucionalizado en la forma del art. 5º, § 3º, en el derecho brasileño: la Convención de las Naciones Unidas sobre Personas Portadoras de Deficiencia y su Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009).

verifique la constitucionalidad del tratado antes incluso de ser internalizado. Una eventual declaración de inconstitucionalidad, por tanto, imposibilitaría que el Poder Ejecutivo ratificase el tratado, evitando así la responsabilidad internacional del Estado que muchas veces puede ocurrir en la declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*, cuando el tratado ya se encuentra en vigor internacionalmente. Al menos un ministro del STF, Gilmar Mendes, ya ha defendido la necesidad del control previo de los tratados, que podría realizarse entre la promulgación del decreto legislativo que lo aprueba y el decreto del ejecutivo, que lo promulga en el derecho interno después de su ratificación o adhesión³¹. Aunque el STF nunca haya sido interpelado directamente sobre la posibilidad de control de constitucionalidad del decreto legislativo, se presume que la jurisprudencia antigua del tribunal no permitiría tal posibilidad, por considerar que, antes del decreto legislativo, aún no existe propiamente un acto normativo que deba ser controlado³². La posición del ministro Mendes, sin embargo, es importante por no estimular los conflictos entre la constitución y los tratados, incluidos los de derechos humanos.

Otra técnica que contribuiría a la reducción de los mencionados conflictos es la modulación de los efectos temporales de una eventual declaración de inconstitucionalidad. Se sabe que los tratados que establecen la cláusula de denuncia suelen prever un período para que esta produzca sus efectos. En los casos en que sea declarada la inconstitucionalidad de un tratado, es importante que la decisión establezca un plazo para que tal declaración produzca sus efectos. Esto haría posible que el Poder Ejecutivo denunciase el tratado o determinase otra forma de extinguirlo. La gran ventaja del uso de esta técnica es evitar que el Estado pueda ser responsabilizado internacionalmente por no cumplir el tratado en virtud de una decisión de inconstitucionalidad de su Poder Judicial.

2.2. ¿Control de convencionalidad de la ley? Procedimientos y competencia jurisdiccional

Los tribunales brasileños, incluso aquellos que poseen la facultad de uniformizar la interpretación constitucional (STF) y legal (STJ) no se han referido, expresamente, a la idea de control de convencionalidad,

³¹ Voto del Ministro Gilmar Mendes en el ya citado RE nº 466.343.

³² Es lo que se extrae, v.g., de la ADI nº 1.480, que establece que el tratado solamente se internaliza en el derecho brasileño después de la promulgación y publicación del decreto de Ejecutivo.

tal como ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente a partir del caso *Myrna Mack Chang*³³.

La idea de control de convencionalidad ha servido, especialmente, para establecer formas y procedimientos propios de fiscalización, en el derecho interno, de la CADH. Más específicamente, ha sido útil en los sistemas jurídicos que no otorgaron a los tratados de derechos humanos ningún estatus privilegiado en la jerarquía de las normas jurídicas.

En el caso de Brasil, se puede decir que la principal función de esa idea ya fue desarrollada por el derecho interno desde la EC nº 45/2004, que permite que los tratados de derechos humanos adquieran el estatus equivalente al de las enmiendas constitucionales, y la posterior jurisprudencia del STF, que reconoce a todos los tratados de derechos humanos, independientemente de cualquier formalidad adicional, un estatus supralegal.

Así, el control de convencionalidad se realiza en Brasil de dos formas: por medio del control de constitucionalidad, por el que se verifica que las leyes y otros actos normativos son conformes a determinado tratado de derechos humanos debidamente constitucionalizado en el derecho brasileño; y por medio del control de supralegalidad, por el que se controla que las leyes y demás actos normativos sean conformes a cualesquiera tratados de derechos humanos – que, poseen, *ipso facto*, carácter supralegal.

Aunque no haya muchos ejemplos de juicios en los que los tratados de derechos humanos hayan servido como parámetro de control (de constitucionalidad o de supralegalidad), es importante recordar, como ya se ha afirmado, que se han mencionado preceptos de la CADH en casos importantes sobre la razonable duración del proceso, las garantías judiciales y la libertad de expresión y del ejercicio profesional. Sin embargo, aún se debe elaborar una delimitación más clara de lo que constituyen esos parámetros de control de constitucionalidad y supralegalidad.

Un caso reciente juzgado por el STJ quizás pueda servir de ejemplo sobre el inicio de un delineamiento sobre tales parámetros. En este caso, el tribunal anuló un acto administrativo que impedía el nombramiento y la toma de posesión de un cargo público por parte de un deficiente físico en base a la Convención de las Naciones Unidas sobre Personas Portadoras de Deficiencia – tratado este que, como se ha dicho anteriormente, ha

³³ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

sido constitucionalizado en el derecho brasileiro³⁴.

3. LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LAS CORTES INTERNACIONALES

3.1. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana por los tribunales nacionales, el legislador nacional y las administraciones públicas

Aunque haya algunos proyectos de ley y de enmienda constitucional que tienen como objetivo regular la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y también de los tribunales internacionales en general), no existe ninguna norma en el derecho brasileño regulando específicamente el asunto. Las soluciones sobre la ejecución de las decisiones que condenan a Brasil han sido encontradas casuísticamente, lo que debilita la autoridad de las decisiones internacionales y la previsibilidad en lo que se refiere a su cumplimiento en el derecho interno. Ante este cuadro, es importante verificar rápidamente cuáles son las dificultades encontradas para la ejecución de las sentencias.

Cuando se produjeron las primeras condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra o Brasil, surgió la duda de si las decisiones de este tribunal internacional deberían ser homologadas tal como lo son las sentencias extranjeras. En Brasil, el STJ es el órgano competente de dicha homologación. Algunos no tardaron en notar, sin embargo, que había una diferencia significativa entre decisiones de tribunales internacionales y decisiones de tribunales extranjeros³⁵. En las primeras, el Estado brasileño es partícipe de los tratados que crean los tribunales e internaliza sus normas, algo que no sucede con las segundas. Además, el propio STJ ya ha afirmado que las sentencias de los tribunales internacionales “no son decisiones judiciales o sentencias extranjeras que requieran cualquier tipo de *exequator* u homologación”³⁶.

Una de las mayores dificultades visualizadas por los autores hace referencia a la determinación de las obligaciones pecuniarias por parte de

³⁴ Cf. STJ. RMS 34.902. Rel. min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. DJe de 13.12.2011.

³⁵ Cf. RAMOS, André de Carvalho, “A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil”, em CASELLA, Paulo Borba *et al* (org.), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 458-459.

³⁶ STJ. SEC 2.707. Rel. min. Francisco Falcão. Corte Especial. DJe de 19.02.2009.

la Corte Interamericana. Más recientemente, el Estado brasileño estableció una dotación presupuestaria propia para el cumplimiento de tales decisiones, lo que facilita bastante el pago de las indemnizaciones. No obstante, no existe un mecanismo obligatorio para que el Estado establezca tal dotación. Esto significa que, si no hay una disposición por parte del Poder Ejecutivo Federal (aquel que detenta la competencia para dirigir las relaciones exteriores) para pagar la indemnización, se podría imaginar que tendría que ser pagada por medio de *precatório* – el sistema judicial que existe para el pago forzado de las indemnizaciones por Estado brasileño. Sucede que el sistema de *precatórios* es extremadamente moroso e impondría unas cargas excesivas a la víctima que tendría que aguardar mucho tiempo para que su demanda sea juzgada y acogida por un tribunal internacional. Especialmente en virtud del carácter especial de la sentencia internacional, algunos autores han considerado que el pago forzado de una indemnización se realizaría por medio de *precatório*, pero de manera prioritaria, en virtud del principio de celeridad³⁷. Es necesario ponderar, sin embargo, si el hecho de que tal indemnización haya sido determinada por un tribunal internacional evitaría accionar el sistema de *precatórios* – originalmente concebido para el pago de deudas del Estado derivadas de decisiones de tribunales internos.

En cuanto a las demás obligaciones (que no guardan relación con el pago de indemnizaciones), se sabe que la Corte Interamericana difícilmente establece la necesidad de la observancia de medios específicos para su cumplimiento. Es competencia del Estado, por norma, elegirlos. En algunos casos, cuando no hay controversias muy intensas sobre el cumplimiento, el propio Estado brasileño no suele tardar en adoptar las medidas prescritas en la sentencia. En otras situaciones, no obstante – y el caso Gomes Lund es un ejemplo en este sentido – la falta de una legislación propia dificulta la visualización de un medio de forzar a que el Estado cumpla la sentencia, pudiendo generar una sistemática inobservancia de lo establecido en la decisión internacional y una consecuente responsabilidad internacional por la conducta ilícita.

La falta de una legislación específica sobre la ejecución de sentencias hace que la responsabilidad del Poder Judicial interno sea doble. Frente a casos como este, en el que existe un vacío legislativo, se hace necesario un activismo judicial. A aquellos que se sientan perjudicados por el no

³⁷ Cf. RAMOS, André de Carvalho. “A execução das sentenças...”, pp. 460-462.

cumplimiento de las sentencias pueden recurrir a los jueces internos, que poseen no sólo la facultad, sino también el deber, de hacer valer las sentencias oriundas de un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo instrumento de creación fue debidamente internalizado en el derecho brasileño con estatus, al menos, supralegal.

Tal actuación de los jueces internos para hacer efectiva la ejecución de las sentencias internacionales refuerza la necesidad de un diálogo mayor entre tales actores, lo que nos lleva a la cuestión de la relación existente entre el derecho internacional y el derecho interno, bajo el prisma de la incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna en Brasil.

3.2. La incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna: mecanismos y efectiva incorporación

Recientemente, el STF comenzó a citar con mayor frecuencia algunas decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además de aludir a cuestiones relativas a la libertad de expresión y a la libertad de ejercicio profesional, se han mencionado sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana en los casos más recientes que abordaban la imposibilidad de que los tribunales militares juzgasen a civiles³⁸ y el derecho de asistencia consular³⁹. Incidentalmente, y sin mayores repercusiones para la tesis principal defendida en el juicio, otras sentencias de la Corte Interamericana han sido mencionadas⁴⁰.

La referencia a tales decisiones, no obstante, no representa un impacto demasiado significativo en el derecho interno brasileño. La mención a dichas decisiones, normalmente, se hace para ilustrar algún punto o para clarificar alguna cuestión controvertida. Además del lenguaje de persuasión – propio de la lógica de los derechos humanos en el plano internacional – no se considera que las sentencias de la Corte

³⁸ Cf. STF. HC 109.544. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 31.08.2011; HC 107.731. Rel. min. Ayres Britto. Segunda Turma. DJe de 27.09.2011 e HC 106.171. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

³⁹ Cf. STF. Ext. 1.126. Rel. min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 11.12.2009.

⁴⁰ Por ejemplo, en las importantes STF. ADPF 132. Rel. min. Ayres Britto. Pleno. DJe 14.10.2011 y STF. ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto. Pleno. DJe 14.10.2011, sobre el reconocimiento de las uniones homoafectivas, y en la STF. Pet 3.388. Rel. min. Carlos Britto. Pleno. DJe de 25.09.2009, sobre demarcación de tierras indígenas.

Interamericana posean una autoridad propia. Tales decisiones del STF ni siquiera se plantean la posibilidad de que estas decisiones posean, en el derecho interno, la fuerza normativa obligatoria capaz de rechazar otras decisiones judiciales.

Evidentemente, no se puede subestimar el impacto de la referencia creciente a las decisiones de la Corte Interamericana: estas decisiones promueven una apertura mayor al diálogo entre cortes internacionales e internas y hacen posible la toma de decisiones que traten de acomodar intereses existentes en el sistema jurídico internacional y en el sistema jurídico interno. No obstante, la falta de consideración de una fuerza obligatoria a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos como elemento de interpretación, puede no hacer viable la propia jerarquía privilegiada que los tratados de derechos humanos poseen en el derecho brasileño. Esto porque los tratados de derechos humanos establecen patrones que pretenden ser cumplidos más allá de las fronteras de un único Estado. Si la interpretación de los preceptos de tales tratados no es asociada, de algún modo, a una institución que también ultrapasa las fronteras de los Estados (en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), los derechos humanos internacionales pueden ser interpretados por los tribunales internos con poca o ninguna referencia a su elemento de "internacionalidad". Este es el caso de los Estados Unidos da América que, aunque sean partes en diversos tratados de derechos humanos, encuentran diferentes formas de establecer un "excepcionalismo" en la lectura de tales instrumentos, en contra de la manera en que las instituciones internacionales interpretan los derechos humanos⁴¹.

En relación a la incorporación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el gran desafío del derecho brasileño (y, en especial, del STF), es conceder una autoridad mayor a tales decisiones, permitiéndoles funciones que vayan más allá la mera función de ilustrar o confirmar un entendimiento ya anteriormente establecido sobre un ponto jurídico específico.

⁴¹ Cf., v.g., KRISCH, Nico, "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order", *European Journal of International Law*, vol. 16, nº 3, 2005, pp. 369-408.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional". *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 113-118, 1998, pp. 57-94.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira, "A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo 3º do art. 5º da Constituição Federal", *Cena Internacional*, vol. 7, nº 1, 2005, pp. 3-22.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1997.
- RAMOS, André de Carvalho, "A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil", em CASELLA, Paulo Borba et al (org.), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*, São Paulo: Atlas, 2008, pp. 451-468.
- SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

5. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores: <http://dai-mre.serpro.gov.br/>
- Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: <http://portal.sdh.gov.br/>
- Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br
- Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br

6. JURISPRUDENCIA BÁSICA

- STF. RHC 79.785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003.
- STF. ADI MC 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.
- STF. ADPF 153. Rel. min. Eros Grau. Pleno. DJe de 05.08.2010.
- STF. RE 253.071. Rel. min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ de 29.06.2001.
- STF. RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso. Pleno. DJe 04.06.2009.
- STF. RE 511.961. Rel. min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.
- STF. RE 593.586 ED. Rel. min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe de 29.10.2009.
- STF. RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977.

14

LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA COLOMBIANO

María Angélica Prada
Universidad de los Andes

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución colombiana vigente desde 1886 hasta 1991 no hacía referencia expresa a los tratados internacionales, sólo mencionaba en su artículo 121 el derecho internacional humanitario al establecer que el Gobierno tendrá todas las facultades que “conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones”¹. En 1991 fue promulgada una nueva constitución por la Asamblea Nacional Constituyente, que fue convocada con el objetivo de renovar el pacto social que se había visto resquebrajado por más de un siglo de guerras. La nueva constitución incluyó múltiples referencias expresas tanto al derecho internacional, como a los derechos humanos y otro tipo de obligaciones internacionales (como se puede ver en el Anexo 1).

Las normas internacionales son integradas de diferente manera al ordenamiento jurídico colombiano, dependiendo del tipo de obligaciones a las que corresponden. Este artículo se va a enfocar en la forma cómo se han incorporado las diferentes fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en Colombia, haciendo énfasis en el papel que ha tenido la Corte Constitucional en este proceso. El rol predominante de la Corte Constitucional en este tema es el resultado de dos factores que han predominado desde 1991: (i) la constitucionalización de la relación entre el sistema jurídico colombiano y el derecho internacional; y (ii) la judicialización del reconocimiento de los derechos humanos a través del mecanismo de la tutela y la demanda de inconstitucionalidad.

Las normas de derecho internacional pueden ser integradas al sistema jurídico colombiano de tres maneras: (i) con rango constitucional; (ii) con rango supralegal; o (iii) con rango de ley. La regla general es que el

¹ Constitución Colombiana de 1886, artículo 121.

derecho internacional adquiere el rango de ley en el sistema jurídico colombiano, a menos de que la Constitución disponga lo contrario. Excepciones a esta regla se encuentran en diferentes artículos constitucionales, sin embargo el que ha resultado tener un papel predominante ha sido el artículo 93, el cual dispone que:

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

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

Es a partir de esta disposición constitucional que la Corte introdujo la doctrina del “bloque de constitucional” a Colombia, la cual representa hoy en día el principal mecanismo de incorporación de normas internacionales que adquieren rango constitucional o supra legal. Es importante tener en cuenta que el término “bloque de constitucionalidad” tiene un significado específico en diferentes jurisdicciones. En Colombia se podría definir como el conjunto de normas conformadas por la Constitución, y demás tratados y normas internacionales que han adquirido rango constitucional y supra legal. Si bien el bloque de constitucionalidad también integra otro tipo de leyes colombianas, como las llamadas leyes estatutarias, un análisis de las fuentes nacionales sobrepasa el objeto de este artículo.

Rodrigo Uprimny distingue entre 4 etapas en la recepción del bloque de constitucional en el sistema jurídico colombiano: “(i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción, precisamente en el momento en que su aceptación hubiera podido ser muy fecunda; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), en donde tácitamente, y con algunos titubeos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) y los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta igualmente racionalizar su uso”².

² UPRIMNY YEPES, R., “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72, 2005, p. 10.

Los mecanismos de integración del derecho internacional en el derecho interno se encuentran limitados por el principio *pro homine*. La Corte Constitucional ha establecido que en el momento de hacer uso del bloque de constitucionalidad “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones”³. Este principio aplica cuando se tiene que escoger entre aplicar un tratado internacional o una norma nacional, o cuando se tiene que escoger entre diferentes tratados internacionales.

El objetivo de este ensayo es presentar un análisis sucinto sobre la manera en que las normas internacionales, con énfasis en el derecho internacional de los derechos humanos, son integradas en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esto este artículo se encuentra dividido en tres partes. En la primera se analizará la relación entre las normas internacionales y las fuentes jurídicas internas, para así poder determinar qué tipo de fuentes internacionales son reconocidas en el ordenamiento jurídico colombiano, cuáles son los diferentes procesos de integración de esas fuentes en el ordenamiento jurídico, y qué rango adquieren las normas internacionales al ingresar al sistema jurídico nacional.

En la segunda parte se analizarán tres tipos de mecanismos de control que son usados por la Corte Constitucional para garantizar el respeto a la Constitución: (i) el control constitucional de los tratados; (ii) el control convencional de la ley; y (iii) la protección de derechos humanos, que si bien no se encuentran expresos en la constitución, han adquirido rango constitucional a través del bloque de constitucionalidad. Por último, se analizará la forma en que las sentencias y demás decisiones del sistema interamericano son integradas al sistema jurídico colombiano.

2. LAS RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La Corte Constitucional colombiana se ha ocupado un sin número de veces de la relación que existe entre el derecho internacional y el sistema jurídico interno. La Corte ha denominado su enfoque con respecto al derecho internacional como un “monismo moderado”, el cual puede ser explicado a través del siguiente caso que la Corte tuvo que decidir en 1998. Al momento de revisar la constitucionalidad de la Convención de

³ Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

Viena del Derecho de los Tratados de 1969, la cual fue ratificada por Colombia en octubre de 1997, se encontró con una posible contradicción entre el artículo 27 de la Convención y su doctrina constitucional. Por un lado, el artículo 27, inciso 1, de la Convención de Viena establece que “un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”. Por el otro, la Corte en muchas ocasiones había expresado que la “Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Constitución es inaplicable”⁴.

Para salvar esta posible contradicción la Corte establece que el artículo 9 de la Constitución reconoce el principio de *pacta sunt servanda*, por lo que en Colombia se debe aplicar un monismo moderno. Esta doctrina, según la Corte, reconoce la posibilidad de contradicción entre el derecho internacional y el derecho interno, la cual si bien defiende una primacía indirecta del derecho internacional, no opera anulando las normas internas contrarias al derecho de los tratados sino reconociendo la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales al invocar sus normas internas. El efecto práctico de esta doctrina es el siguiente:

“Conforme a lo anterior, para el juez estatal y para las autoridades nacionales rige el principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional, por lo cual los tratados tienen el valor que la constitución les asigne. (...) para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional”⁵.

Como se verá a continuación, la aproximación del monismo moderado va a permear las diversas discusiones que se describen en este artículo. A pesar de tener una posición que permite que el Estado actúe internamente en contradicción con sus obligaciones internacionales, la Constitución

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Ibid.

colombiana otorga un trato distinto a los tratados de derechos humanos al otorgarles, en ciertos casos, un rango constitucional, como se verá más adelante.

2.1. Tipo de fuentes externas que reconoce y admite el ordenamiento constitucional colombiano

El artículo 9 de la Constitución Política establece que las relaciones internacionales de Colombia se fundan “en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. Adicionalmente, la Constitución sólo se refiere de manera expresa a los tratados internacionales, más específicamente los tratados y convenciones de derecho humanos (art. 93) y los tratados limítrofes (art. 101), y a las reglas del derecho internacional humanitario (art. 214)⁶.

La Corte Constitucional, sin embargo, ha reconocido que las obligaciones del Estado colombiano derivan no sólo de los tratados internacionales, sino también de la costumbre y de los principios del derecho internacional⁷. Con respecto a la costumbre internacional la Corte precisó que ésta puede ser de dos tipos: “(a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad (···), y (b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano”⁸.

A pesar de que la Corte reconoce que los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional crean obligaciones para el Estado, el rango que cada uno de estos adquiere en el ordenamiento colombiano depende del tipo de obligaciones que impone. Como se verá en la tercera parte de esta sección, el sistema jurídico en Colombia distingue entre normas internacionales con rasgo constitucional y normas con rango legal dependiendo de si pueden o no ser consideradas parte del bloque de constitucionalidad.

⁶ Para un análisis más detallado sobre la integración del derecho internacional humanitario en el sistema jurídico colombiano, ver RAMELLI ARTEAGA, A., *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 1189 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Ibid.

2.2. Procedimiento de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento colombiano

El procedimiento de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento nacional se encuentra previsto en la Constitución. Según ésta, el Presidente de la República de Colombia tiene entre sus funciones “celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso” (artículo 189, 2). Por lo que, para que un tratado sea válido en el sistema jurídico colombiano, éste debe ser aprobado por el Congreso de la República a través de una ley aprobatoria de tratado⁹. Una vez el tratado ha sido aprobado, la Corte Constitucional tiene la obligación de decidir definitivamente la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno debe remitir el tratado a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley¹⁰.

Existen dos excepciones a este procedimiento. La primera es la aplicación provisional de los tratados, que se encuentra consagrada en el artículo 224 de la Constitución. Para que un tratado pueda ser aplicado de manera provisional, éste debe cumplir con 3 requisitos: (i) que se trate de un tratado de naturaleza comercial, (ii) que éste haya sido acordado en el ámbito de organismos internacionales y (iii) que haya sido enviado por el Presidente de la República para la aprobación del Congreso¹¹. En caso de que el Congreso no apruebe el tratado, se suspenderá su aplicación. La figura de aplicación provisional de tratados no opera, por lo tanto, en el caso de tratados de derechos humanos ni de derecho internacional humanitario.

Una segunda excepción son los acuerdos simplificados, los cuales desarrollan tratados ya existentes y por esa razón no requieren la aprobación legislativa. La Corte Constitucional ha determinado los siguientes requisitos para que un acuerdo simplificado no deba ser aprobado legislativamente: “(a) Que los acuerdos no contengan nuevas obligaciones, distintas a las pactadas en el mismo; (b) Se enmarquen dentro de los propósitos y objetivos del (tratado); y (c) No se modifique el (tratado), ni se refieran dichos acuerdos a aspectos diferentes (al objeto del mismo)”¹².

⁹ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 150, inciso 16.

¹⁰ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 241, inciso 10.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Además del procedimiento ante el congreso, ciertas normas del derecho internacional son introducidas al sistema jurídico colombiano con rasgo de constitucionalidad a través del bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional introdujo la noción del bloque de constitucionalidad por primera vez en 1995¹³, al derivarla del artículo 93 de la Constitución:

“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Para la Corte el artículo 93 establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia¹⁴. Para que se produzca ese efecto de prevalencia deben cumplirse dos condiciones. En primer lugar, que la disposición contenga el reconocimiento de un derecho humano, y, en segundo lugar, que se trate de un derecho cuya limitación se encuentra prohibida dentro de los estados de excepción¹⁵.

El objetivo inicial del bloque de constitucionalidad era armonizar dos disposiciones constitucionales que en principio parecen ser contradictorias, el artículo 4 y el artículo 93. Por un lado, el artículo 4 de la Constitución establece que “la 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”. Por el otro, el artículo 93, como se vio previamente, establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. “¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?”¹⁶. Para resolver esta contradicción la Corte hace uso de la doctrina del bloque de constitucional, la cual permite integrar a la Constitución normas y principios que no se

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ Op Cit. Sentencia C-225 de 1995.

encuentran formalmente en el articulado de su texto. En palabras de Rodrigo Uprimny, el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no se encuentran expresamente en la Constitución¹⁷. De esta manera se armoniza el principio de supremacía de la Constitución con la prevalencia de algunas normas internacionales establecidas en el artículo 93, al convertir a las dos fuentes jurídicas en un único bloque con rango constitucional.

2.3. Relaciones entre las fuentes externas y las normas internas

En su jurisprudencia más temprana la Corte Constitucional distinguió entre dos sentidos de la noción del bloque de constitucionalidad¹⁸. El primero es el “bloque de constitucionalidad *stricto sensu*”, el cual incluye aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución, es decir que tienen rango constitucional¹⁹. Estas normas internacionales que son integradas por este mecanismo son aquellas a las que se refiere el primer inciso del artículo 93, los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. En segundo lugar se encuentra el “bloque de constitucionalidad *lato sensu*”, el cual se “refiere a aquellas disposiciones que ‘tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias’, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”²⁰. Un ejemplo de los tratados internacionales que fueron integrados al sistema jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad *lato sensu* son los tratados que establecen los límites territoriales del país y los tratados mediante los cuales la comunidad internacional establece las reglas generales para la fijación de los límites territoriales, marítimos, y del espacio aéreo y ultraterrestre²¹. Las normas internacionales pueden, por lo tanto, ser

¹⁷ Op Cit. UPRIMNY YEPES, 2005, p. 2.

¹⁸ Ver entre otras: Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ Op Cit. Sentencia C-582 de 1999.

²⁰ Ibid.

²¹ La Corte llegó a esta conclusión basándose en el artículo 101 de la Constitución, el cual establece que “los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación”. Op Cit. Sentencia C-191 de 1998.

integradas al sistema jurídico nacional tanto a través del bloque de constitucional *estricto* o *lato sensu*.

La jurisprudencia de la Corte también ha usado otra terminología para explicar las diferentes maneras en las que el bloque de constitucionalidad integra los tratados internacionales en el sistema jurídico nacional. La primera es la integración normativa, que se encuentra establecida en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución, que aplica para aquellos tratados internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos cuya limitación esté prohibida durante los estados de excepción. Es decir que su incorporación es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en la Carta²². El segundo es el referente interpretativo, el cual se basa en el segundo párrafo del artículo 93. En esta modalidad de integración la Corte ha reconocido que tratados que contemplan derechos humanos cuya limitación no está prohibida en estados de excepción, también hacen parte del bloque de constitucionalidad como herramientas interpretativas que permiten analizar la legitimidad de la normatividad interna²³.

Si bien puede sonar un poco confusa la terminología que usa la Corte Constitucional para distinguir entre los dos tipos de integración normativa que provee el bloque de constitucionalidad²⁴. La realidad es que la diferencia entre la incorporación *estricto sensu* y *lato sensu*, es la misma que entre el referente normativo y el referente interpretativo. En el primer caso las normas internacionales adquieren un rango constitucional, mientras que en el segundo caso son integrados como normas supralegales, con una jerarquía intermedia entre la ley y la Constitución²⁵. Es por eso que Rodrigo Uprimny argumenta el bloque de constitucionalidad “hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supralegales, pero que no aparecen directamente en el texto constitucional”²⁶. En sentido práctico, sin embargo, la diferencia no ha sido significativa ya que los dos tipos de normas internacionales han sido utilizadas para llevar a cabo

²² Corte Constitucional, Sentencia C- 488 de 2009, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

²³ Ibid.; Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁴ Edgar Hernán Fuentes Contreras critica la ausencia de claridad en el uso que la Corte Constitucional le ha dado a la noción del bloque de constitucionalidad. Ver, FUENTES CONTRERAS, E.H., *Materialidad de la Constitución: La Doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

²⁵ Op Cit. Sentencia C-191 de 1998.

²⁶ Op Cit. UPRIMNY YEPES, 2006, p. 30.

el control de convencionalidad de la ley y para declarar inconstitucionales las disposiciones legales (ver sección 3.2. infra).

La Corte Constitucional ha extendido el bloque de constitucionalidad más allá de los tratados de derechos humanos, a los que expresamente se refiere el artículo 93 de la Constitución. En diversas ocasiones la Corte ha reconocido que hacen parte del bloque de constitucionalidad las reglas del derecho internacional humanitario²⁷, algunas disposiciones de derecho penal internacional contenidas en el Estatuto de Roma²⁸, las normas contenidas en la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁹, y los derechos morales de autor³⁰.

Ya desde sus primeros años de existencia la Corte estableció que la Constitución, especialmente en su artículo 214, incorpora automáticamente el derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional³¹. El artículo 214 establece lo siguiente:

“Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. (...)”

Para la Corte las normas de derecho internacional humanitario hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico a los contenidos del derecho internacional humanitario³². Más importante aún la Corte ha dicho que “tanto las normas convencionales y **consuetudinarias** que conforman el Derecho Internacional Humanitario” (subrayado fuera del texto original) se encuentran incorporadas al sistema jurídica colombiano a través del bloque de constitucionalidad³³.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, MP. Carlos Gaviria Díaz; Op Cit. Sentencia C-225 de 1995.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2012, MP. Humberto Sierra Porto.

²⁹ “A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas” Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 2000, MP. Fabio Monrón Díaz.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

³² Ibid.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

En cuando a las normas contenidas en el Estatuto de Roma la Corte Constitucional reconoció que no todas las disposiciones del Estatuto hacen parte del bloque de constitucionalidad, debido a la aplicación del principio de complementariedad en el mismo³⁴. Las disposiciones del Estatuto de Roma que han sido entendidas como parte del bloque de constitucionalidad son aquellas que definen las sanciones y procedimientos penales de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio³⁵, por ejemplo la Corte ha establecido que el artículo 6 del Estatuto de Roma, sobre el crimen de genocidio, hace parte del bloque de constitucionalidad³⁶.

La Corte Constitucional ha dejado claro que no todos los tratados ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por el ejemplo, en la Sentencia C-358 de 2007 la Corte estableció que las reglas de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no tienen un rango constitucional. Por esa razón decidió que si bien el inciso 2 del artículo 577 del Código Penal Militar contradice algunas de las reglas establecidas en esa Convención, éste no era inconstitucional ya que los tratados sobre relaciones diplomáticas y consulares no integran el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, no son un referente para el control de constitucionalidad de las leyes³⁷.

La Corte ha reiterado en muchas de sus sentencias que los tratados internacionales en materia económica y de integración regional ratificados por Colombia no hacen parte del bloque de constitucionalidad³⁸, sin embargo también ha sido muy cuidadosa en recordar que la Constitución Política reconoce el principio del derecho internacional *pacta sunt servanda*³⁹. Por lo tanto, si bien por regla general los tratados internacionales no son normas de nivel constitucional, su cumplimiento es ineludible por parte de las autoridades competentes y las normas internas de rango inferior a la constitución deben ser aplicadas de manera armónica con los compromisos internacionales del país⁴⁰. Es decir que, en caso de

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ Ibid.

³⁶ Op Cit. Sentencia C-290 de 2012.

³⁷ Op Cit. Sentencia C-358 de 1997.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1118 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2007, MP Alvaro Tafur Galvis; Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004, MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia C-941 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Op Cit. Sentencia C-400 de 1998; Op cit. Sentencia C-155 de 2007

⁴⁰ Ibid.

conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan una materia específica, como el derecho de la inversión extranjera, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia⁴¹. Esta doctrina de la Corte demuestra que las demás normas del derecho internacional que no son incorporadas al sistema jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, entran a hacer parte del mismo con un rango de ley.

3. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTICEN EL RESPETO AL SISTEMA DE FUENTES QUE DEFINE LA CONSTITUCIÓN

3.1. El control de constitucionalidad de los tratados en el sistema jurídico colombiano

Antes de 1991, no existía un control de constitucionalidad de los tratados previo a su ratificación. Esta situación llevó a arduos debates doctrinales sobre la posibilidad de ejercer el control sobre tratados ratificados. En un caso, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional un tratado de extradición con Estados Unidos por un vicio en el consentimiento del Estado colombiano. En contra de esta posibilidad se manifestaron argumentos relacionados con el principio *pacta sunt servanda* y la obligatoriedad de los tratados. A favor del control constitucional, se argumentaba la supremacía de la Constitución y la necesidad de evitar que por vía de tratados el poder Ejecutivo reformara subrepticamente la Constitución.

La solución a este dilema fue encontrada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. La Constitución de 1991 estableció un control constitucional previo y automático a todos los tratados internacionales. De esta manera, luego de la firma de un tratado por el Poder Ejecutivo, el Presidente tendría que remitir el tratado al Congreso para su aprobación, y la ley aprobatoria de tratado sería controlada automáticamente por la Corte Constitucional de manera previa a su ratificación.

El texto relevante de la Constitución es el numeral 10 del artículo 241, que señala la competencia de la Corte Constitucional para:

“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano

⁴¹ Ibid.

podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.”

Esta cláusula ha sido interpretada por la Corte Constitucional como que existe la posibilidad de declarar cláusulas de un tratado executable de manera condicional, con la consecuencia de que el Gobierno debe depositar una declaración interpretativa al momento de ratificar el tratado. La Corte ha dicho que “Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas, y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado”⁴². Así ocurrió, por ejemplo, con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde la Corte decidió lo siguiente:

“la Corte señala las materias respecto de las cuales procede, sin que ello contraríe el Estatuto, que el Presidente de la República, en el ámbito de sus atribuciones, declare cuáles son las interpretaciones de algunos apartes del mismo que armonizan plenamente la Constitución con el Estatuto de Roma. Dicho señalamiento por la Corte en ningún caso supone que existe una inconstitucionalidad parcial del Estatuto. (...) Tales materias son las siguientes:

(1) Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

(2) Siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d). (...)”⁴³

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

El caso de la Corte Penal Internacional también es paradigmático en Colombia por una segunda razón. Para poder adoptar el Estatuto de Roma fue necesario que el Congreso aprobara una reforma constitucional que incluía el siguiente párrafo en el artículo 93 de la Constitución:

“El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él” (subrayado fuera del texto original).

El objetivo de la reforma constitucional era resolver los inconvenientes que la adopción del texto del Estatuto presentaba ya que el Estatuto de Roma contiene algunas disposiciones que no son conformes con determinados artículos constitucionales, un ejemplo es el artículo 77 del Estatuto de Roma, el cual permite que se imponga la cadena perpetua como pena de ciertos delitos de extrema gravedad⁴⁴.

Ambos mecanismos tiene la virtud de evitar que un tratado sea cuestionado posteriormente por vía constitucional, a la vez que asegura que el Estado no contraiga obligaciones contrarias a la Constitución. Existe sin embargo la cuestión, no plenamente resuelta, de los tratados ratificados antes de la Constitución de 1991. En esos casos la jurisprudencia no ha sido constante. Existen sentencias que han admitido la posibilidad de cuestionar esos tratados pero sólo por violación del ius cogens, como ocurrió con la inconstitucionalidad parcial del Concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede, declarada en 1993⁴⁵. Existen otros casos donde la Corte no ha admitido demandas de inconstitucionalidad contra tratados ratificados antes de 1991. En uno de ellos, la Corte estableció lo siguiente:

“En el caso bajo examen, el presupuesto procesal para que la revisión sobre el contenido de los tratados prospere no se cumple, por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante".⁴⁶

3.2. El control de convencionalidad de la ley en Colombia

La Constitución Política de Colombia no se refiere expresamente al control de convencionalidad en su texto, su artículo 241 atribuye a la Corte Constitucional la jurisdicción para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes. Sin embargo, como ya se mencionó previamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ratificado que las normas internacionales que son incorporadas al sistema jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad deben ser utilizadas para llevar a cabo el control de convencionalidad de las leyes. La Corte ha establecido que ese control tiene dos funciones, la función interpretativa y la función integradora. La primera consiste en que la interpretación de los derechos y garantías constitucionales debe hacerse de conformidad con las normas internacionales que constituyen el bloque de constitucionalidad⁴⁷. La segunda consiste en que esas mismas normas internacionales, en ausencia de una disposición constitucional, representan un límite al margen de configuración que tiene el legislador⁴⁸.

La Corte Constitucional ha hecho uso del control de convencionalidad para declarar inconstitucional o reinterpretar las leyes (constitucionalidad condicionada) de acuerdo con el contenido de las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Ya en sus primeros años de existencia la Corte tuvo que decidir si el artículo 15 del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, Decreto 0085 de 1989, era o no inconstitucional. El artículo demandado establecía:

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Ver también Op Cit. Sentencia C-400 de 1998.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-047 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 148 de 2005, MP Álvaro Tafur Galvis.

“Artículo 15°. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito” (énfasis fuera del original).

En esta ocasión la Corte Constitucional estableció que la regla del decreto que exonera de responsabilidad al militar que actúa en obediencia debida, aún cuando la orden constituye una violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, es inconstitucional ya que es contraria a las normas del derecho internacional humanitario⁴⁹.

Otro ejemplo de control de convencionalidad es el análisis que la Corte hizo del artículo 148 del Código Penal, el cual tipifica el delito de toma de rehenes:

“Tomas de rehenes. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en (...)” (énfasis fuera del original).

La Corte declaró inexecutable la expresión “a la otra parte”, porque ese requisito no se encuentra previsto en las normas consuetudinarias que consagran la definición de los elementos de este crimen de guerra. Por lo tanto, la introducción de dicha condición restringe las hipótesis de configuración del delito en cuestión, y reduce injustificadamente el ámbito de protección establecido en el Derecho Internacional Humanitario⁵⁰.

Para terminar de ilustrar el funcionamiento del control de convencionalidad analizaremos un último ejemplo. En este caso la Corte tuvo que decidir una demanda contra el artículo 178 del Código Penal que tipifica el delito de tortura.

“El que inflija a una persona dolores o sufrimientos **graves**, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.⁵¹

⁴⁹ Op Cit. Sentencia C-578 de 1995.

⁵⁰ Op Cit. Sentencia C-291 de 2007.

⁵¹ Op Cit. Sentencia C-148 de 2005.

La Corte declaró inconstitucional la expresión “graves” en el delito, porque se encontraba en contradicción con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En ese instrumento internacional no se incluye en la definición del delito la palabra grave, la cual tiene como efecto una clara reducción del ámbito de protección⁵².

En diversas ocasiones la Corte Constitucional ha declarado inconstitucional una norma interna o ha condicionado su interpretación basándose en los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es así como la Corte Constitucional declaró inconstitucional la expresión “de doce (12) años” del artículo 231 del Código Penal:

“El que ejerza la mendicidad valiéndose de un menor de doce (12) años o lo facilite a otro con el mismo fin, o de cualquier otro modo trafique con él, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años” (énfasis fuera del original).

La Corte determinó que esa disposición era discriminatoria, porque desconocía que la Convención sobre los Derechos del Niño establece que un menor de edad es todo ser humano menor de dieciocho años⁵³.

3.3. Uso directo de los tratados en caso de violación de derechos humanos de personas particulares

Además del control de convencionalidad, la Corte Constitucional ha adoptado una doctrina efectividad en la protección de los derechos humanos, argumentando que esta obligación se encuentra contenida en el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 del Pacto de San José⁵⁴. Esto le ha permitido hacer efectiva la protección de los derechos humanos que no se encuentran expresamente contenidos en la Constitución, pero que han sido integrados en la misma a través del bloque de constitucionalidad. Es por eso que en 1995 la Corte pudo tutelar el derecho a la identidad sexual de un menor de edad, a quien le habían practicado unas cirugías de cambio de sexo, basándose en la existencia de ese derecho en los convenios de derechos humanos⁵⁵.

Esta doctrina ha sido especialmente importante en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En una sentencia de gran importancia

⁵² Ibid.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-1068 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995, MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁵ Ibid.

para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta Corporación utilizó el Convenio 169 como sustento para establecer la obligación de consulta previa a los pueblos indígenas y, en el caso concreto, suspender un proyecto de explotación petrolero en los resguardos de la comunidad UWA hasta que se cumpliera con el requisito de la consulta⁵⁶. El bloque de constitucionalidad ha jugado un papel muy importante en el reconocimiento del derecho a la consulta previa no sólo de los pueblos indígenas, sino también de las comunidades afrocolombianas. La Corte ha hecho uso de este instrumento para justificar la reinterpretación de normas nacionales como el Código de Minas⁵⁷, y declarar inexecutable leyes que afectaran a las comunidades indígenas y hubieran sido expedidas sin que se llevara a cabo la consulta previa⁵⁸.

La Corte Constitucional también ha justificado el uso de acciones afirmativas para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres argumentando que éstas se encuentran respaldadas por tratados internacionales como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, las cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad⁵⁹. Adicionalmente, la Corte ha integrado al sistema jurídico nacional el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales contenido en el artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Lo que ha permitido debatir judicialmente las medidas regresivas en materia de derecho sociales⁶⁰ y proteger judicialmente los derechos que han sido reconocidos previamente por medio de políticas públicas, como el derecho a la salud⁶¹.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-667 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

4. LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LAS CORTES INTERNACIONALES

4.1. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras decisiones del Sistema Interamericano

La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no requiere un determinado procedimiento legal a nivel interno. Las normas legales a nivel interno se refieren a la ejecución de “sentencias”, y son generalmente aplicadas a las sentencias del poder judicial colombiano que condenan al Estado a indemnizaciones u otras clases de reparaciones a favor de particulares. Dentro de este concepto también se han incluido las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, no existe un procedimiento legal específico para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte. Existen, sin embargo, procedimientos administrativos internos del Gobierno, destinados a establecer qué entidades son responsables de otorgar las diversas medidas de reparación ordenadas por la Corte.

El procedimiento es distinto en el caso de las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos. En esos casos, la ley 288 de 1996 establece los instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violación de derechos humanos según las recomendaciones de esos dos organismos, incluyendo los procedimientos administrativos internos para ese fin.

La Corte Constitucional también ha avanzado en dos facetas adicionales de protección de los derechos humanos por medio del Sistema Interamericano. En primer lugar, ha establecido que los tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluyendo no sólo la Convención Americana de Derechos Humanos sino los instrumentos que rigen a la Corte y la Comisión Interamericana, hacen parte del bloque de constitucionalidad⁶². Entre estos instrumentos la Corte incluyó el Reglamento de la Comisión de Derechos Humanos, esto le permitió establecer que las medidas cautelares decididas por la Comisión Interamericana de derechos humanos hacían parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, sí son vinculantes en el ordenamiento interno⁶³.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-786 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶³ Ibid.

En segundo lugar, la Corte ha expandido algunas normas procesales internas para permitir una interacción con los fallos de la Corte Interamericana. Un ejemplo claro es la sentencia C-004 de 2003 que extendió la aplicación de la acción de revisión a los casos en que la Corte Interamericana declarara que habían ocurrido violaciones a las garantías judiciales. La acción de revisión tradicionalmente permitía revisar sentencias condenatorias en firme, cuando se cumplieran ciertas causales taxativas, como el descubrimiento de un hecho nuevo posterior a la sentencia. La Corte extendió las causales, señalando que procedía la acción de revisión, no solo cuando hubiera un hecho nuevo, sino cuando la Corte Interamericana hubiera constatado, en el caso de violaciones graves de los derechos humanos, “un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”⁶⁴. Además extendió esta posibilidad a las sentencias absolutorias y otras formas de terminación del proceso, de manera que las víctimas de una violación de la obligación del Estado de investigar y sancionar, pueden usar los procedimientos legales internos para hacer valer esa obligación ante los jueces y tribunales colombianos.

4.2. La incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna

La Corte Constitucional ha reiterado que la interpretación de los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad debe estar informada por la jurisprudencia internacional que ha interpretado los mismos instrumentos. Por lo que el bloque de constitucionalidad no sólo se encuentra integrado por normas internacionales, sino que también hacen parte del mismo las interpretaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hacen de los tratados internacionales de derechos humanos⁶⁵.

La Corte también ha reiterado en numerosas ocasiones que el máximo intérprete de judicial de los alcances normativos de la Convención Interamericana es la Corte Interamericana⁶⁶. Es por eso que en la sentencia C-010 de 2000 la Corte señaló que en materia del derecho fundamental a la libertad de expresión:

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-187 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

“es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.⁶⁷

Sin embargo, la posición de la Corte Constitucional fue posteriormente matizada al determinar que si bien las decisiones de los organismos internacionales constituyen un parámetro de interpretación, estas no son obligatorias para la Corte. En la Sentencia C-355 de 2006, en la que la Corte estableció que:

“En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Postura reiterada en numerosas ocasiones, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad”⁶⁸.

Además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha recurrido a las interpretaciones que el Comité de Derechos Humanos ha hecho del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) tanto en sus decisiones cuasi-judiciales⁶⁹, como en sus Observaciones Generales⁷⁰. También ha tenido en cuenta los

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁰ Op Cit. Sentencia C-667 de 2006.

pronunciamientos de Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer con respecto a la prohibición absoluta del aborto⁷¹. Finalmente, la Corte ha reconocido excepcionalmente el carácter vinculante de las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, ha expresado que Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical⁷². Para justificar la obligatoriedad de este tipo de decisiones la Corte aclaró que:

“De esa manera Colombia queda sujeta a las obligaciones que adquiere en virtud de los tratados y convenios que celebra y que son ratificados por el Congreso de la República. Los Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre libertad sindical y derecho de sindicalización, aprobados por el Congreso de la República mediante las Leyes 26 y 27 de 1976, deben ser respetados y cumplidos por Colombia, y obviamente sujetarse a lo que dispongan los órganos de Control de la Organización Internacional del Trabajo, a cuyas determinaciones también se sujetó, al hacer parte del convenio constitutivo de dicha organización”.

Existe por lo tanto una contradicción en las decisiones de la Corte Constitucional que distinguen entre las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, las cuales sirven como parámetro de interpretación, y las decisiones de los órganos de control de la OIT, las cuales tienen fuerza vinculante. La Corte no provee en sus decisiones una justificación adecuada para esta diferenciación, ya que Colombia se encuentra obligada no sólo a cumplir con los Convenios ratificados en el marco de la OIT, sino con todos los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el congreso de la república y que, además, la misma Corte ha establecido que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

5. CONCLUSIONES

La Constitución de Colombia de 1991 exhibe una gran apertura al derecho internacional, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos. Ésta contiene procedimientos expuestos de incorporación de los tratados, pero la jurisprudencia constitucional también reconoce

⁷¹ Op Cit. Sentencia C-355 de 2006.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-586 de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

la posibilidad de aplicar internamente otras fuentes del derecho internacional como la costumbre y los principios generales del derecho.

La relación entre las normas internacionales y el ordenamiento interno está definida por el rango que se otorgue, según las reglas ya explicadas, a las normas internacionales. Algunas normas pueden tener rango constitucional (ej. tratados de derechos humanos o derecho internacional humanitario). Otras pueden tener un rango supralegal (ej. tratados limítrofes). Finalmente, la mayoría tienen apenas un rango legal. Del rango de cada norma se derivan consecuencias. Las normas constitucionales y supralegales nunca pueden prevalecer sobre la Constitución pero sí determinan la manera en que la Constitución es interpretada y aplicada. Por ende, pueden servir como razones determinantes para declarar una ley inconstitucional o para otorgar a una persona la protección de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia internacional juega un rol decisivo en esta materia, pues la Corte Constitucional ha recurrido a ella reiteradamente para interpretar los tratados de derechos humanos y la Constitución. Además, la jurisprudencia constitucional colombiana ha otorgado aplicación directa a las medidas cautelares del Sistema Interamericano, y ha armonizado algunos instrumentos procesales internos para permitir una articulación casi automática con las decisiones de la Corte Interamericana.

Como se evidencia de los ejemplos presentados en este artículo, el bloque de constitucionalidad tiene potencialidades democráticas ya que permite que los operadores jurídicos adapten sus decisiones a los cambios históricos y a las nuevas realidades sociales y políticas, al interpretar de manera dinámica la constitución⁷³. Sin embargo, esta categoría también presenta un riesgo a la seguridad jurídica y puede llevar a la arbitrariedad judicial⁷⁴. Este problema se evidencia en algunos casos de la Corte Constitucional, en los cuales esta corporación utiliza de manera tácita las normas internacionales como mecanismo de control constitucional, sin haber establecido expresamente que está recurriendo al bloque de constitucionalidad⁷⁵.

⁷³ UPRIMNY YEPES, R., *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*, Convers Design, Bogotá, 2006, págs. 34-35.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 36.

⁷⁵ RAMELLI ARTEAGA, A., "Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia", *Ámbito Jurídico Cadernos Constitucional*, No. 94, 2011.

Anexo 1. Artículos de la Constitución Colombiana que hacen referencia al Derecho Internacional y los Derechos Humanos

Artículo de la Constitución	Texto
Artículo 5	"El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona [...]."
Artículo 9	"Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en [...] el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia."
Artículo 44	"Son derechos fundamentales de los niños: [...]. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. [...]"
Artículo 53	"Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna."
Artículo 93	<p>"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.</p> <p>Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.</p> <p>(Texto adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001) El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.</p> <p>La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él."</p>
Artículo 94	"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."
Artículo 101	<p>"Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. (...)</p> <p>También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales."</p>

(Sigue en la página 389)

Artículo 150, inciso 16	<p>“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)”</p> <p>16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.”</p>
Artículo 170	<p>“Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley. (...)”</p> <p>No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la Ley de Presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias.”</p>
Artículo 214	<p>“Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:</p> <p>[...] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. [...]”</p>
Artículo 224	<p>“Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.”</p>

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- FUENTES CONTRERAS, E.H., *Materialidad de la Constitución: La Doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.
- RAMELLI ARTEAGA, A., *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- UPRIMNY YEPES, R., *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*, Convers Design, Bogotá, 2006.

7. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- ARANGO OLAYA, M., “El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente*, No. 2004, 2006.
- FAJARDO ARTURO, L.A., “Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia”, *Revista Civilizar*, No. 13, 2007.
- RAMELLI ARTEAGA, A., “Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y “Bloque De Constitucionalidad” En Colombia”, *Cuestiones Constitucionales*, No. 11, 2004.

RAMELLI ARTEAGA, A., "Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia", *Ámbito Jurídico Cadernos Constitucional*, No. 94, 2011.

UPRIMNY YEPES, R., "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", disponible en:

[http://www.dejusticia.org/index.php?](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72, 2005)

[modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72, 2005](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72, 2005)

8. JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, MP. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-586 de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C- 1189 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 2000, MP. Fabio Monrón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-1068 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-786 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004, MP Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C- 148 de 2005, MP Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-1118 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-047 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil.
Corte Constitucional, sentencia C-187 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.
Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
Corte Constitucional, Sentencia C-667 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería.
Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2007, MP Alvaro Tafur Galvis.
Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.
Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.
Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
Corte Constitucional, Sentencia C- 488 de 2009, MP Jorge Iván Palacio Palacio.
Corte Constitucional, Sentencia C-941 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio.
Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2012, MP. Humberto Sierra Porto.

15

**CHILE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS**

Felipe Paredes
Universidad Austral de Chile

1. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL

Chile posee ciertas particularidades que no dejan de ser relevantes si lo que se quiere es estudiar su posición en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Al respecto, es importante destacar que a pesar de ser citado como un caso exitoso de transición a la democracia, el país en la actualidad se encuentra bajo la vigencia de una Constitución originada en un régimen autoritario. En efecto, la Carta de 1980 no es sino el producto jurídico más representativo de la dictadura de Augusto Pinochet. No es este el momento de entrar en detalles, pero no está de más recordar que, sin perjuicio de los problemas de legitimidad de origen, la Constitución de 1980 sigue presentando una serie de problemas desde el punto de vista del reconocimiento y protección de los derechos humanos o fundamentales. En este sentido, es particularmente relevante el desprecio por los derechos de contenido político y el marcado carácter ideológico que presenta el texto constitucional.

Como es presumible, una Constitución originada en una de las dictaduras más sanguinarias de Latinoamérica difícilmente podría haber tenido algún grado de compromiso con los derechos humanos. En efecto, durante la década de 1970 son célebres los informes de la Comisión Interamericana sobre la situación chilena condenando al régimen dictatorial de Pinochet¹. Sin perjuicio de lo anterior, es obvio que el texto actualmente en vigor de la Constitución de 1980 dista bastante del original sancionado hace 32 años. Esto nos lleva directamente explorar en qué medida la transición a la democracia fue (o ha sido capaz) de purgar ese pecado original de

¹ Al respecto durante la dictadura existieron cuatro informes (1974, 1976, 1977, 1985) derivados de visitas *in loco*. Véase al respecto, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp> (consultado el 29-11-2011).

la Carta Fundamental actualmente vigente en Chile.

En general, la literatura ha explicado la transición chilena como un pacto entre los partidarios de la dictadura y los partidos políticos de oposición que apostaron por una salida pacífica al período de anormalidad institucional². De todas formas, las categorías conceptuales empleadas en el debate acerca del paso del régimen autoritario a la democracia en Chile son difusas y muchas veces controvertidas. Como sea, es indiscutible que en el año 1988 Augusto Pinochet pierde el referéndum en virtud del cual sometía a ratificación de la ciudadanía su permanencia en el poder por ocho años más, a partir del 11 de marzo de 1990, que era la fecha en que la Constitución de 1980 comenzaría a regir plenamente según sus disposiciones transitorias (hasta ese momento había regido solo parcialmente debido al permanente estado de sitio en que se encontraba el país)³. Dicho referéndum (o plebiscito en la nomenclatura chilena) trae causa en el hecho de que la vigencia transitoria de la Constitución tenía un plazo máximo de ocho años⁴. Al término de dicho período, se establecía que la propia junta militar propondría a la persona que ocuparía el cargo en el periodo siguiente, y de acuerdo a la 27 disposición transitoria (DT), dicha persona debía ser ratificada por la ciudadanía. Disponía además la 29 DT, que si la ciudadanía no aprobare la proposición de candidato único, el periodo presidencial de Pinochet se entendía prorrogado de pleno Derecho por un año más, con el objeto de convocar a elección de Presidente de la República y de parlamentarios en conformidad al capítulo IV de la Constitución.

Es evidente que el texto de la Carta de 1980 era incompatible con un régimen democrático, y desde luego, para la oposición de la época someterse a sus reglas podría haber sido considerado un suicidio político; al menos lo habría sido en 1980, cuando la dictadura estaba en su apogeo y se encontraba en condiciones de imponer sin contrapeso todas sus

² Por todos, Godoy, O., "La transición chilena a la democracia: pactada", en *Estudios públicos*, num. 74, 1999, pp. 79-106.

³ Las disposiciones transitorias 15 y 18 concedían poderes absolutamente dictatoriales tanto al Presidente de la República (que era el propio Pinochet) y a la junta de gobierno, integrada por el resto de los comandantes en jefe de las FFAA y el Director General de Carabineros.

⁴ El plazo estaba establecido de la interpretación de las DT 13 y 14. La primera señalaba que: "El período presidencial que comenzara a regir a contar de la vigencia de esta Constitución, durara el tiempo que establece el artículo 25 (8 años), y la segunda establecía que: "Durante el período indicado en la disposición anterior, continuara como Presidente de la República el actual Presidente, General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, quien durará en el cargo hasta el término de dicho período".

condiciones. Sin embargo, a partir de mediados de esa década sucedieron una serie de acontecimientos que empujaron irrevocablemente hacia la democratización del país. En primer lugar, las protestas ciudadanas contra el régimen agudizadas por la difícil situación que creó la crisis de la banca en 1982, hicieron ver bastante mal al gobierno. En segundo lugar, la acción de los grupos de resistencia armada es cada vez más asertiva en sus intentos de desestabilización de la dictadura, incluso estando bastante cerca en 1986 de asesinar al propio Pinochet, lo que demuestra a los militares que ni la misma cúpula del gobierno se encontraba plenamente a salvo, y por tanto, era necesaria una política de mayor apertura. En este contexto, el escenario para negociar una posible democratización se veía cada vez más propicio para la oposición si es que esta lograba participar de manera unida en el plebiscito de 1988. Esto último se logró a comienzos de 1988 con la Creación de la Concertación de Partidos por el No.

Como es sabido, la oposición agrupada en la Concertación de Partidos por el NO decidió validar el plebiscito participando activamente de la campaña que llamaba a la ciudadanía a rechazar que Pinochet se mantuviera en el poder durante ocho años más. Todo ello sucedió en un marco donde seguían ocurriendo violaciones a los derechos humanos y en condiciones de censura y amedrentamiento. En dicha votación, la opción NO obtuvo un estrecho triunfo, lo que dio lugar a que en el plazo de un año se convocaría a las primeras elecciones presidenciales desde 1970. Luego del triunfo en el plebiscito de 1988 era obvio que la oposición, ahora con una posibilidad cierta de transformarse en gobierno, había aumentado su capacidad de negociación, pero sin embargo, la junta de gobierno seguía teniendo de su lado la fuerza y una Constitución inteligentemente diseñada para alejar del poder a la ciudadanía. En este contexto, el gobierno militar y la Concertación pactan las condiciones en virtud de las cuales ésta última se sometería a las disposiciones de la Constitución de 1980, y por tanto, reconocerían su legitimidad. Pero no estaban dispuestos a hacerlo si el régimen no les aseguraba la posibilidad de participación efectiva en la institucionalidad que creaba la Constitución. Esto se tradujo en el plano jurídico, en las 54 reformas al texto original de la Constitución que se aprobaron en el año 1989, que fueron las que hicieron posible la transición a la democracia.

Dichas reformas fueron tan importantes para la redemocratización del país que no pocos autores sitúan en este punto el inicio de la transición. Como se puede intuir, las reformas pactadas en el año 1989, solo decían relación con aquellos aspectos que eran absolutamente incompatibles con la posibilidad de transitar hacia un régimen democrático: así por ejemplo, en dicha oportunidad se eliminaron cuestiones tan importantes como la proscripción ideológica o la posibilidad del Presidente de la República de disolver el Congreso. Esta situación explica, por qué en líneas generales, el diseño institucional pinochetista ha sido tan resistente al cambio, y la razón no es otra que la misma transición pactada a la democracia le aseguró su supervivencia. Es por ello que en la actualidad, a pesar de haber transcurrido ya más de dos décadas de gobiernos democráticamente electos, aún existen en el país demandas por una democratización plena de las instituciones.

Sin perjuicio de lo anterior, entre todas estas reformas hubo una que será absolutamente determinante en materia de derechos humanos: la del artículo 5º inciso segundo de la Constitución. En efecto, según la actual redacción de dicha disposición, en ella se establece que: “La soberanía reconoce como limitación el respeto a 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 encuentren vigentes”. Como se puede ver, en esta disposición se encuentra la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos y en la actualidad es la puerta de entrada de todos los tratados internacionales que versan sobre el tema.

Desde luego, el citado artículo ha permitido un enorme avance en la materia⁵. Sin embargo, ello no significa que dicha disposición no haya sido objeto de controversia, dando origen a una fuerte discusión sobre la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes, cuestión que ha tenido su momento más álgido en el año 2003 cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁶, generándose un intenso debate al respecto⁷,

⁵ Cfr., Peña, M., “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 1., 2003, pp. 593-611.

⁶ Véase la STC rol 346 – 2002.

⁷ Por todos: Cazor, K. y Bordalí, A., “La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980. Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol.13, 2002, pp. 255-263.

debiéndose crear una regla especial para este caso con el objeto de salvar el problema⁸.

De todas formas y afortunadamente, parece ser que en su momento nada de esto fue advertido por los asesores jurídicos de la dictadura. Sin duda alguna, la introducción en una Constitución autoritaria de una cláusula que limita a la soberanía en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país constituyó un gran avance, y en este caso, ello es mérito absoluto de los negociadores de la Concertación que lograron incorporarla en el texto reformado de 1989⁹. En efecto, las cuatro primeras condenas al Estado chileno por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, traían causa en normas dictadas durante el gobierno autoritario de Pinochet.

Obviamente, nada de esto hubiera sucedido si los gobiernos democráticos no hubieran suscrito un profundo compromiso con el Derecho internacional de los derechos humanos. Es así como una de las primeras medidas del gobierno de Patricio Aylwin, el primer Presidente de la transición, fue la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte respectiva. Es en este punto donde comienza la historia de Chile en el sistema interamericano, primero tímidamente durante la década de 1990, para luego ir dando lugar a una interesante actividad durante la primera década del siglo XXI.

Finalmente, cabe destacar que la reforma constitucional del año 2005 incorporó en su artículo 54 N° 1 una norma que impide invocar disposiciones de derecho interno para dejar sin efecto las obligaciones

⁸ Vigésimo cuarta disposición transitoria:

“El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previsto en su estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.

⁹ Cfr. Cumplido, F., “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma doctrinaria y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol.9, núm. 1, 2003, pp. 365-374.

contraídas en virtud de un tratado¹⁰. Sin embargo, ello no ha sido suficiente para cerrar el debate, pues el Tribunal Constitucional ha seguido manteniendo su postura de que éstos poseen un carácter inferior a la Constitución¹¹. De todas formas, sí es posible evidenciar un tratamiento distinto respecto de los tratados internacionales de derechos humanos, que son los aludidos por el art. 5° inc. 2°, estando la doctrina cada vez más conteste en que éstos poseen un rango, al menos, constitucional¹².

2. LA CORTE INTERAMERICANA Y LOS CASOS EN QUE EL ESTADO CHILENO HA SIDO PARTE

Si se pudiera calificar la presencia chilena en el sistema interamericano, se podría decir que en términos generales, Chile es uno de los buenos alumnos de la clase. Primero, porque el país ha sido condenado únicamente en 5 ocasiones en casi 25 años, y en segundo lugar, porque presenta una tasa de cumplimientos por sobre la media.

No obstante lo anterior, es interesante ver cómo cada una de las sentencias en las que el país se ha visto involucrado contiene un valioso contenido dogmático que bien vale la pena detenerse en ello, y que sin duda han tenido un innegable impacto en el país, pues han incidido en cuestiones que han sido claves en la consolidación de un Estado de Derecho vigoroso.

2.1. Olmedo Bustos y otros vs. Chile (caso “La última Tentación de Cristo”), 5 de febrero de 2001: toda censura previa se encuentra prohibida por la convención, incluso la judicial

Los hechos que dan motivo a la denuncia a la comisión son más o menos los siguientes: durante la dictadura, una de las tantas películas prohibidas fue “La Última Tentación de Cristo” de Martin Scorsese, en virtud del artículo 19 N° 12 inciso final, que expresamente permitía la censura cinematográfica¹³. Luego de la vuelta a la democracia, se levantó

¹⁰ “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”

¹¹ Véase STC 1288-2008.

¹² Henríquez, L., “improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1, 2007, pp. 119-126.

¹³ “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”.

la prohibición de exhibición que pesaba sobre el film. Fue entonces, cuando un grupo de abogados católicos interpone un recurso de protección en contra de la resolución administrativa que autorizaba su exhibición, argumentando que la película vulneraba el derecho fundamental a la honra (consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución) no solo respecto de sus propias personas, sino también que dicha vulneración se extendía a todos quienes profesaban la religión católica, e incluso al mismo Jesucristo, quien además de ser un personaje histórico también poseía el carácter de persona viva luego de su resurrección¹⁴. Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago, como la Corte Suprema en segunda instancia dieron la razón a los recurrentes. El asunto finalmente llegó a la Comisión Interamericana, quien concluyó en su informe que la conducta del Estado vulneraba el artículo 13 de la Convención.

La Corte antes de entrar a pronunciarse sobre el caso, deja sentado las bases sobre las que fundará su decisión, señalando que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, reconocido en el artículo 13 de la convención, comprende una doble vertiente: una dimensión individual y una dimensión social, es decir, éste requiere, “por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. Agregando luego que, por supuesto, ambas dimensiones poseen igual importancia.

El Estado de Chile en su contestación reconoció plenamente los hechos, y se defendió argumentando en primer lugar, que paralelamente conforme avanzaba el proceso se encontraba dando impulso a las reformas institucionales para superar la situación. En efecto, el Estado a esa fecha había presentado un proyecto de reforma del artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política con el fin de eliminar la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica. Por otra parte, señaló que no compartía la sentencia de la Corte Suprema, y que adicionalmente, los actos del poder judicial no tienen la capacidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado, o al menos no en este caso.

¹⁴ El recurso de protección es un procedimiento jurisdiccional, que tiene por objeto, la tutela de una serie de derechos fundamentales expresamente enumerados en el artículo 20 de la Constitución.

Sin embargo, la Corte respondió de forma contundente a los argumentos del Estado chileno: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En consecuencia, la Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Adicionalmente, la Corte también estimó que el Estado incumplió los artículos 1.1 y 2 de la convención, lo que unido a lo anterior, redundó en que la Corte consideró que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película de marras. En concreto, como las normas que regulaban la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no habían sido modificadas, consideró que el Estado continuaba incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, dispuso como medida reparatoria que Chile debía adoptar las medidas apropiadas para reformar su ordenamiento jurídico interno para hacerlo compatible con la Convención.

2.2. Palamara Iribarne Vs. Chile, 22 de noviembre de 2005: nuevamente la libertad de expresión, pero también el debido proceso.

Se trata de un caso de censura previa y sanciones por la comisión del delito de desacato a un ex oficial retirado de la Armada, quien al momento de los hechos trabajaba para la institución en calidad de civil a través de un contrato de prestación de servicios. Los hechos traen causa en la publicación de un libro titulado “Ética y Servicios de Inteligencia. Según la normativa interna de la institución, el Sr. Palamara debía obtener la autorización de su superior para publicar el libro, pero ante la negativa de este último, decidió seguir adelante con la publicación sin contar con la señalada autorización. Como consecuencia de esto, se inició un proceso

penal ante la justicia militar por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares. Asimismo, y con base en los mismos hechos, se inició una investigación sumaria administrativa con el objeto de destituirle. A raíz de estos procesos el señor Palamara es entrevistado por la prensa, instancia donde formula severas críticas a la institución, luego de lo cual se le detiene y además se le procesa adicionalmente por la comisión de un delito de desacato.

La sentencia de la Corte Interamericana es bien interesante y se compone de dos partes claramente distintas: en primer lugar, las cuestiones relativas a la libertad de expresión, y por otro lado, las que dicen relación con el delito de desacato. En cuanto a lo primero, no hay mucha novedad respecto de lo que ya se venía estableciendo en fallos anteriores, luego de que se constata que la Armada de Chile impidió la publicación del libro, para luego allanar la sede de la editorial y el domicilio de la víctima, con el objeto de incautar las unidades que allí se encontraban¹⁵. Al respecto, la conclusión no podía ser otra que la vulneración del artículo 13 de la Convención, sobre todo luego de que en el peritaje solicitado por el Fiscal Naval, los expertos concluyeron que el libro “no vulneraba la reserva y la seguridad de la Armada de Chile”, y que por lo tanto, la información que contiene el libro “puede obtenerse de fuentes abiertas”. Frente a esta situación, no es muy difícil para la Corte justificar que las medidas de acción adoptadas por el Estado constituyen actos de censura previa que no son compatibles con los parámetros establecidos por la Convención.

El segundo aspecto que trata la sentencia es la vulneración de las garantías procesales que establecen los artículos 8 y 25 de la Convención. En concreto, los aspectos revisados por la sentencia son: el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, garantías judiciales en los procesos penales militares y el derecho a la protección judicial. *Grosso modo*, señala la Corte que “en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”. Es por esto que, en opinión del Tribunal de San José, las normas militares deben establecer claramente, no solo los tipos penales, sino también quiénes son militares, es decir, quiénes tienen capacidad para ser sujetos

¹⁵ Cfr. casos Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111 y el de La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC- 5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

activos en la comisión de dichos delitos. La Corte estima que ello no sucede en el caso chileno, pues “en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares”.

Al respecto, la Corte estima que el señor Palamara Iribarne, al ser militar en retiro, no revestía la calidad de “militar” necesaria para ser sujeto activo de dichos delitos imputados, y por ello no se le podían aplicar las referidas normas penales militares. Además, el Tribunal estima que el señor Palamara Iribarne, al escribir su libro e iniciar el proceso de publicación, se encontraba en el legítimo ejercicio de su derecho a expresar libremente sus opiniones e ideas.

2.3. Almonacid Arellano vs. Chile, 26 de septiembre de 2006: los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura son inamnistiables e imprescriptibles

Los hechos dicen relación con una de las tantas desapariciones forzosas ocurridas durante la dictadura. Como muchas otras, la del Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, quedó en la impunidad durante dicho periodo, en virtud de la sistemática denegación de justicia en que incurrieron los tribunales de la época. El 04 de noviembre de 1992, una vez recobrada la democracia y ratificada la Convención Interamericana, los familiares de la víctima volvieron a iniciar las gestiones para obtener una sentencia que condene a los asesinos del Sr. Almonacid, interponiendo una querrela criminal ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua.

El citado tribunal sometió a proceso a dos militares por el homicidio del Sr. Almonacid. Sin embargo, el Segundo Juzgado Militar de Santiago planteó una cuestión de competencia que inhibió el cumplimiento de dicha resolución. El 5 de diciembre de 1996 la Corte Suprema resolvió el incidente, declarando que era competente para seguir conociendo del asunto el antes mencionado tribunal militar. El 28 de enero de 1997, sin que se ordene la realización de ninguna diligencia probatoria, se dictó sobreseimiento total y definitivo en aplicación del Decreto Ley N° 2.191, más conocido como ley de amnistía, que era una norma aprobada durante la dictadura que excluía de responsabilidad penal a los autores, cómplices y encubridores de delitos cometidos durante el estado de sitio declarado por el gobierno militar.

Una vez que el asunto ya se encuentra radicado en la Corte Interamericana, el Estado trata burdamente de defenderse oponiendo dos excepciones preliminares: la incompetencia de la Corte *Ratione Temporis* y violaciones al procedimiento ante la Comisión Interamericana. Desde luego, ninguna de ellas fueron acogidas por la Corte. En cuanto a las cuestiones de fondo, tanto la Comisión como las víctimas alegan la violación de los artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Frente a esto, el Estado de Chile argumenta que no hay ninguna vulneración de la Convención, por tres razones: en primer lugar, porque en virtud del trabajo de la Comisión de Verdad y Reconciliación se ha determinado la verdad histórica de los hechos consignándose en su informe el caso del señor Arellano, en segundo lugar, la familia de la víctima ha recibido una compensación económica y prestaciones de salud, y por último, los jueces en el último tiempo han dejado de aplicar el D.L. 2.191.

La Corte, para determinar la responsabilidad internacional, y por ende, condenar al Estado, razona en cuatro pasos. Primero, califica el crimen del Sr. Almonacid como un crimen de lesa humanidad, segundo, concluye que estos no pueden ser amnistiados y son imprescriptibles, tercero, analiza el D.L. 2.191 y concluye que es una ley aprobada por la dictadura con la finalidad de establecer una auto amnistía, y finalmente como corolario, concluye que todo ello implica una denegación de justicia, lo que constituye una vulneración de la convención. Por último, es también relevante mencionar que, en relación a la amplitud con se utiliza la justicia militar en Chile, la Corte se remite a lo juzgado en el asunto Palamara vs. Chile, es decir, considera que esta lesiona el principio del juez natural, y *a fortiori* el debido proceso.

2.4. Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006: y el acceso a la información pública como un requisito indispensable para la democracia

Los hechos que dieron lugar a la cuarta condena para Chile en la Corte Interamericana, están bastante lejos del típico caso sobre vulneración de derechos humanos que hasta ese momento eran sometidos al conocimiento de dicho tribunal. Durante la década de 1990, el país comenzaba lentamente a sacudirse del legado de la dictadura, por lo que era bastante frecuente que en muchos ámbitos todavía se encontraran

plenamente en vigor las normas aprobadas durante la época de Pinochet. Pues bien, uno de esos ámbitos era el acceso a la información pública. Ello era un problema grave desde el punto de vista del control de la Administración del Estado; sin normas que regulen la actividad administrativa era prácticamente imposible pensar en un control de ésta por parte de la ciudadanía. Desde luego, existían ámbitos donde ese problema se hacía particularmente serio: uno de esos ámbitos era justamente el de la inversión extranjera.

Esta materia se encuentra regulada por el D.L. 600 de 1975, una norma aprobada por la junta militar y que se encuentra aún vigente. Dicho Decreto Legislativo contiene la regulación que rige a “las personas naturales y jurídicas extranjeras, y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera”. Dicho Decreto regula la celebración de contratos de inversión extranjera, los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros y los regímenes tributarios aplicables a éstos, así como las funciones del Comité de Inversiones Extranjeras y de la Vicepresidencia Ejecutiva. En esencia, dicha norma contienen un régimen que fomenta la inversión extranjera concediéndoles a los inversionistas extranjeros una serie de prerrogativas que los sitúan en una posición bastante más ventajosa que a los inversionistas nacionales.

Amparados en dicho régimen, durante la mencionada década buscaron instalarse en el país una serie de megaproyectos de extracción de recursos naturales, respecto de los cuáles era fácilmente previsible que causarían un fuerte impacto ecológico. Sin embargo, era bastante difícil saber a ciencia cierta cómo esta circunstancia iba a ser efectiva, pues la normativa vigente permitía a las empresas negociar secretamente con el Estado, sin que la ciudadanía pudiera ejercer ningún tipo de control al respecto. Uno de estos proyectos era el denominado “Proyecto Forestal Río Cóndor”, que tenía por la construcción de un complejo forestal con la finalidad de explotar parte importante del bosque nativo de la zona sur austral.

Este asunto nace cuando la Fundación Terram, una ONG ambientalista presidida por el Sr. Marcel Claude, presenta una solicitud de acceso a la información relativa al mencionado proyecto. Desde luego, que como no existía ninguna norma que obligara al Estado a dar a conocer los antecedentes, era absolutamente previsible que el órgano competente (el Comité de Inversión Extranjera) denegaría la petición. Frente a esto,

la mencionada fundación a través de su presidente, dedujo un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, petición que fue desestimada *in limine*. Igual suerte corrió el recurso de apelación ante la Corte Suprema.

El argumento que esgrime, tanto la Comisión Interamericana como las víctimas, es que el Estado de Chile había vulnerado el artículo 12 de la convención (libertad de expresión). Por otra parte, las víctimas plantearon que el comportamiento del Estado infringía de forma conjunta los artículos 8 (debido proceso) y 25 de la misma (derecho a un recurso judicial efectivo). La estrategia de defensa del Estado consistió, fundamentalmente, en dar cuenta de los progresos en su legislación interna con el objeto de impedir que estos hechos se vuelvan a repetir. Cabe destacar que, entre la fecha de la denuncia ante la Comisión (1998) y la fecha de la sentencia (2006) hubo una serie de reformas que bien pudieran haber sido consideradas suficiente cumplimiento ante una hipotética sentencia condenatoria¹⁶.

Los razonamientos que la Corte invoca para entrar a conocer del asunto, revelan el papel político que asume en este caso. En este sentido, afirma que no obstante lo valioso de las reformas que el Estado chileno

¹⁶ Hasta el año 1999 no existían normas que se refieran al tema. Recién la Ley N°19.653, que modificó la Ley N° 18.575 (Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración del Estado) incorporó los principios de probidad, transparencia y publicidad y fijó el “derecho a recurrir al juez de letras en lo civil”, solicitando amparo al derecho a requerir por escrito cierta información. En relación a lo primero, señalaba que la regla general era la publicidad, en tanto que establecía una serie de excepciones. El problema que dicha regulación presentaba era que establecía una cláusula general en el que se invocaba a la potestad reglamentaria del Presidente de la República como norma de clausura (“uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”). En virtud de lo anterior, El 28 de enero de 2001 se promulgó el Decreto Supremo N° 26, que establece el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, que permitía a los Jefes Superiores de Servicio la declaración de reserva o de secreto mediante resolución fundada. Luego de su entrada en vigencia se emitieron aproximadamente 90 resoluciones, otorgando el carácter de secreto o reservados a una serie de actos administrativos, documentos y antecedentes en manos de órganos del Estado.

La Ley N° 19.880, de 29 de mayo de 2003, que regula las bases de los procedimientos administrativos, consagró expresamente el principio de principio de publicidad en sus artículos 16, 17 y 39.

El 26 de agosto de 2005 entró en vigencia la Ley N° 20.050, mediante la cual se realizó una reforma a la Constitución Política de la República. Entre otras reformas sustantivas, incorpora un nuevo artículo 8° que establece que: “[e]l ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

ha llevado a cabo, se trata este de un asunto demasiado importante para soslayarlo. En definitiva, esto se traduce en la amplísima interpretación que hace del artículo 12 de la Convención. De esta manera, para la Corte este derecho contienen una doble dimensión: por una parte, la dimensión individual de la libertad de expresión, que se caracteriza por que el individuo goza de una garantía de no interferencia por parte del Estado, pero por otra, dicho derecho contiene también una dimensión colectiva, la que es desde luego la más relevante en este caso. De acuerdo a la Corte, la protección que otorga la Convención Americana, en relación al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En este sentido, es indispensable para poder cumplir con esta dimensión colectiva de la libertad de expresión, que el actuar del Estado deba respetar los principios de publicidad y transparencia, lo que hace posible que los ciudadanos ejerzan el control democrático de las instituciones. De este modo, el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

Si esto es así, se debe partir entonces de la base de que en esta materia rige el principio de máxima divulgación de la información que obra en poder del Estado, y en consecuencia, la reserva o el secreto serán situaciones excepcionales. Es más, es la misma Convención la que regula los requisitos que deben cumplir las restricciones a dicho principio. En primer término, estas deben estar previamente fijadas por ley, la que debe responder a “razones de interés general”; en segundo lugar, dicha restricción debe propender a un objetivo permitido por la Convención Americana en su artículo 13.2 (asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”); finalmente, las restricciones que se impongan deben ser solamente aquellas necesarias en una sociedad democrática, es decir, entre varias opciones para alcanzar el objetivo propuesto, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo

objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

En el caso de marras, quedó plenamente acreditado que la restricción aplicada al acceso a la información no se basó en una ley, pues esa época no existía en Chile legislación que regulara la materia de restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado. Asimismo, el Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto.

En cuanto a los derechos de contenido procesal alegados por las víctimas, hay dos cuestiones que vale la pena comentar. La primera es la invocación del art. 8º de la Convención. Se trata, sin duda, de una cuestión que resulta sorprendente, pues la decisión que da origen al caso es un acto administrativo. En este sentido, el voto de mayoría de la Corte se aventura con una tesis nada pacífica: que la citada norma “no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales”, sino que también “[l]as garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas”¹⁷.

Cuestión diferente es lo que dice relación con la vulneración del art. 25 de la Convención. Aquí la condena del Tribunal de Costa Rica, no es sino la consecuencia natural de los muchos problemas de que adolece el recurso de protección, como mecanismo general de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales¹⁸. Justamente, uno de los aspectos más deficitarios de la regulación de dicho procedimiento es el control de admisibilidad. En este contexto, no es extraño que las Cortes de Apelaciones chilenas rechacen *in limine* los recursos alegando falta de fundamentación, sin siquiera motivar la resolución que así lo dispone o, en el mejor de los casos, hacerlo con lugares comunes o fórmulas vacías de contenido. Pues bien, eso es lo que sucede en la especie, donde la Corte de Apelaciones de Santiago se limita a señalar que “el recurso de protección tiene por

¹⁷ Véase en este sentido, el voto particular de los jueces Srs. Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga.

¹⁸ Vid. Gómez, G., *Recurso de protección y derechos fundamentales*, Ediciones Diego Portales, Santiago, 2003, *pass*.

objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales”, y sin desarrollar ninguna consideración relevante adicional, declara inadmisibles los recursos.

2.5. Atala Riffo vs. Chile, 24 de febrero de 2012: discriminación por orientación sexual y maternidad

La última de las sentencias contra Chile es la dictada el 24 de febrero de 2012, sobre la alegada responsabilidad del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala Riffo a causa de su orientación sexual. Los hechos que originan esta sentencia se remontan al año 2003, cuando el cónyuge de la señora Atala, respecto de quien se encontraba separada de hecho, interpone una demanda de cuidado personal respecto de las tres hijas en común del matrimonio. El principal argumento sobre el que se fundaba la demanda, es que la señora Atala había iniciado una convivencia con su actual pareja, la señora Emma de Ramón, situación que en opinión del demandante, constituía un serio peligro para el desarrollo físico y emocional de las niñas.

A su vez, es un elemento relevante a considerar, el hecho de que la señora Atala tenía el cargo de jueza penal de la ciudad de Villarrica. Esto es importante, pues si bien parte de las alegaciones dicen relación con la falta de imparcialidad con que se habría resuelto el juicio de cuidado personal de las menores, la denuncia también trae causa en un procedimiento disciplinario que se habría iniciado en contra de la señora Atala por el Poder Judicial del Estado de Chile, luego de conocerse su condición de lesbiana. Por último, también se alegó vulnerado el derecho de las menores de ser oídas.

El 14 de enero de 2003, el padre de las niñas, el señor Ricardo López Allendes interpuso demanda de cuidado personal, con el objeto de que el tribunal competente disponga que la tuición en este caso correspondiera al padre. Al respecto, el artículo 225 del Código Civil chileno dispone que, en caso de los padres vivir separados y no existir acuerdo, el cuidado personal corresponde a la madre, salvo que exista “maltrato, descuido u otra casusa calificada”¹⁹. La tramitación de este asunto fue bastante accidentada y

¹⁹ El artículo 225 del Código Civil, el cual dispone que: “Si los padres viven separados, a la madre

objeto de una amplia cobertura en la prensa nacional. El día 02 de mayo de 2003, el Juzgado de menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre, pero reconociendo que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal en la madre. En respuesta a dicha decisión, la señora Atala solicitó la inhibición del Juez de Menores de Villarrica por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, cuestión que fue acogida²⁰. Así las cosas, correspondió dictar sentencia a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica, la que rechazó la demanda de tuición, pues consideró que en base a la prueba existente, la orientación sexual de la madre no representaba un impedimento para realizar una maternidad responsable. Dicha sentencia fue confirmada el 30 de marzo de 2004 por la Corte de Apelaciones de Temuco, aunque con la inhabilitación de dos magistrados.

El 5 de abril de 2004, el padre de las niñas presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Chile, el que fue finalmente acogido, y en consecuencia, se concedió la tuición definitiva al padre. Cabe destacar que, el recurso de queja posee en Chile la naturaleza de un proceso disciplinario, que tiene por objeto sancionar conductas que signifiquen una infracción a los deberes funcionarios de los miembros del Poder Judicial. Sin embargo, en la especie la Corte Suprema incluyó en su razonamiento, fundamentalmente, consideraciones sobre el fondo, no acreditándose ninguna infracción de la señora Atala a las normas del Código Orgánico de Tribunales.

Paralelamente al juicio sobre tuición, el Poder Judicial abrió un procedimiento disciplinario en contra de la señora Atala. En el proceso se demostró que dicha investigación tenía una doble causa: en primer lugar, una denuncia efectuada ante la Corte de Apelaciones de Temuco

toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres". Es importante destacar que, actualmente se encuentra en la etapa final de su tramitación en el Congreso un proyecto de ley que tienen por objeto modificar la regla del art. 225 C.C. en el sentido de conceder iguales derechos a ambos padres en relación al cuidado personal de los hijos.

²⁰ "Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia"

en contra de la señora Atala por el uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal, y en segundo lugar, dos entrevistas aparecidas en la prensa, donde se daba a conocer a la opinión pública el contenido de la demanda de tuición, entablada por el señor López, en su contra. Sobre esto último también se pronunció la Corte Interamericana.

En síntesis, el fallo de dicho tribunal declaró que el Estado de Chile vulneró los siguientes derechos:

- El derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención, en relación con el art. 1.1., en contra de Karen Atala Riffo, y de las niñas, en este último caso también en relación con el artículo 19 de la Convención.
- El derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.
- Los establecidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas.
- El derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención, en perjuicio de las niñas.
- La garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala.

Al respecto, son dignas de mención, algunos de los fundamentos con las que la Corte justifica dichas conclusiones.

Igualdad y no discriminación

En relación al primero de los puntos dispositivos de la sentencia (art. 24 CIDH), es interesante el razonamiento de la Corte en cuanto a la carga de la prueba de la discriminación. En este punto, aunque la sentencia destaca que si bien los tribunales chilenos invocan el interés superior del niño para conceder la tuición definitiva al padre, no se probó en ningún momento que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, pues éstos no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectara de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos y estereotipados para adoptar la decisión²¹. Esta

²¹ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Chile, de fecha 31 de mayo de 2007, invoca en su razonamiento como razones relevantes la “eventual confusión de roles sexual” que sufrirían las

circunstancia se ve respaldada, a juicio de la Corte Interamericana, a través de una serie de informes periciales que acompañan los denunciantes, y que demuestran que no existe evidencia científica de que se afecte la integridad moral de un niño a consecuencia de la homosexualidad de los padres.

Otra cuestión que llama poderosamente la atención, es que la Corte concibe que en este caso se produce una especie de “comunicación de la discriminación” desde la madre a las hijas, pues considera que el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en éstas, pues señala que “dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma”. La verdad es que el punto es discutible, y en este sentido habría valido la pena una mayor fundamentación de esta conclusión. Lamentablemente, la Corte no la proporciona y considera suficiente la motivación ofrecida para determinar que también se vulnera el artículo 24 en perjuicio de las niñas.

Derecho a la vida privada y familiar

La Corte concluyó que la medida adoptada por los tribunales chilenos constituyó una medida inidónea para proteger el interés superior del niño, la que no solo lesionaba el derecho del art. 24 de la Convención, sino que también dicha medida constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 11.2 de la misma. En este sentido, la medida aparece como inadecuada y desproporcionada para cumplir dicho fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

La Corte también se atreve a pronunciarse sobre otra cuestión absolutamente relevante en el debate chileno sobre los derechos fundamentales: el concepto de familia, al declarar expresamente que el grupo conformado entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas habían constituido un grupo familiar, y por tanto son merecedores de la protección que entregan los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, pues existía “una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva”.

niñas, y en consecuencia, el eventual “riesgo para su desarrollo” que ello implicaría. Por otra parte, dicha sentencia tampoco se preocupa de fundar la decisión de por qué la situación del padre sería más ventajosa que la de la madre (cuestión que exige el Derecho chileno) para concederle el cuidado regular a las niñas.

Sobre el derecho a ser oído

La Corte Interamericana en este punto constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún, si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma.

Sobre el procedimiento disciplinario

Finalmente, el último de los reproches que la Corte Interamericana formula al Estado de Chile, trae causa en el procedimiento disciplinario incoado en contra de la señora Atala. Si bien dicha investigación encuentra su fundamento legal en los artículos 544, 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales, al ser uno de los propósitos de la investigación indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala sobre la base de información publicada en la prensa, dicha medida vulnera los artículos 24, 11 y 8.1 de la Convención.

3. DERECHOS HUMANOS EN LA ERA POST PINOCHET: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE PROGRESO

Sin duda alguna, la incorporación de Chile al Sistema Interamericano ha significado un importante motor de progreso en cuestiones que resultan vitales en la construcción de un Estado de Derecho vigoroso. Si hiciéramos el ejercicio de enumerar, así a simple vista, podríamos mencionar: el fin de la censura cinematográfica y la libertad de creación artística y científica, la Ley N° 20.285 y toda la institucionalidad sobre acceso a la información

pública, el fin de la figura del secuestro permanente para someter a proceso a los responsables de desapariciones forzosas durante la dictadura, o la aprobación de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, de algún u otro modo, son consecuencia de los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano.

Vistas las cosas desde el punto de vista del cumplimiento de los fallos, hasta el momento la Corte solo ha declarado totalmente cerrados los casos de la Última Tentación de Cristo y Claude vs. Chile y parcialmente cerrados Palamara y Almonacid. Sin embargo, es en materia de recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde Chile actualmente presenta una gran deuda que cumplir. Al respecto, ha sido la misma Corte en la sentencia Atala que se ha pronunciado expresamente sobre este asunto, al señalar que: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, 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”²²

Pues bien, hasta la fecha resulta claro que el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales chilenos es prácticamente inexistente. Esto es importante, dadas sus limitadas posibilidades de actuación, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, necesitan contar con la colaboración de los tribunales nacionales para maximizar el efecto de sus resoluciones. En este proceso deberían jugar un rol preponderante aquellos tribunales que realizan control de constitucionalidad. Sin duda, sería interesante estudiar cuáles son las casusas de este fenómeno, pero al menos en el caso chileno los números son claros: el diálogo con el Sistema Interamericano no se ha producido.

Así las cosas, en toda la historia del tribunal Constitucional chileno hay solamente dos sentencias que utilizan elementos del sistema interamericano para justificar una decisión. La primera es la recordada 740-08, más

²² Cfr. Caso Atala Riffo Vs. Chile. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 233, párr. 282.

conocida como píldora I, donde el Tribunal Constitucional chileno para justificar la inconstitucionalidad de la denominada “píldora del día después”, cita el artículo 4.1 de la Convención Interamericana con el objeto de argumentar que ésta prohíbe toda forma de aborto. No obstante la Corte Interamericana no se ha pronunciado al respecto, sí lo ha hecho la Comisión Interamericana en la Resolución N° 23/81 (más conocido como asunto “Baby Boy”) de 06 de marzo de dicho año, donde paradójicamente llega a la conclusión contraria. La otra sentencia es la 1732 – 10 en la que se resolvió una acción de inaplicabilidad en contra del art. 10 h) de la Ley N° 20.285 (más conocida como ley de transparencia). A pesar de que el antecedente directo es la sentencia de la Corte Interamericana Claude Reyes v. Reyes, la referencia que se hace en el considerando 14 es formulada simplemente a modo de *obiter dictum*.

Sí hay un grupo levemente mayor de citas en los votos particulares. En este sentido, existen las siguientes menciones en votos disidentes: Rol 2231-12 (Ley antidiscriminación), Rol 1798-10 (daño moral en delito de injurias), Rol 2152-11 (Inscripción electoral automática), Rol 2230-12 (medidas alternativas a las penas privativas de libertad), Rol 1683-10, ley que tipifica el delito de sodomía (voto particular, considerando 18), Rol 2153-10 acción de inaplicabilidad en contra del art. 5 de la Ley N° 20.285.

A modo de palabras finales, es importante destacar que Chile es un país que sistemáticamente ha ido sumando esfuerzos por ir elevando sus estándares en materia de derechos humanos. El camino ha sido largo y duro. Al día de hoy, el país sigue regido en lo esencial por una Constitución que es el legado de la dictadura. Sin embargo, conjuntamente con el impulso que ha significado el escrutinio de la Corte Interamericana, también se han dado importantes pasos en el plano interno: tal vez el más significativo ha sido la institucionalización de la promoción y protección de los derechos humanos a través de la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Con este paso, su reconocimiento, promoción y protección ha dejado de ser una cuestión de izquierdas o derechas y ha pasado a formar parte de una política de Estado. Desde luego, esto no quiere decir que no vendrán más sentencias de la Corte Interamericana, pero sí ello permite aumentar significativamente las posibilidades de prevención y reparación interna, y lo que es más importante, sin duda será fundamental para el fortalecimiento de una cultura de respeto por los derechos humanos.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Atria, F., "Participación y alienación política", en Fuentes, C., *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Ediciones Böll Cono Sur, Santiago, pp. 163-190.
- Cazor, K. y Bordalí, A., "La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980. Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol.13, 2002, pp. 255-263.
- Cumplido, F., "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma doctrinaria y jurisprudencia", en *Ius et Praxis*, vol.9, núm. 1, 2003, pp. 365-374.
- Godoy, O., "La transición a la democracia: pactada", en *Estudios Públicos*, núm. 74, 1999, pp. 79-106.
- Gómez, G., *Recurso de protección y derechos fundamentales*, Ediciones Diego Portales, Santiago, 2003
- Henríquez, L., "improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1, 2007, pp. 119-126.
- Nogueira, H., "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm.1, 2003, [versión electrónica]
- Paredes, F., "Chile: democracia, instituciones y participación", en Alberti, G. y Villena, J. (coords.), *Movimientos e instituciones y la calidad de la democracia en América Latina y Europa*, Editorial Octaedro, Barcelona, 2013, en prensa.
- Peña, M., "Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional", en *Estudios Constitucionales*, vol. 1., 2003, pp. 593-611.

5. JURISPRUDENCIA Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

- Tribunal Constitucional de Chile rol 346, de 8 de abril de 2002.
- Tribunal Constitucional de Chile rol 740, de 18 abril de 2008.
- Tribunal Constitucional de Chile rol 1288, de 25 de agosto de 2008.
- Tribunal Constitucional de Chile rol 1732, de 21 de junio de 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.34 doc. 21, de fecha 25 octubre 1974.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.37 doc. 19 corr. 1, de fecha 28 junio 1976.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.40 Doc.

10, de fecha 11 de febrero de 1977.

Comisión Interamericana de derechos Humanos, Resolución N° 23 de fecha 06 de marzo de 1981.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005 (fondo reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

16

EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA

Aida Torres Pérez
Universidad Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es exponer y reflexionar sobre el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en España, en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹.

En Europa, existen como mínimo tres esferas de protección de derechos que se superponen parcialmente, a nivel nacional, supranacional e internacional-regional. En cada una de ellas, existe una declaración de derechos vinculante y un tribunal con el poder último de interpretación. Además, concurren otros instrumentos de protección internacional ratificados por España en el marco de la ONU, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, o la Convención sobre los Derechos de los Niños.

En primer lugar, se analizará la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento español y su relación con las fuentes de derecho interno. En segundo lugar, se expondrán y examinarán críticamente los mecanismos para la resolución de conflictos entre las fuentes internas y las externas. En tercer lugar, se centrará la atención en el impacto del TEDH en el ordenamiento interno. Por último, se concluirá con una reflexión desde la perspectiva de la protección multinivel de los derechos.

¹ PÉREZ TREMP, P., "La experiencia española de aplicación de las "cartas" europeas de derechos humanos por el tribunal constitucional", en SAIZ ARNAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México, 2012.

2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

2.1. La incorporación de las fuentes internacionales

La Constitución española no se refiere de forma expresa a las fuentes de derecho internacional general reconocidas internamente. En general, la doctrina iusinternacionalista entiende que ante la ausencia de la recepción formal del derecho internacional general, existe una norma tácita de adopción automática de las normas consuetudinarias en el ordenamiento jurídico interno².

Por otro lado, la Constitución regula la recepción del derecho internacional convencional. De acuerdo con el artículo 96.1 CE, los tratados internacionales válidamente celebrados formarán parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en España.

Por lo tanto, no es necesario adoptar ninguna norma que expresamente incorpore los tratados internacionales en el ordenamiento interno. Desde esta perspectiva, el sistema español es monista. No obstante, se trata de un monismo "moderado", ya que se exige la publicación oficial del tratado en España para que despliegue sus efectos en el ordenamiento jurídico interno³.

La publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) es condición imprescindible para la eficacia interna del Tratado, pero no tiene valor constitutivo. La publicación en el BOE tiene por finalidad garantizar el principio de seguridad jurídica, pero no existe discrecionalidad para el Estado, como en un sistema dualista. La publicación en el BOE es la consecuencia obligada de la celebración del Tratado.

La Constitución distingue tres tipos de tratados según la intervención de las Cortes Generales durante el proceso de ratificación: aprobación a través de ley orgánica (art. 93 CE); previa autorización de las Cortes Generales (art. 94.1 CE); información a las Cortes (art. 94.2 CE).

² DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 219-220.

³ *Ibid.* pp. 221-222

2.2. Relaciones entre tratados internacionales y fuentes del derecho internas

La posición de los tratados internacionales en el ordenamiento interno no es una cuestión pacífica⁴. En general, desde la perspectiva constitucional, se considera que los tratados tienen una posición de infraconstitucionalidad y supralegalidad, aunque ninguna disposición constitucional lo establezca de forma expresa.

2.2.1. *Tratados y Constitución*

La posición infraconstitucional de los tratados se deriva de la cláusula que establece que la “celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional” (art. 95.1 CE). En otras palabras, si un tratado internacional contiene cláusulas incompatibles con la Constitución, sólo se permitirá la ratificación previa reforma de la Constitución, para garantizar la compatibilidad entre ambos textos.

Mientras que los constitucionalistas tienden a interpretar que esta cláusula confirma la supremacía de la Constitución, los internacionalistas sostienen justo lo contrario⁵.

Por otro lado, se ha previsto la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales después de su ratificación por parte del Tribunal Constitucional (ver *infra*). La sujeción al control de constitucionalidad contribuiría a sostener la naturaleza infraconstitucional de los tratados.

2.2.2. *Tratados y normas con rango de ley*

En el ordenamiento jurídico español se considera que los tratados ocupan una posición de supralegalidad. El fundamento de la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico interno se encuentra en el artículo 96.1 CE, cuando establece que las disposiciones de 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”.

Por consiguiente, en caso de contradicción entre una ley ordinaria y un tratado, no puede considerarse que la ley haya modificado el tratado, ya que éste sólo puede ser modificado de acuerdo con lo establecido en

⁴ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁵ *Ibid.* pp. 101-118.

el propio tratado o el derecho internacional general. Por lo tanto, en caso de conflicto deberá inaplicarse la ley y aplicarse el tratado.

La relación entre tratado y ley no es de jerarquía en sentido puro, ya que el respeto de los tratados no es condición de validez de las leyes internas. La relación que se establece es desde la perspectiva de la eficacia. En caso de contradicción, prevalece el tratado y la ley deberá ser inaplicada, pero no se anula, ni es expulsada del ordenamiento jurídico.

3. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTIZAN EL RESPETO AL SISTEMA DE FUENTES

3.1. Control de constitucionalidad de los tratados

En España se prevé el control de constitucionalidad de los Tratados internacionales *a priori* y *a posteriori*, según si el control se realiza antes o después de la ratificación.

3.1.1. Control previo

El control previo está previsto en el artículo 95.2 CE, que establece que el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al TC para que declare si existe o no contradicción entre un tratado internacional y la Constitución. El artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) regula el procedimiento y concreta que el control podrá establecerse en relación con "las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado" (78.1 LOTC).

Pese a algunas dudas iniciales sobre la naturaleza de este control, se considera que forma parte de la función jurisdiccional del TC. La decisión del TC, que recibe la denominación de "declaración", no es una opinión consultiva o dictamen, sino que tiene fuerza vinculante (art. 78.2 LOTC). No obstante, los efectos son distintos de los del control de constitucionalidad de las leyes. En caso de declarar la contradicción entre la Constitución y el texto del tratado, para poder ratificar el tratado deberá reformarse la Constitución (art. 95.1 CE).

Este procedimiento se ha utilizado únicamente en dos ocasiones. La primera vez, el TC se pronunció sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. En la Declaración 1/1992, de 1 de julio, el TC declaró que el artículo 83.1 TCEE era incompatible con el artículo 13.2 CE. Mientras que el Tratado de la CEE reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo de

los ciudadanos europeos en las elecciones municipales en su país de residencia, el artículo 13.2 CE sólo contemplaba la posibilidad de reconocer a extranjeros el derecho de sufragio activo, pero no el pasivo. Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad se instó la reforma del artículo 13.2 CE.

La segunda vez se sometió al TC el Tratado por el que establecía una Constitución para Europa. El TC confirmó su constitucionalidad, con la célebre distinción entre la supremacía de la Constitución y la primacía del derecho de la UE (DTC 1/2004, de 13 de diciembre). Sin embargo, el proceso de ratificación fracasó después de los referéndums negativos en Francia y Holanda.

3.1.1. Control a posteriori

Aunque la Constitución no lo prevé, la LOTC contempla el control de constitucionalidad de los tratados internacionales después de su ratificación. Entre las normas que pueden ser objeto de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, el artículo 27.2 LOTC incluye expresamente los tratados internacionales. Por lo tanto, un tratado podría ser objeto tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad no podría ir acompañada de la nulidad, ya que el TC no es competente para decidir sobre la validez de tratados internacionales. La nulidad de un tratado no puede ser decidida unilateralmente por una de las partes. La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad sería la inaplicabilidad del tratado en España, con el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.

En la STC 38/2007, el TC confirmó la idoneidad de las normas de un tratado para constituirse en objeto de un proceso de control de constitucionalidad, que en ese caso eran determinados preceptos de los Acuerdos con la Santa Sede⁶. Sobre los efectos del control, el TC estableció que: “la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE)”⁷.

⁶ Artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979.

⁷ STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3.

3.2. Control de convencionalidad de la ley

En general, el control de convencionalidad de las leyes está atribuido a los jueces y tribunales ordinarios, aunque no es habitual su ejercicio. Como se indicó con anterioridad, los tratados ocupan una posición de supralegalidad, y por lo tanto en caso de contradicción con una ley, deberá prevalecer el tratado internacional (art. 96.1 CE).

El control descentralizado por la jurisdicción ordinaria bajo el parámetro de tratados internacionales ha sido admitido por parte del TC, que considera que el conflicto entre tratado y ley es un problema sobre la selección de la norma aplicable, y que por lo tanto corresponde decidir a los jueces ordinarios⁸.

Por consiguiente, los jueces ordinarios podrían dejar de aplicar leyes contrarias al CEDH, sobre la base del artículo 96.1 CE, ya que el CEDH es también un tratado internacional.

Ahora bien, admitir el control de convencionalidad de la ley tomando como parámetro los tratados internacionales de derechos humanos está en tensión con un sistema de control concentrado de constitucionalidad y el papel del TC. El resultado sería que los tribunales ordinarios podrían inaplicar una ley por violación de un derecho reconocido en el CEDH, pero no podrían hacerlo en caso de violación del mismo derecho reconocido en la Constitución⁹. Además, si los tribunales ordinarios inaplicaran leyes contrarias a los derechos del Convenio, el monopolio del TC para el control de las leyes bajo el parámetro de los derechos fundamentales se vería mermado.

Por estos motivos, FERRERES sostiene que el TC debería reconsiderar su doctrina general para expresamente excluir la posibilidad de inaplicar leyes contrarias a los tratados de derechos humanos por parte de los tribunales ordinarios¹⁰. En la medida en que por efecto del artículo 10.2 CE, los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, si una ley interna pudiera entrar en contradicción con el CEDH, el juez ordinario debería plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

En España, la UE ha tenido un efecto revolucionario sobre el poder de los jueces ordinarios para el control de las leyes. A diferencia del

⁸ STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; STC 180/1993, de 31 de mayo.

⁹ FERRERES COMELLA, V., "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 2, 2004, pp. 461, 484.

TEDH, desde *Simmenthal*, el TJUE ha exigido que los tribunales internos inapliquen directamente las leyes internas incompatibles con el derecho de la UE. Por su lado, el TC ha sostenido que no es su función decidir sobre la compatibilidad entre el derecho interno y el europeo. El potencial conflicto no afecta a la constitucionalidad del derecho interno, y por lo tanto la selección de la norma aplicable corresponde a los jueces ordinarios¹¹. Citando *Simmenthal*, el TC reconoció que la primacía del derecho de la UE requería a los jueces ordinarios garantizar directamente la eficacia del derecho de la UE. Por lo tanto, el TC admitió el poder de los jueces ordinarios de inaplicar leyes contrarias al derecho de la UE¹², aunque con reticencias que parecen superadas¹³.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ha adquirido fuerza jurídica obligatoria (art. 6.1 TUE). Por consiguiente, en caso de contradicción entre una ley interna y un derecho de la Carta, los tribunales ordinarios podrían inaplicar la ley interna sobre la base de la primacía del derecho de la UE. Pero si los tribunales internos inaplican leyes por contraposición con la Carta, se socava la función del TC para el control de la legislación estatal bajo el parámetro de los derechos fundamentales (y su función interpretativa de los derechos), del mismo modo que si los tribunales ordinarios inaplicaran las leyes contrarias al CEDH.

Es cierto que el ámbito de aplicación de los derechos contenidos en la Carta es más limitado que los derechos del Convenio. De acuerdo con el artículo 51.1 Carta, los Estados sólo están vinculados por la Carta cuando implementen derecho de la UE. No obstante, la determinación del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE no está libre de controversia y se ha ido ampliando a lo largo del tiempo¹⁴.

¹⁰ FERRERES COMELLA, V., "El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo", en SAIZ ARNAIZ, A., & ZELAIÁ GARAGARZA, M. (eds.), *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñati, 2006, pp. 252- 3; FERRERES COMELLA, V., *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, New Haven, 2009, pp. 142- 53: "A decentralized system of judicial review of national laws under the European Convention on Human Rights is not a good idea. The value of legal certainty, as well as other considerations of a more democratic character, all press in favour of preserving the centralized model."

¹¹ STC 28/1991 de 14 de febrero, FFJJ 4-5.

¹² STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6.

¹³ SSTC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio; 78/2010, de 20 de octubre; STC 145/2012, de 2 de julio. ALONSO GARCÍA, R., "Spanish Constitutional Court. Judgment 58/2004, of 19 April 2004", *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005.

¹⁴ TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*,

Además, la opción de recentralizar el control en el TC es especialmente problemática en el caso de la UE, ya que atentaría directamente contra la eficacia del derecho europeo y la doctrina *Simmenthal*.

Por otro lado, la integración no puede justificar por sí misma la marginación de los tribunales constitucionales¹⁵. Estos tienen poco que decir sobre el derecho de la competencia, pero mucho sobre la libertad de expresión. De hecho, el TC parecía reclamar algún tipo de intervención en relación con los conflictos en la interpretación de los derechos en la DTC 1/2004.

En este escenario, se plantean un conjunto de cuestiones desde el punto de vista del diseño institucional y de la práctica judicial: ¿cuál es el rol de los tribunales constitucionales en el marco de la UE? ¿En qué medida debería preservarse su monopolio en el control de la ley bajo el parámetro de los derechos? ¿Cuál es el papel de los tribunales ordinarios? ¿Qué deben hacer cuándo una ley interna pueda entrar en contradicción con un derecho reconocido en la Constitución y en la Carta, especialmente si las interpretaciones son divergentes? ¿Inaplicar la ley directamente, elevar una cuestión de inconstitucionalidad, una cuestión prejudicial?¹⁶

En España, los tribunales ordinarios tienden a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en caso de dudas sobre la compatibilidad entre una ley interna y un derecho fundamental. No obstante, existen casos en los que deciden dirigirse al TJUE. Por ejemplo, en *Cordero Alonso*¹⁷, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León se enfrentaba a dos interpretaciones divergentes del principio de igualdad establecidas en casos anteriores por el TC y el TJUE en materia laboral. El TSJ optó por dirigirse al TJUE, que confirmó que los Estados están vinculados por la interpretación que de los derechos haga el TJUE, incluso si es distinta de la previa interpretación constitucional del mismo derecho, y que los tribunales nacionales deben inaplicar directamente cualquier norma interna

OUP, Oxford, 2009, pp. 13-26; EECKHOUT, P., "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, pp. 952-79.

¹⁵ TORRES PÉREZ, A., "The Challenges for Constitutional Courts as Guardians of Fundamental Rights in the European Union", en P. Popelier, A. Mazmanyán and W. Vandenbruwaene (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, 2013.

¹⁶ En algunos países, el legislador ha intervenido para dar respuesta al dilema al que se enfrentan los tribunales ordinarios, como en Francia o Bélgica; ALCOBERRO LLIVINA, C., "La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011.

¹⁷ STJUE *Cordero Alonso*, C-81/05, de 7 de septiembre de 2006.

incompatible con el derecho de la UE¹⁸.

La falta de criterios claros sobre cómo enfrentarse al solapamiento entre normas y derechos provenientes de distintos ordenamientos jurídicos se ha puesto de manifiesto en relación con la denominada euroorden, un mecanismo creado en el seno de la UE para la entrega de personas acusadas o condenadas por la comisión de un delito. El conflicto entre la ejecución de una euroorden y la interpretación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ha dado lugar a la primera cuestión prejudicial planteada por el TC ante el TJUE¹⁹.

4. EL IMPACTO DEL TEDH EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

4.1. La ejecución de las sentencias del TEDH

En virtud del artículo 46.1 CEDH, los Estados “se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”. Las sentencias del TEDH pueden tener básicamente dos contenidos: declaración de la violación de un derecho del Convenio y establecimiento de una indemnización (satisfacción equitativa).

En este segundo caso, la obligación es clara: el pago de la indemnización. No obstante, el pago no agota las obligaciones derivadas de la declaración de la vulneración de un derecho²⁰. Tal y como sostuvo el TEDH, una sentencia en la que se declare la violación de un derecho del CEDH impone al Estado la obligación de “poner fin a la violación y reparar el daño, de manera que se restituya en la medida de lo posible la situación existente antes de la violación del derecho”²¹.

De manera más precisa, en *Scozzari y Giunta*, de 13 de julio de 2000, la Gran Sala estableció que no era suficiente con el pago de la satisfacción equitativa, sino que el Estado también debía adoptar las medidas generales o individuales para poner fin a la violación del derecho

¹⁸ Puede interpretarse que *Melki* ha modulado *Simmenthal*. El TJUE admite que se plantee un proceso interno de control de constitucionalidad de la ley, siempre y cuando al final el tribunal ordinario tenga la facultad de inaplicar la ley por contradicción con el derecho de la UE, ver BOSSUYT, M & VERRIJDT, W., “The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment”, *European Constitutional Law Review* núm. 7, 2011.

¹⁹ ATC 86/2011, de 9 de junio, resuelta recientemente en STJUE *Melloni*, C-399/11, 26 de febrero de 2013.

²⁰ TORRES PÉREZ, A., ‘Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España’, *Revista española de Derecho europeo*, núm. 21, 2007, pp. 160-166.

²¹ STEDH *Papamichalopoulos c. Grecia*, 31 de octubre de 1995, par. 34.

y borrar, en la medida de lo posible, sus consecuencias²². Por lo tanto, el cumplimiento con una sentencia del TEDH puede requerir medidas individuales (reapertura de procesos, puesta en libertad), o generales (legislativas o judiciales).

Sin embargo, y a diferencia de la Corte Interamericana, al TEDH no le corresponde determinar en sus sentencias las medidas específicas que deben adoptar los Estados. La obligación de cumplimiento se caracteriza como una obligación de resultado²³. El Estado es libre de elegir los medios para cumplir con las obligaciones derivadas de la declaración de la vulneración del Convenio. En ocasiones, y excepcionalmente, el TEDH ha ido más allá, y en el fallo ha incluido la orden expresa de poner en libertad al demandante de forma inmediata, como en la reciente sentencia *Del Río Prada c. España*²⁴. El TEDH consideró que la aplicación retroactiva a un miembro de la banda terrorista ETA de la denominada “doctrina Parot” del TS, que computaba la redención de penas por trabajo sobre el total de la pena y no sobre los 30 años de condena máxima, vulneraba los artículos 5.1 y 7 CEDH, y que por lo tanto la recurrente debía ser puesta en libertad²⁵.

En España, mientras que el pago de la satisfacción equitativa no acostumbra a plantear problemas, la adopción de medidas individuales o generales ha generado mayores controversias.

En el contexto de las medidas individuales, el principal obstáculo a la ejecución de las sentencias del TEDH se plantea en relación con la reapertura de procesos terminados con sentencia firme. En ocasiones, la reparación del derecho violado sólo puede conseguirse a través de la reapertura de procesos fenecidos. No obstante, la legislación española no contempla la posibilidad de reapertura para dar cumplimiento a una sentencia del TEDH. Se ha rechazado que la sentencia del TEDH pueda ser considerada como un hecho nuevo a efectos del recurso de revisión.

²² STEDH *Scozzari y Giunta*, de 13 de julio de 2000: “el Estado demandado, como responsable de una violación de la Convención o de sus protocolos, viene llamado no solamente a abonar una satisfacción equitativa, sino también a elegir, bajo el control del Comité de Ministros, las medidas generales o, según el caso, individuales a adoptar en el orden jurídico interno a fin de poner término a la violación constatada por el Tribunal y de borrar en la medida de lo posible sus consecuencias”.

²³ POLAKIEWICZ, J., “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights”, en BLACKBURN, R., Y POLACKIEWICZ, J. (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, 2001

²⁴ *Assanizde c. Georgia*, de 8 de abril de 2004; *Del Río Prada c. España*, de 10 de julio de 2012.

²⁵ El gobierno ha declarado que no tenía intención de hacerlo, y que recurriría ante la Gran Sala, ver *El País*, 10 de julio de 2012.

Algunos han sugerido que podría utilizarse el incidente de nulidad de actuaciones para estos propósitos, de acuerdo con la redacción dada al artículo 241 LOPJ en la reforma de 2007²⁶.

Ante la falta de previsión legislativa y las dificultades para la ejecución de sentencias del TEDH cuando la vulneración del derecho trae causa en una sentencia judicial firme, en determinadas circunstancias, y con carácter excepcional, el TC ha admitido la utilización del recurso de amparo como cauce para dar eficacia interna a las sentencias del TEDH sobre la base de la doctrina de la “violación actual” de un derecho fundamental²⁷.

Esta doctrina fue elaborada por la STC 245/1991, el denominado caso *Bultó*. Para que el TC anule una sentencia de instancia en orden a dar eficacia interna a una sentencia del TEDH es necesario que pervivan los efectos derivados de la vulneración del derecho. No obstante, el alcance de esta doctrina es limitado. En la práctica, el TC la ha circunscrito a los casos en los que existe una condena a la privación de libertad pendiente de cumplimiento²⁸.

El Comité de Ministros, que tiene como función velar por la ejecución de las sentencias del TEDH, en una Recomendación del 2000²⁹, sostenía que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 46 CEDH requiere tomar medidas, a parte de la satisfacción equitativa, que aseguren que la persona que ha sufrido la vulneración de un derecho sea puesta en la situación previa a la violación del Convenio, en la medida de lo posible. Por consiguiente, se exhorta a los Estados a garantizar que en el ordenamiento interno existan “posibilidades adecuadas para conseguir, en la medida de lo posible, la *restitutio in integrum*”, incluida la reapertura de procesos, en los países en los que no se contempla tal posibilidad.

Tanto la doctrina especializada, como el propio TC, han reclamado al legislador la regulación de la reapertura. El Consejo de Estado, en un

²⁶ LO 6/2007, de 24 de mayo, Artículo 241.1: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

²⁷ TORRES PÉREZ, “Fuentes Bobo...”, pp. 160-166 (2007).

²⁸ Ibid. 164-165.

²⁹ *Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, January 19, 2000.*

Informe de 2008, proponía la creación de un mecanismo específico ante el TS para la reapertura de procesos a través de una reforma legislativa³⁰, aunque también parecía limitarlo a supuestos de privación de libertad.

En relación con medidas generales de ejecución, en ocasiones las sentencias del TEDH han propiciado reformas legislativas, aunque no es habitual. Por ejemplo, después de *Pérez de Rada Cavanilles c. España*, de 28 de octubre de 1998, que declaró la violación del derecho de acceso a la justicia (art. 6 CEDH), se reformó en el 2000 la Ley de Enjuiciamiento Civil. En *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993, el TEDH declaró vulnerado el derecho a un juicio justo porque los individuos no tenían la posibilidad de realizar alegaciones ante el TC en el curso de una cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, no fue hasta el año 2007, 14 años después, que se reformó la LOTC para proporcionar a los individuos la posibilidad de participar en este tipo de procesos ante el TC.

4.2. La incorporación de la jurisprudencia del TEDH

La incorporación de la jurisprudencia del TEDH a la jurisprudencia interna se ha visto favorecida en España por el artículo 10.2 CE. De acuerdo con este artículo, los derechos reconocidos por la Constitución “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Tal como se ha sostenido, esta es una cláusula de apertura de la Constitución al derecho internacional de los derechos humanos³¹. El parámetro interpretativo incluye de manera amplia los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. El TC también confirmó la inclusión en este parámetro de los derechos fundamentales de la UE, incluso antes de que la Carta fuera elaborada y adquiriera fuerza jurídica obligatoria³².

Sin lugar a dudas, el principal referente en la jurisprudencia del TC ha sido el CEDH. El TC no sólo ha citado el CEDH, sino también la jurisprudencia del TEDH, aunque esta cláusula no hace referencia a la jurisprudencia de tribunales internacionales. Como indica SAIZ ARNAIZ, el artículo 10.2

³⁰ Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, 14 de febrero de 2008, p. 316.

³¹ SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.

³² STC 28/1991, de 15 de febrero, FJ 5.

“hace (sólo) posible la recepción de aquella jurisprudencia”³³ y enfatiza la referencia frecuente a sentencias del TEDH por parte del TC. En efecto, se ha afirmado que “la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha alcanzado en España valor interpretativo directo de la propia Constitución”³⁴. Aunque la naturaleza vinculante de la jurisprudencia del TEDH es una cuestión debatida, la tendencia es asumir que debe ser seguida por los tribunales internos³⁵.

Existen distintas razones para respetar la jurisprudencia del TEDH: como intérprete supremo del CEDH, el seguimiento de la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de los derechos evitará futuras violaciones. El TC sostuvo que, de conformidad con el artículo 10.2 CE, la jurisprudencia del TEDH “ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”³⁶. También que la doctrina del TEDH “resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2”³⁷.

Generalmente, el TC se refiere al CEDH y la jurisprudencia del TEDH para reforzar la interpretación de un derecho alcanzada a través de otros argumentos (*ad abundantiam*). La cita del CEDH proporciona al TC un fundamento sólido para construir su autoridad en relación con la interpretación de los derechos frente a los tribunales ordinarios.

En ocasiones, el TC incorpora nuevos contenidos o criterios interpretativos tomados de la jurisprudencia del TEDH³⁸. Por ejemplo, el TC ha incorporado de la jurisprudencia del TEDH los criterios para apreciar cuándo la duración de un proceso es irrazonable en violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). El TC también ha tomado criterios elaborados por el TEDH para resolver el conflicto entre la libertad de expresión y la privacidad.

A la vez, también se han producido algunas resistencias a modificar la doctrina previa por parte del TC. Tal y como se ha dicho, “toda sentencia condenatoria del Tribunal Europeo implica en cierto modo, o puede al

³³ SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional*, op. cit., p. 156.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, citado en SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional*, op. cit., p. 156.

³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008; CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

³⁶ STC 303/1993, de 30 de noviembre, FJ 8.

³⁷ Ibid. FJ 8.

³⁸ QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos*, op. cit., pp. 217-59.

menos implicar, una desautorización del Tribunal Constitucional³⁹. Uno de los ejemplos clásicos es el de la contaminación ambiental. En *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, el TEDH declaró la violación del derecho al respeto de una vida privada y familiar (art. 8 CEDH) como consecuencia de la falta de actuación en una situación en la que la demandante sufría del ruido y humos procedentes de una planta de tratamiento de residuos. En una decisión posterior, el TC sostuvo una posición más laxa que la del TEDH sobre lo que constituye la violación del derecho a la vida privada y familiar en casos de contaminación ambiental. El TC citó expresamente a *López Ostra*, a la vez que sostuvo que el artículo 10.2 CE no requería una “incorporación mimética” de aquella decisión⁴⁰. El TC concluyó que no se había producido la violación de ningún derecho fundamental. Con posterioridad, la recurrente interpuso una demanda ante el TEDH, y España fue de nuevo condenada⁴¹.

5. CONCLUSIONES

La existencia de diversas esferas superpuestas en el ámbito de los derechos fundamentales exige revisar el sistema de fuentes y el rol del TC y los tribunales ordinarios en la interacción con tribunales internacionales y supranacionales para la interpretación de los derechos fundamentales. En España, la recepción del derecho internacional de los derechos humanos se ha visto facilitada por el artículo 10.2 CE. Las cuestiones más difíciles se plantean como consecuencia del impacto de la UE.

En lugar de intentar determinar qué tribunal ostenta la autoridad última, o que norma ocupa la posición jerárquica superior, los modelos pluralistas invitan a superar el principio jerárquico como criterio de ordenación. La existencia de una pluralidad de catálogos de derechos y tribunales, que colaboran y se controlan mutuamente podría propiciar una mejor protección de los derechos. Al final, los individuos son el motor del sistema, y acudirán ante los tribunales que proporcionen una mejor protección.

A la vez, ante el potencial para el conflicto como consecuencia de la ausencia de una autoridad última, es necesario enfatizar la búsqueda

³⁹ REQUEJO PAGÉS, J.L., “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991, Caso Bultó)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, p. 189.

⁴⁰ STC 119/2001, FJ 6.

⁴¹ STEDH *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004.

de formas de cooperación. El diálogo, como intercambio de argumentos, ofrece un modelo para la interacción entre tribunales en el proceso para la interpretación de los derechos fundamentales. El diálogo no ofrece un resultado interpretativo *ex ante*, sino que gestiona el conflicto a lo largo del tiempo en un proceso de constante acomodación mutua. Así, el diálogo judicial necesita ser entendido desde una perspectiva procedimental y diacrónica⁴². Al final, la interpretación de derechos fundamentales debería ser concebida como una actividad compartida. A través del diálogo tribunales internos y europeos pueden controlarse mutuamente y colaborar en el proceso de interpretación de derechos fundamentales que confluyen en su ámbito de aplicación.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Alcoberro Llivina, C., "La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011.
- Bossuyt, M & Verrijdt, W., "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment", *European Constitutional Law Review* núm. 7, 2011.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1996.
- EECKHOUT, P., "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002.
- FERRERES COMELLA, V., "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 2, 2004.
- FERRERES COMELLA, V., "El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo", en SAIZ ARNAIZ, A., & ZELAIA GARAGARZA, M. (eds.), *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñati, 2006.
- FERRERES COMELLA, V., *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, New Haven, 2009.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.

⁴² TORRES PÉREZ, *Conflicts of rights* op. cit., 181-183.

- PÉREZ TREMPES, P., "La experiencia española de aplicación de las "cartas" europeas de derechos humanos por el tribunal constitucional", en SAIZ ARNAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México, 2012.
- POLAKIEWICZ, J., "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights", en Blackburn, R., y Polackiewicz, J. (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, 2001.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991, Caso Bultó)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.
- TORRES PÉREZ, A., 'Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España', *Revista española de Derecho europeo*, núm. 21, 2007.
- TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009.
- TORRES PÉREZ, A., "The Challenges for Constitutional Courts as Guardians of Fundamental Rights in the European Union", en P. Popelier, A. Mazmanyan and W. Vandenbruwaene (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, 2013.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.es

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>

Tribunal de Justicia de la UE: www.curia.eu

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

8.1. Tribunal Constitucional

STC 49/1988, de 22 de marzo.

STC 28/1991 de 15 de febrero.

STC 245/1991, de 16 de diciembre.

Declaración 1/1992, de 1 de julio.

STC 180/1993, de 31 de mayo.

STC 303/1993, de 30 de noviembre.

DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

STC 58/2004, de 19 de abril.

STC 194/2006, de 19 de junio.

STC 38/2007, de 15 de febrero.

ATC 86/2011, de 9 de junio.

STC 78/2010, de 20 de octubre.

STC 145/2012, de 2 de julio.

8.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ruiz Mateos c. España, de 23 de junio de 1993.

López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994.

Papamichalopoulos c. Grecia, 31 de octubre de 1995.

Pérez de Rada Cavanilles c. España, de 28 de octubre de 1998.

Scozzari y Giunta, de 13 de julio de 2000.

Assanizde c. Georgia, de 8 de abril de 2004.

Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004.

Del Río Prada c. España, de 10 de julio de 2012.

17

RECEPCIÓN E IMPACTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN FRANCIA

Enzamaría Tramontana*
Universidad de Palermo (Italia)

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente estudio es describir y reflexionar sobre la recepción y el impacto de los tratados internacionales de derechos humanos en Francia. Con este fin, se analizarán, en primer lugar, los procedimientos de incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento francés y su relación con las fuentes de derecho interno; en segundo lugar, los mecanismos establecidos por la Constitución Francesa para la resolución de posibles conflictos entre los tratados internacionales y las fuentes internas; y finalmente, los canales de incorporación de la jurisprudencia pertinente en el orden interno de los organismos internacionales de control de los tratados.

En este marco, por su especial relevancia en Europa, se hará particular referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que Francia ratificó en 1974, y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹. Pero también se mencionarán otros importantes tratados internacionales de derechos humanos de los que Francia es parte, entre los cuales se encuentran el Pacto Internacional sobre Derechos

* La autora agradece a la Profesora Laurence Burgorgue-Larsen y la Doctora Diane Fromage por su valioso apoyo, y a todos los participantes al encuentro de la Red DHES celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima del 16 al 20 de julio 2012 por sus interesantes comentarios sobre el primer borrador de este capítulo. Cualquier error es responsabilidad exclusiva de la autora.

¹ BURGORGUE-LARSEN, L., "La France et la protection européenne des droits de l'homme", en *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2005, pp. 598-612. Sobre el Convenio europeo y el Tribunal de Estrasburgo, véase HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 2009; CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; SUDRE, F., et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2011.

Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

2. LAS RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

2.1. Tipo de fuentes externas que reconoce y admite la Constitución nacional

La Constitución Francesa de 1958 contiene una referencia muy limitada a las fuentes del derecho internacional. Hay mención expresa únicamente de los tratados internacionales, es decir de los convenios negociados y ratificados por el Presidente de la República en representación del Estado, y de los acuerdos internacionales, o sea de los convenios negociados por el Gobierno y no sujetos a ratificación por el Presidente de la República. A ellos está dedicado el Título VI de la Constitución, que se compone de 6 artículos, relacionados básicamente con su negociación y ratificación, con el control de constitucionalidad de los mismos, y con su estatus en el ordenamiento interno (art. 34 a 51-2).

A diferencia de otros textos constitucionales, no hay ninguna referencia específica a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Del Preámbulo, además, se desprende que la Carta Constitucional no toma como fuente inspiradora y de referencia para la definición de los derechos humanos en el orden interno a los más importantes instrumentos internacionales en materia, sino exclusivamente a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se declara, en efecto, que "[e]l pueblo Francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946".

2.2. Fórmula de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento interno

La incorporación de los tratados internacionales está regulada por el artículo 55 de la Constitución, que dispone que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados formarán parte del ordenamiento interno desde el momento de su publicación oficial dentro del País. De

esta disposición, resulta la adopción, por parte del Estado Francés, de una clara opción monista respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno: los tratados adquieren plena validez en el marco de este último de forma automática, por efecto de su publicación en el Diario Oficial, sin que sea necesario algún acto legislativo o administrativo de incorporación².

La publicación, sin embargo, es una condición necesaria aunque no suficiente para que las normas de un tratado o acuerdo internacional puedan ser aplicadas por los órganos judiciales internos. A este fin, se requieren tres condiciones: que de la norma se derive directamente un derecho o una pretensión solicitable ante un juez; que ella sea suficientemente clara y precisa para ser aplicada judicialmente, y que su ejecución no esté subordinada a una ulterior actividad normativa del Estado (lo que se suele definir como el carácter "self-executing" de una norma internacional)³.

A partir de los años ochenta, los órganos judiciales franceses han admitido la directa aplicabilidad de todas las disposiciones del CEDH (y de sus Protocolos n. 1, 4, 6 y 7), incluyendo el art. 13 del CEDH, que garantiza el derecho a un recurso efectivo en el marco de los órdenes internos⁴. La Corte de Casación, además, ha reconocido la aplicabilidad del Convenio a controversias de naturaleza interindividual. Es el caso, por ejemplo, del derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por su artículo 8⁵.

Al igual que a las normas del CEDH, se ha reconocido el carácter self-executing a todas las disposiciones del Pacto Internacional sobre

² Véase DUPUY, P. M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 392-393.

³ Véase SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, p. 197 ss; ALLAND, D., "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge", *Revue générale de droit international public*, 1998, pp. 203-244. Sobre la metodología utilizada por establecer la aplicabilidad directa por los jueces internos, v. ALLAND, D. "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge", *Revue générale de droit international public*, 1998, pp. 203-244 ; MATRINGE, J., "Commentaire des décisions du Conseil d'Etat du 9 nov. 2007 et du 11 janv. 2008", *Revue générale de droit international public*, 2008 p. 210 ss.

⁴ V., por ejemplo, CE, Ass., Belgacem et Babas, 19 avril 1991, *Revue Française de Droit Administratif*, 1991, p. 497 ss., con comm. de ABRAHAM, R. En relación con el art. 13, v. CE, Préfet de la Haute-Garonne c. M. Terzout-Yettou, n. 2154000, del 24 junio 2002; CE, Merkhantar, n. 241385, del 26 de febrero de 2003. V., en general, ABRAHAM, R., SUDRE F., "Rapports en le juge administratif et la CEDH", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1991, p. 275 ss., y 259 ss.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, Camuset c. Casino Guichard-Perrachon, 27 febrero 1991, Bull., III, n. 67, p. 39; Cass. Civ., OPAC de ville de Paris c. mme Mel Yedei, 6 marzo 1996. En doctrina, v. SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 208.

Derechos Civiles y Políticos⁶; a algunas disposiciones de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por ejemplo a su artículo 15, que dispone que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento⁷. En 2005, además, marcando un importante cambio jurisprudencial, y adecuándose a la posición anteriormente adoptada por el Consejo de Estado, la Corte de Casación ha admitido la aplicabilidad directa de algunas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular del artículo 3.1. que establece que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; y del artículo 12.2, de acuerdo con el cual "se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"⁸.

Por el contrario, en razón de su naturaleza programática y de la falta de voluntad de los Estados de crear derechos directamente alegables ante un juez, se ha excluido la directa aplicabilidad de las disposiciones del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹; del art. 4

⁶ Cass. Civ., 1^{re}, Association « Alma mater » c. Procureur de la République près le TGI de Paris, 13 diciembre 1989; CE, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, 21 diciembre 1990; CE, Section française de l'Observatoire international des prisons, 31 octubre 2008, *Revue Française de Droit Administratif*, 2009, p. 73 ss., con comm. de GUYOMAR, M.

⁷ CE, 2^e et 1^{ère} sous-sections-réunies, M^{me}, n. 228817, comm. en *Revue générale de droit international public*, 2002, pp. 459-463.

⁸ CC, Chambre civile, 18 mayo 2005, n. 02-20613; CC, Chambre civile I, 14 junio 2005, n. 04-16942, con comm. de P. J., *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 232 ss.; CE, Préfet de la Seine-Maritime, 29 julio 1994, *Revue Française de Droit Administratif*, 1994, p. 1219, con comm. de RUZIE, D.; Demirpence, 10 marzo de 1995, *Revue générale de droit international public*, 1995, p. 1013 ss., con comm. de ALLAND, D.; Mlle Cinar, 22 septiembre de 1997, *Revue Française de Droit Administratif*, 1998, p. 652, con comm. de ABRAHAM, R. Véase también, en doctrina, ENCINAS DE MUNAGORI, R., "Qu'est-ce qu'un texte directement applicable? A propos de la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant et de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, pp. 583-584; CHABERT, C., "L'applicabilité directe de la Convention de New York sur les droits de l'enfant: question en voie de réexamen?", *RRJ*, 1997, pp. 615-651.

⁹ CE, Rouquette, 5 marzo 1999, *Revue Française de Droit Administratif*, 1999, p. 357 ss., con comm. de MAUGUE, C.; CE, Annad, n. 170579, 26 enero 2000; CC, N. 03-10068, 25 enero 2005, *Annuaire français de droit international*, 2006, p. 767; CAA, Bordeaux, 22 diciembre 2009, n.

de la Carta Social Europea, según el cual, "[p]ara garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen (...) a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"¹⁰; o de la línea quinta del Preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que expresa "el deseo de que todos los Estados, reconociendo el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, hagan cuanto les sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantéz entre Estados"¹¹.

2.3. Relaciones entre las fuentes externas y las normas internas

En cuanto a las relaciones entre los convenios internacionales y la ley interna, el artículo 55 de la Constitución establece que: "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". Del artículo 55 se deriva, por lo tanto, que los tratados ocupan en el orden interno una posición de supralegalidad. En consecuencia, en caso de conflicto entre las normas de un tratado y una ley interna, sea esta anterior o posterior, deberá inaplicarse la ley y aplicarse el tratado.

Sobre este tema volveremos a tratar más adelante, en el apartado sobre el control de convencionalidad de la ley por parte de los jueces internos. Basta decir, por el momento, que la prevalencia de las reglas convencionales sobre la ley es admitida sin duda por los órganos judiciales internos, sea la ley anterior o posterior al tratado o acuerdo internacional¹².

Hay que precisar que la superioridad de los tratados sobre la legislación interna está subordinada por el artículo 55 a una condición de reciprocidad. Como ha aclarado el Consejo constitucional, la regla de la reciprocidad encuentra aplicación en los casos en los que existe una discordancia entre

09BX01939, *Annuaire français de droit international*, 2010, p. 868.

¹⁰ CE, *Ministre du Budget c. Mlle Valton et mlle Crépeaux*, 20 avril 1984; CA, *Bisiaux*, n. 249482, 2 avril 2004, *Annuaire français de droit international*, 2005, p. 2005.

¹¹ CE, *Gisti et autres*, n. 284706, 5 avril 2006, en *Annuaire français de droit international*, 2007, p. 850.

¹² COSTA J. P., TITIUN P., "Le Royaume-Uni, la France et la Convention européenne des droits de l'homme", en ENDENAS, M., DUNCAN, F., *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 363 ss., p. 366; SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 201.

una ley y las estipulaciones de un tratado, impidiendo la prevalencia de este último sobre la primera. No obstante, existe una importante excepción en el caso de los tratados sobre derechos humanos. En una famosa decisión de 1999 referente al Tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional, el Consejo Constitucional ha aclarado que dicha condición de reciprocidad no se aplica a los tratados de protección de los derechos humanos, debido a la consideración que tienen, su objeto, naturaleza y fines específicos¹³.

Pasando a considerar las relaciones entre la Constitución y los tratados y acuerdos internacionales, la doctrina y los órganos judiciales internos concuerdan en afirmar el rango infraconstitucional de los tratados. Según la doctrina pertinente, dicha conclusión se fundamenta en que los tratados y acuerdos internacionales derivan su autoridad en el orden interno de la Constitución¹⁴. Tanto el Consejo de Estado como la Corte de Casación, por su parte, han subrayado de manera constante la superioridad de la Constitución respecto de los tratados, y lo han hecho en base a una interpretación literal del artículo 55 de la misma Constitución, argumentado que la superioridad jerárquica de los tratados en el orden interno se aplica exclusivamente, por expresa disposición del texto de este artículo, a las relaciones entre tratados y leyes¹⁵.

Finalmente, ninguna particularidad caracteriza las relaciones entre la Carta Constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos: también a estos les viene reconocido, en el ordenamiento jurídico francés, valor infraconstitucional¹⁶. De ello se deriva, como se verá a continuación, la exclusión de los tratados internacionales de derechos humanos del bloque de constitucionalidad; así como también el rechazo de los tribunales superiores de realizar un control de convencionalidad de la Constitución, es decir, un control de la compatibilidad de las disposiciones constitucionales con las normas de un tratado o acuerdo internacional¹⁷.

¹³ CC 98-408 DC de 22 de enero de 1999, ver COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 192.

¹⁴ COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, p. 198.

¹⁵ CE, Sarran, Levacher et autres, 30 octubre 1998, *Revue de droit public*, 1999, p. 919 ss., con comm. de FLAUSS, J. F.; Cass. Ass. Plén, Fraisse, 2 junio 2000, *Revue de droit public*, 2000, p. 1037, con com. de PRETOT, X.

¹⁶ SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 199.

¹⁷ SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 200.

3. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTICEN EL RESPETO DEL SISTEMA DE FUENTES QUE DEFINE LA CONSTITUCIÓN

3.1. Control de constitucionalidad de los tratados

El procedimiento de control de constitucionalidad de los tratados viene instituido por el artículo 54 de la Constitución, según el cual "[s]i el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución". Es decir, si un tratado internacional contiene cláusulas incompatibles con la Constitución, sólo se permitirá la ratificación previa reforma de la Constitución. En aplicación del artículo 11 de la Constitución, además, el proyecto de ley que verse sobre la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones, podrá ser sometido a referéndum por el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno o a propuesta conjunta de las dos Cámaras.

El control de constitucionalidad de los tratados establecido por la Constitución Francesa se configura, por lo tanto, como un control facultativo y *a priori*. Su objetivo es evitar situaciones problemáticas de contraste entre el contenido de un tratado o acuerdo internacional, por un lado, y el de la Constitución, por el otro. Interviniendo antes de la ratificación de los tratados, y por lo tanto antes de que el Estado se comprometa definitivamente en el orden jurídico internacional, su previsión no contradice la opción monista operada por el Constituyente de 1958 y expresada en el ya mencionado artículo 55 de la Constitución¹⁸.

Un ejemplo relevante de control de constitucionalidad consiste en el procedimiento a través del cual, en 2005, el Consejo Constitucional ha sido llamado por el Presidente de la República a pronunciarse sobre la compatibilidad entre la Constitución y el Protocolo n. 13 al CEDH y el segundo Protocolo facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos relativos a la abolición de la pena de muerte. Como consecuencia de su decisión, la Constitución fue modificada mediante la introducción

¹⁸ DUPUY, P.M., *Droit international public*, p. 394.

de una nueva disposición que establece, de conformidad con el contenido del Protocolo al PIDCP, que "[n]adie podrá ser condenado a la pena de muerte" (art. 66.1)¹⁹.

3.2. Control de convencionalidad de la ley

El Consejo Constitucional, como ya se mencionó brevemente, ha aclarado que la supremacía de los tratados internacionales respecto a las leyes internas no confiere a los primeros valor constitucional.

Ello vale también, como hemos dicho, para los tratados de protección de los derechos humanos. Así se ha pronunciado el Consejo Constitucional en una famosa decisión de 1975, respondiendo a la cuestión de si las disposiciones de una ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo eran compatibles con la Constitución, en razón de su posible contradicción con el derecho a la vida consagrado por el artículo 2 CEDH²⁰. La exclusión del control de convencionalidad de la ley en el marco del control de constitucionalidad, según el Consejo, deriva: a) del texto del artículo 61 de la Constitución, que establece que, en el marco del control de constitucionalidad, el órgano se pronunciará sobre "la conformidad [de las leyes] con la Constitución"; y b) de la circunstancia que la superioridad del tratado sobre la ley tiene un carácter "relativo y contingente" (estando limitada al campo de aplicación del tratado mismo), mientras la superioridad de la Constitución sobre la ley tiene carácter "absoluto y definitivo"²¹.

La posición del Consejo Constitucional determina que sean únicamente las jurisdicciones administrativas y judiciales las que realicen el control de convencionalidad de las leyes. A éstas, en definitiva, se remite la tarea de garantizar la prevalencia de los tratados y acuerdos internacionales sobre las leyes de contenido contrario, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución, inaplicando las leyes contrarias a los mismos²². Al respecto, el Consejo ha subrayado, en 1986, como "il

¹⁹ CC, 13 octubre 2005, n. 2005-524/525 DC, *Annuaire français de droit international*, 2006, p. 778.

²⁰ CC, dec. n. 74-54 DC, del 15 de enero de 1975, *Actualité Juridique - Droit administratif*, 1975, p. 136 ss., con comm. de RIVERO, J. V., igualmente, dec. N. 77-83 DC, 20 julio 1977; dec. n. 86-216 DC del 3 septiembre 1986; dec. n. 99-416 DC del 23 julio 1999.

²¹ DUTHEILLET DE LAMOTHE O., "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité et Judicial Review: La mise en œuvre de La Convention Européenne des droits de l'homme en France et au Royaume-Uni", en ENDENAS, M., DUNCAN, F., *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 439 ss., p. 440-442.

²² SUDRE, F., "A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité", *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, Paris,

appartient aux divers organes d'Etat de veiller à l'application [des] conventions internationales dans la cadre de leur compétences respectives"²³.

Tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado han aceptado su competencia para controlar la conformidad de las normas internas con las disposiciones de los convenios internacionales de los que Francia es parte. Cabe destacar, sin embargo, que mientras que la Corte de Casación, con base en el artículo 55, había reconocido la prevalencia de los tratados sobre las leyes internas contrarias, sean estas últimas anteriores o posteriores a los primeros, el Consejo de Estado ha esperado hasta 1989, en el famoso caso *Nicolo*, para afirmar que una ley nacional posterior no puede obstaculizar la aplicación de un convenio internacional. Anteriormente se había declarado incompetente para resolver el conflicto entre un tratado y una ley posterior al mismo²⁴.

La solución de la prevalencia de las reglas convencionales sobre las leyes nacionales, sean estas anteriores o posteriores a las primeras, vale obviamente también para los tratados sobre derechos humanos, y ha sido aplicada a menudo tanto en relación al CEDH como al PIDCP²⁵. En 1990, por ejemplo, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la legislación nacional sobre la interrupción del embarazo con el CEDH, concluyendo que no existe incompatibilidad²⁶. En cuanto a la Corte de Casación, pueden mencionarse, a título ejemplificativo, la sentencia de 2001 en la que, revisando una orientación jurisprudencial anterior, la Corte ha considerado las disposiciones de una ley nacional sobre sondeos electorales contradictorias con el artículo 10 CEDH, que garantiza la libertad de recibir o de comunicar informaciones, con la consecuencia de inducir al legislador a modificar la ley en cuestión²⁷.

2004, pp. 207-224.

²³ CC, dec. del 3 septiembre 1986, en Rec., p. 135 ss. Igualmente, en 1993, el Consejo ha subrallado que "il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller dans la cadre de leurs compétences respectives à l'application des conventions internationales dès lors que celles-ci restent en vigueur", dec. del 20 julio 1993, en Rec., p. 106 ss.

²⁴ CE, *Nicolo*, 20 octubre 1989, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1989, p. 771 ss., con comm. de Frydman, J. V. también Mlle Deprez et Mlle Maillard, 2 enero 2005, *Revue française de droit administratif*, 2005, p. 56 con comm. de BONNET.

²⁵ V., por ejemplo, CE, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, *Actualité Juridique - Droit administratif*, 1991, p. 158 ss., con comm. de C. M., F. D., Y. A.

²⁶ CE, Ass. 21 diciembre 1999, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, Rec. p. 369, *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 1065 ss., con comm. de STIRN.

²⁷ V. Cass., SA Banque internationale pour le commerce et l'industrie de la Guinée c. SARL Greogori international, n. 00-21.591, del 8 de julio de 2003, *Annuaire français de droit international*, 2004,

En relación con el Convenio Europeo, además, es interesante destacar que con frecuencia los jueces toman en consideración, en el marco del control de convencionalidad de las leyes internas, no sólo las normas del CEDH, sino también la interpretación que de las mismas realiza el Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, diferentes jurisdicciones ordinarias han descartado la aplicación de las leyes de convalidación, o sea de las leyes que "pretendan eliminar o enervar los efectos prácticos de una declaración de ilegalidad ya recaída o por venir sobre una actuación administrativa previa"²⁸, por su contradicción con el artículo 6 CEDH, que garantiza el derecho a un proceso equitativo, de acuerdo con la interpretación del TEDH²⁹.

4. LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LAS CORTES INTERNACIONALES

4.1. La ejecución de las sentencias del TEDH por los tribunales nacionales, el legislador nacional y las administraciones públicas

En el ordenamiento francés no existen cauces procesales con el fin de ejecutar las sentencias del TEDH cuando éste declare que Francia ha violado el Convenio y/o sus Protocolos Adicionales. Todo radica en la voluntad del legislador y de los jueces.

El TEDH ha aclarado que una sentencia en la que se declare la violación de un derecho garantizado por el CEDH impone al Estado la obligación de poner fin a la violación y reparar el daño, de manera que se restituya en la medida de lo posible la situación existente antes de la violación. Además del pago de la indemnización, por lo tanto, y con el objetivo de poner fin a la violación del derecho y borrar, en la medida de lo posible, sus consecuencias, el cumplimiento con una sentencia puede requerir medidas individuales (reapertura de procesos, puesta en libertad), o generales (legislativas o jurisprudenciales) de reparación.

p. 887-888. Ver DUTHEILLET DE LAMOTHE O., "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité et Judicial Review: La mise en œuvre de La Convention Européenne des droits de l'homme en France et au Royaume-Uni", pp. 447-448.

²⁸ BOIX PALOP, A., "Las leyes de convalidación en el ordenamiento constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, pp. 157-186.

²⁹ C. Appel de Limoges, 13 marzo 2000, Polytechnique Saint-Damien c. CMSA Corrèze; CAA Nancy, Caisse primaire d'assurance maladie de Metz et Caisse régionale d'assurance vieillesse d'Alsace-moselle, 5 diciembre 2000, *Actualité Juridique - Droit administratif*, 2001, p. 278 ss., con comm. de

En cuanto a las medidas individuales, la legislación francesa contempla la posibilidad de la reapertura de procesos terminados con sentencia firme para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH que condenen a Francia por la violación del derecho a un proceso equitativo establecido por el artículo 6 del Convenio³⁰. En relación a medidas generales de ejecución, en ocasiones una sentencia del TEDH ha propiciado reformas legislativas. En julio de 1991, por ejemplo, después de la decisión del Tribunal en el caso *Kruslin et Huvig c. France*, se ha realizado una reforma legislativa para compatibilizar la Ley en materia de escuchas telefónicas con el Convenio. En diciembre de 2001, el legislador francés modificó el artículo 760 del Código Civil para eliminar su contradicción con el principio de no discriminación establecido por el CEDH, de conformidad con una sentencia de condena pronunciada un año antes contra el Gobierno Francés. En Noviembre de 2007, se ha realizado una modificación del Código Francés de inmigración y asilo, reconociendo a las personas que requieran asilo la posibilidad de apelar la decisión contraria ante un tribunal administrativo como consecuencia de una decisión del TEDH, que había condenado a Francia por vulneración de los artículos 3 (prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio.

4.2. La incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna: mecanismos y efectiva incorporación

No hay en la Constitución Francesa, a diferencia de otros textos constitucionales, una disposición que establezca la obligación de los órganos del Estado de interpretar los derechos reconocidos por la Constitución

ROUSSELLE, P. y *Revue Française de Droit Administratif*, 2001, p. 752 ss., con comm. de GILTARD, D. Ver también, por ejemplo, CE, GISTI, n. 243634, 7 febrero 2003, *Revue Française de Droit Administratif*, 2003, p. 982 ss.; CE, Société Laboratoires Genevrier, n. 257797, 23 junio 2004, *Annuaire français de droit international*, 2005, p. 785. Ver SANDRAS, C., "Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme", en *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 629-657.

³⁰ Artt. 626-1 à 626-7 C.P.P., Loi n. 2000-516 del 15 de junio de 2000, en vigor del 16 de junio de 2000. En doctrina, v. LAMBERT ABDELGAWAD, E., "Réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 715 ss.; ID., "La réouverture des procédures judiciaires internes suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, étude de droit comparé", en COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.F., LAMBERT ABDELGAWAD, E., *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Paris, 2006, pp.197-258.

de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos o con la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre derechos humanos.

Así, el Consejo Constitucional no acostumbra hacer referencia expresa, en el marco de sus decisiones, ni a las disposiciones del CEDH ni a la jurisprudencia del TEDH. Una excepción, al respecto, viene constituida por la decisión del 19 noviembre de 2004, en la que el Consejo se ha pronunciado, en el marco del artículo 54 de la Constitución, sobre la constitucionalidad del "Tratado que adopta una Constitución para Europa", y realiza una referencia explícita tanto al CEDH como a la jurisprudencia del TEDH. Por otro lado, debe reconocerse que la jurisprudencia europea ha ejercido una influencia (implícita) creciente sobre el trabajo del Consejo Constitucional, por ejemplo en tema de libertad de expresión o, más recientemente, de protección de la vida privada y familiar³¹.

También los tribunales ordinarios y administrativos han demostrado tradicionalmente una cierta resistencia a incorporar la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia interna³². Sólo a partir de los años noventa esta actitud parece haber cambiado. La Corte de Casación, por ejemplo, en 1992, después de la decisión del Tribunal de Estrasburgo en el caso *B. c. Francia*, ha revisado su tradicional jurisprudencia en materia de rectificación del estado civil de los transexuales; y en 2002, ha interpretado expresamente una norma interna de conformidad con los estándares del Convenio europeo³³.

Es en el marco del control de convencionalidad de las leyes internas, como se mencionó anteriormente, donde más a menudo los jueces toman en consideración no sólo las normas del CEDH, sino también la interpretación que de las mismas realiza el TEDH. Un ejemplo reciente se refiere a la decisión pronunciada por el Consejo de Estado, en 2005, sobre la compatibilidad con los artículos 9 y 14 del CEDH, que consagran respectivamente el derecho a manifestar la propia religión y el derecho a no sufrir discriminación, de una circular del Ministerio de Transportes, que requería una foto a cabeza descubierta para la concesión o la renovación

³¹ BURGORGUE-LARSEN, L., "La France et la protection européenne des droits de l'homme", p. 610; BURGORGUE-LARSEN, L., "L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, pp. 31-64, spéc. p. 208.

³² FOHRER E., *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, 1999.

³³ Cass. Civ. 1^{re}, Mlle X c. Mme Y et autres, 29 enero 2002.

del carnet de conducir. La respuesta negativa del órgano se ha basado en la decisión del TEDH en el caso *Suku Phull c. Francia*³⁴.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BURGORGUE-LARSEN, L., "L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, pp. 31-64.
- BURGORGUE-LARSEN, L., "La France et la protection européenne des droits de l'homme", en *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2005, pp. 598-612.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2008.
- DUPUY, P. M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000.
- SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.
- SUDRE, F., et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2011.

6. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Consejo Constitucional Francés: www.conseil-constitutionnel.fr
- Corte de Casación Francés: <http://www.courdecassation.fr>
- Consejo de Estado Francés: <http://www.conseil-etat.fr>
- TEDH: www.echr.coe.int/ECHR/homepage_fr

7. JURISPRUDENCIA BÁSICA

- CE, Belgacem et Babas, 19 april 1991 (directa aplicabilidad de las disposiciones del CEDH).
- Cass. Civ., OPAC de ville de Paris c. mme Mel Yedei, 6 marzo 1996 (aplicabilidad del CEDH a controversias de naturaleza interindividual).
- CE, Sarran, Levacher et autres, 30 ottobre 1998 (superioridad de la Constitución respecto a los tratados internacionales).
- CC, 13 octobre 2005, n. 2005-524/525 DC (control de constitucionalidad de tratados internacionales).
- CC, dec. n. 74-54 DC, del 15 de enero de 1975 (exclusión del control de convencionalidad de la ley en el marco del control de constitucionalidad).
- Cass., SA Banque internationale pour le commerce et l'industrie de la Guinée c. SARL Greogori international, 8 de julio de 2003 (control de convencionalidad de las leyes y prevalencia de los tratados sobre las leyes internas contrastantes).

³⁴ CE, Association United Sikhs et M. Singhara Mann Singh, n. 289946, 15 diciembre 2006, en *Annuaire français de droit international*, 2006, pp. 860-861.

18

LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ

Renata Bregaglio Lazarte*
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos en el Perú no se limita solo a la protección de los derechos fundamentales mencionados en la Constitución como en otros sistemas jurídicos. Gracias a su ordenamiento jurídico y a las decisiones de diversos tribunales, el catálogo de derechos se ha extendido abarcando también derechos reconocidos en diferentes tratados sobre derechos humanos y otros desarrollados por la jurisprudencia internacional. De esta manera, el Derecho internacional asume un papel importante en la defensa de los derechos humanos ya que potencia su garantía en el ámbito interno de un Estado¹. Se da pues el fenómeno que García Sayán ha bautizado como “viva interacción” de los tribunales internacionales y los tribunales internos². Así, los tribunales internos no solamente protegen los derechos reconocidos en los tratados sino que también acogen los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias dictadas por órganos internacionales de supervisión de derechos humanos.

El presente documento pretende dar cuenta de los mecanismos de inclusión de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano. Para ello se analizará en primer lugar las relaciones entre fuentes externas y la legislación nacional. A continuación

* Agradezco a Renato Constantino Caycho, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por el trabajo de investigación y revisión de este artículo.

¹ SALMÓN, E., “Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano”, en SALMÓN, E. (coord.), *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 147 – 149.

² GARCÍA-SAYÁN, D., “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en AA.VV. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

se revisará el procedimiento de cumplimiento de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos, para finalmente, hacer un breve repaso sobre aquellos casos en los que los operadores judiciales internos han acogido estándares y pronunciamientos de estos órganos internacionales.

2. LAS RELACIONES ENTRE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL PERUANA

La relación entre las fuentes de Derecho internacional y el Derecho interno es un tema de debate jurídico. Si bien dado el carácter compulsivo del Derecho Internacional es imposible que un Estado pueda acudir a su ordenamiento interno para eludir una obligación internacional, es necesario aclarar cómo la legislación interna adopta y cristaliza las obligaciones internacionales del Estado.

2.1. Tipo de fuentes externas que reconoce y admite el ordenamiento constitucional interno

El Estado peruano, a diferencia de otros ordenamientos, no ha previsto en su texto constitucional la incorporación de otras fuentes de Derecho internacional que no sean los tratados³. Con respecto al Derecho consuetudinario o los principios del Derecho internacional no existe consenso real sobre su aplicabilidad en sede interna. La única referencia en torno a fuentes externas es aquella prevista en el artículo 7 de la Ley 26647⁴ - "Ley que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano". De acuerdo con el primer párrafo de dicha norma, referente a la denuncia de tratados,

Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo **con las normas generales del derecho internacional** (el resaltado es nuestro).

³ La Constitución Peruana no cuenta con una formulación abierta sobre el Derecho internacional como sí tiene, por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991, que en su artículo 9 dispone "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

⁴ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de junio de 1996.

De acuerdo con un sector de la doctrina, en ausencia de regulación expresa esta disposición constituiría la única ventana normativa para la inclusión de fuentes externas, como la costumbre o los principios generales de Derecho internacional, en tanto no hay razón para distinguir entre fuentes del Derecho internacional⁵. No obstante, tal postura no es unánime en la doctrina e incluso ha sido rechazada a nivel de la judicatura constitucional⁶.

La jurisprudencia nacional tampoco permite definir una regla clara de incorporación de fuentes externas, diferentes a los tratados, al ordenamiento interno. El Tribunal Constitucional nunca ha hecho suya una norma consuetudinaria, y cuando se ha referido a principios de Derecho internacional, lo ha hecho con respecto a aquellos ya consagrados convencionalmente. De esta manera, con referencia al cumplimiento del Derecho internacional ha señalado que:

es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.º 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.⁷

No obstante, en donde sí es posible advertir un abordaje de fuentes internas y su directa incorporación al ordenamiento nacional, es en el caso de las normas imperativas de Derecho internacional, o normas de *ius cogens*. Un ejemplo claro de ello es la sentencia por demanda de

⁵ SALMÓN, E., "Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución" en *Pensamiento Constitucional*, Año 9. N°9. 2003, p. 174.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 2689-2004-AA/TC – Caso *EMERGIA S.A.C.* Voto concurrente del magistrado LANDA ARROYO. Párr. 9: "No obstante, no existe en nuestro ordenamiento constitucional una Ley que regule el ejercicio de la soberanía y jurisdicción en el dominio marítimo y su relación con las libertades de comunicación internacional. Más aún cuando el Estado peruano no se ha adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, por lo que su aplicación en nuestro ordenamiento interno no es vinculante y su manifestación no se realiza, por eso, sino más que como *soft law*; es decir, no existe todavía una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter obligatorio. Sin embargo, si bien en el ámbito del Derecho internacional público, la costumbre internacional puede generar responsabilidad internacional para aquellos Estados que no actuaron como objetores persistentes de la misma, el artículo 55 de la Constitución – que establece: "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"– no permite aplicar ahora, en el Derecho interno, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, mientras el Estado peruano no se haya adherido a ella."

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 2798-04-HC/TC – Caso *Vera Navarrete*. Párr. 8.

inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1097 – “Decreto Legislativo que regula las normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos” que establecía la prescripción de los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la firma de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. En dicha decisión, el Tribunal Constitucional señala con respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que:

debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de *ius cogens* derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza *erga omnes*, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano.⁸

De esta manera, queda evidenciado que es posible el ingreso automático de las normas de *ius cogens* al ordenamiento interno. No obstante, esta supuesta incorporación automática puede generar algunos inconvenientes al momento de aplicar dicha norma en sede nacional, vinculados con las dificultades para la identificación de estas normas. Dado que la consagración del carácter de *ius cogens* viene dado jurisprudencialmente, es posible que los operadores del Estado no estén familiarizados con la categorización de una norma como *ius cogens*, y por ello, simplemente hagan caso omiso a su cumplimiento.

2.2. Procedimiento de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento interno

Dado que el único procedimiento de incorporación de normas internacionales normado en el Perú es el referido a los tratados, a continuación se hará una descripción de dicho mecanismo.

Al analizar la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno, el primer elemento que debe tenerse en consideración es el sistema o mecanismo de ingreso de la norma internacional, en este caso los tratados, al ordenamiento interno. Es decir, la incorporación alude a la forma como los tratados ingresan al ordenamiento interno⁹. Sobre este punto, que debe ser regulado por el Derecho interno, existen tres posibilidades, sobre

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 0024-2010-AI. – Caso 25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo 1097. Párr. 62.

⁹ SALMÓN, E., “Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, año IX, N° 9, 2003, p. 151.

las cuales los Estados pueden optar al momento de legislar¹⁰:

- Que la incorporación se haga de manera directa, es decir, con la sola ratificación o adhesión del tratado por parte del Estado. Este sistema se denomina sistema monista o de recepción automática. Así, la tesis monista es aquella según la cual *“la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional”*¹¹. En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional se incorpora en el derecho interno de manera inmediata.
- Que la incorporación se haga luego de que el Estado haya adoptado una norma de Derecho interno que *“incorpore”* la norma internacional al ordenamiento nacional. Este acto de incorporación se denomina *“transformación legislativa”*. Este sistema se denomina sistema dualista o de recepción formal. Así, la tesis dualista es aquella según la cual el Derecho internacional no tiene validez directa en el Derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado a través de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. La tesis dualista, por tanto, parte de una concepción contraria, esto es, que el sistema internacional y el orden jurídico interno son ordenes jurídicos distintos y separados, por lo que se necesita un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado, para incorporar el derecho internacional al derecho interno, nacional o doméstico.
- Que no exista regulación expresa, por lo que habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es o no necesario llevar a cabo un acto formal de transformación legislativa¹².

¹⁰ Para un mayor desarrollo ver: Ver: NOVAK, F. y SALMON, E., *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima: IDEI / PUCP, 2002, pp. 105 - 110.

¹¹ SAGUES, N. P., *“Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno”*, en *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima: Coordinadora nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 88.

¹² NOVAK, F. y GARCIA-CORROCHANO, L., *Derecho internacional público. Tomo I: Introducción y Fuentes*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 326.

El Perú es un país que ha optado por el sistema monista. Esto se desprende del artículo 55 de la Constitución Política, que señala:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Esto implica que la norma internacional se recibe de manera automática en el ordenamiento jurídico interno, siendo, exigible al Estado su cumplimiento. En el mismo sentido, la ya mencionada Ley N° 26647 que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al Derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos.

Si bien la Ley N° 26647, establece en su artículo 4 que el texto de los tratados debe ser publicado en el Diario Oficial, esta publicación de ninguna manera condiciona la entrada en vigencia del tratado. Es decir, no se puede asumir que el tratado no ha entrado en vigencia para el Perú, porque no se ha publicado en el Diario Oficial¹³.

2.3. Relaciones entre las fuentes externas y las normas internas

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1993 las relaciones entre los tratados internacionales y la legislación nacional no fueron totalmente diáfanos. A diferencia de su antecesora, la Carta Magna vigente no define el rango de los tratados¹⁴.

La actual Constitución no menciona de manera directa el rango de los tratados a pesar de que sí destaca su pertenencia al Derecho interno a partir del mencionado artículo 55. Sobre esta ausencia de norma expresa, fueron dos las posibilidades planteadas por la doctrina: el rango constitucional de los tratados, y el rango legal de los mismos.

La primera postura se encontraba fundamentada en dos argumentos principales. El primero, la existencia del artículo 3 de la Constitución que

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 00021-2010-AI. *Caso 30 Congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú – China*. Párr. 22.

¹⁴ La Constitución Política de 1979 que sí establecía la prevalencia de los tratados sobre las leyes en su artículo 101, que disponía “–Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

establece que la enumeración de los derechos de la Constitución no excluye a otros que se funden en la dignidad del hombre, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho o la forma republicana de gobierno. Por ello, se entiende que es posible la inclusión de otros derechos que, por ejemplo, puedan estar consagrados en instrumentos internacionales. El segundo argumento, radicaba en el carácter hermenéutico en la Cuarta Disposición Final y Transitoria que señala lo siguiente:

Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

La segunda postura, que afirma el rango legal de los tratados, tiene su fundamento en el artículo 200-4 de la Constitución¹⁵, referida a la acción de inconstitucionalidad que procede contra normas con rango de ley que contravengan la Norma Suprema. De acuerdo con dicho artículo, entre las normas con rango de ley que pueden ser impugnadas se encuentran los tratados. En un contexto abiertamente antidemocrático y apuntando a incumplir los compromisos internacionales en materia, esta teoría alcanzó consagración en el Tribunal Constitucional de aquella época en la sentencia del caso *Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros*¹⁶.

Con posterioridad, en el año 2006, el Tribunal Constitucional zanjó esta discusión estableciendo el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, a partir de lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria. Así, en la sentencia del caso *Ninaquispe*, el Tribunal Constitucional determinó que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional de tercer grado. Así pues, si bien cuentan con valor constitucional, se encuentran por debajo de la Constitución y las leyes de reforma constitucional¹⁷.

¹⁵ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 200°.

Son garantías constitucionales:

¹⁴ La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 1277-99-AC/TC. *Caso Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros*. Párr. 7.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 0047-2004-AI – *Caso Ninaquispe*. Párr. 61.

Tal como puede observarse en el siguiente cuadro, de acuerdo con la argumentación del Tribunal, el resto de tratados tendrá rango legal.

**Rango de normas en el ordenamiento peruano
Pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso Ninaquispe**

Primera categoría	1er. grado: La Constitución.
	2do. grado: Leyes de reforma constitucional.
	3er. grado: Tratados de derechos humanos.
Segunda categoría	Las leyes y las normas con rango o de ley. Allí aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales, las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley. Y decretos ley.
Tercera categoría	Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.
Cuarta categoría	1er. grado: Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.).
	2do. y demás grados descendentes. Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico infrainstitucional.
Quinta categoría	Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.

Elaboración propia

No obstante, esta categorización, si bien otorga cierta claridad respecto al rango de las normas convencionales supranacionales, resulta imperfecta. Ello en atención a dos consideraciones.

En primer lugar, no existe claridad sobre qué es considerado un tratado de derechos humanos. Es así, que a través de diversas sentencias el Tribunal Constitucional ha integrado derechos que no se ubican en tratados explícitamente denominados como “tratados de derechos humanos”. Esto genera un problema pues no se ha expresado cuál es el criterio manejado por el Tribunal.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha utilizado los Convenios de Ginebra para argumentar un núcleo duro inderogable de ciertos derechos. En la sentencia del caso *Vera Navarrete*, la argumentación del Tribunal Constitucional incluye artículos de los Convenios de Ginebra así como

del Estatuto de Roma, instrumentos de Derecho internacional humanitario y de Derecho penal internacional. A pesar de que no son nominalmente tratados sobre derechos humanos el Tribunal los incluye en su argumentación señalando lo siguiente:

En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.

El Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.¹⁸

En esta decisión si bien el Tribunal Constitucional acierta al interpretar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de manera extensiva, incorporando bajo su alcance los convenios de Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional, falla al no poder justificar el por qué de dicha incorporación, evitando brindar criterios objetivos para categorizar un tratado de derechos humanos.

Esta ausencia de justificación contrasta con lo señalado por el mismo órgano en una sentencia del año 2010 referente a la prohibición de consumo de tabaco en espacios públicos. En aquella oportunidad el Tribunal señaló que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco se configuraba como un tratado de derechos humanos en tanto desarrollaba medidas para hacer efectivo el derecho a la salud¹⁹.

Finalmente, en una reciente sentencia sobre la inconstitucionalidad de ciertos tipos penales de delitos de corrupción, el Tribunal Constitucional, aunque no de manera expresa, ha equiparado el contenido de los tratados para la lucha contra la corrupción, y los fines de la represión penal de estos delitos, en la medida que resulta alineables al bloque de constitucionalidad. Así, el Tribunal sostuvo:

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC. 2798-04-HC/TC – *Caso Vera Navarrete*. Párr. 6 -7.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 00032-2010-PI/TC. *Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco*. Párr. 64-82.

La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, (...) persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”.

(...) este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39º de la Constitución que establece que “*los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...*”, subyace el principio de “*buena administración*”. A su vez, conforme al artículo 44º de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos. A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. (...).

A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución, así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (...).²⁰

No obstante el contexto de indeterminación, a partir de los tímidos desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, es posible tomar como marco referencial lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 2, en el sentido de que los tratados

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.STC. 00017-2011-PI/. Párr. 14-16.

de derechos humanos son aquellos orientados “más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”. En este sentido, los tratados de derechos humanos serán aquellos referidos a la protección de los derechos humanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, o de cuál sea su objeto principal²¹.

La segunda razón para cuestionar la clasificación formulada por el Tribunal Constitucional, tiene que ver con el hecho de que los debates internos sobre el rango de los tratados, se encuentran superados desde la perspectiva internacional. De acuerdo con el Derecho internacional, existe lo que se conoce como el principio de primacía del Derecho internacional. De acuerdo con dicho principio:

(…) la resolución de cualquier controversia internacional tendrá como criterio que ninguna disposición de Derecho interno justifica el incumplimiento de una norma internacional y que esta debe ser adecuadamente implementada por los Estados a fin de proceder a su cumplimiento.²²

Este principio se manifiesta en la norma consuetudinaria²³ consagrada en el artículo 27° de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados²⁴. De acuerdo con dicha norma:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Si bien este principio sólo es mandatorio en el ámbito del Derecho internacional (de acuerdo al Derecho interno los Estados tienen plena libertad para asignar jerarquía a las normas), la contrapartida a ello es que desde una perspectiva de responsabilidad internacional (generada por el incumplimiento de una norma internacional por parte de un Estado), no se tomará en consideración las disposiciones de Derecho interno, ya que en este ámbito primará el Derecho internacional²⁵.

Es así que, para que el Derecho internacional y el interno actúen

²¹ CORTE IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 24.

²² SALMÓN, E., *El Derecho internacional humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*, Palestra, Lima, 2007, p. 56.

²³ CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras*. Serie B, Nº 17, p. 32.

²⁴ Ratificado por el Perú el 14 de setiembre de 2000.

en armonía, las obligaciones internacionales adoptadas por un Estado no deberían ser eludidas por éste último invocando normas de Derecho interno. Ello genera que en caso de conflicto entre la norma internacional y la norma interna (incluso, una norma constitucional), deberá preferirse la norma contenida en el tratado.

3. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTICEN EL RESPETO AL SISTEMA DE FUENTES QUE DEFINE LA CONSTITUCIÓN

En el presente capítulo se analizará qué mecanismos ha establecido la normativa peruana para asegurar un efectivo respeto al sistema de fuentes determinado por la Constitución y precisado por el Tribunal Constitucional. Así, analizaremos los mecanismos jurisdiccionales existentes en el Perú: el control de constitucionalidad de los tratados y el control de convencionalidad de la normativa interna.

3.1. El control de constitucionalidad de los tratados

En el Perú no existe control previo de constitucionalidad, sino que este se da luego de la entrada en vigor a través de la interposición de una demanda de inconstitucionalidad regulada en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución²⁶. Es importante señalar que esta demanda sólo puede interponerse en relación con tratados que hayan entrado en vigor. Ello se sustenta en la inhibición del propio Tribunal de conocer acuerdos de promoción comercial que ya habían sido aprobados incluso por el Congreso pero que aún no habían entrado en vigencia.

En tal ocasión, el Tribunal Constitucional señaló:

Conforme al principio de interpretación de unidad de los artículos 200° inciso 4 y 55° de la Constitución, los tratados, en tanto normas susceptibles de ser controladas mediante el proceso de inconstitucionalidad, sólo lo serán cuando formen parte del Derecho nacional, es decir cuando sean tratados celebrados por el Estado y que se encuentren en vigor.²⁷

²⁵ SALMON, E., *El Derecho internacional humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*, op. cit., p. 58.

²⁶ Si bien la Constitución Política de 1993 establece su artículo 57 un sistema de ratificación que evita, o que al menos trata de salvar, las inconsistencias entre la Constitución y el tratado, no es posible calificar a dicho mecanismos como uno de control constitucional previo. Si fuera el caso que se diera una incompatibilidad (no advertida en el proceso de ratificación) entre la norma internacional y la norma constitucional, el operador de justicia, si no puede salvar la interpretación a través de la integración del bloque de constitucionalidad, deberá siempre preferir la norma internacional por sobre la norma nacional, incluso si está es la propia Constitución.

Es decir, a pesar de la aprobación del Congreso peruano, mientras la norma no se encuentre en vigor, no podrá ser discutida en los tribunales.

3.2. El control de convencionalidad de la ley

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el control de convencionalidad como el deber de los jueces nacionales de velar porque el efecto de los tratados Internacionales de derechos humanos que ha firmado un Estado no se vea mermado por la aplicación de una ley que resulte contraria a alguna disposición del Tratado²⁸.

En el Perú, con respecto a los procesos de tutela de derechos constitucionales, existe el deber de los jueces de interpretar los derechos de acuerdo a lo que han señalado los tribunales internacionales al respecto. Así, el Código Procesal Constitucional señala en el artículo V del Título Preliminar:

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Esta disposición ha sido aplicada en la mencionada sentencia de la demanda de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1097, referida a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. En ella el Tribunal Constitucional, haciendo suyos los pronunciamientos de la Corte Interamericana, reiteró que *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”*²⁹. Siguiendo tal criterio, declaró inconstitucional la disposición sobre la

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC. 00036-2007-PI/TC - *Caso 30 Congresistas de la República contra la Resolución Legislativa N.º 28766 de 28 de junio de 2006, que aprueba el “Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos*. Párr. 7. a. En el mismo sentido, STC 00021-2010-AI - *30 Congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú-China*.

²⁸ CORTE IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202; *Caso Boyce y otros v. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78; y *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124

prescripción de los delitos de lesa humanidad estableció que constituían una amnistía encubierta.

Para esto, en primer lugar estableció la vinculatoriedad de la imprescriptibilidad como norma de *ius cogens* para el ordenamiento jurídico peruano. En ese ejercicio, no solo se limitó a sentencias del ámbito interamericano sino que se refirió también a la sentencia *Dusko Tadic* del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia al momento de definir que incluso un solo asesinato podía configurar un crimen de lesa humanidad cuando “este hecho individual forme parte de una agresión generalizada o sistemática dirigida contra población civil”³⁰. Luego, estableció la vinculación de las normas de *ius cogens* para el ordenamiento peruano y, por ende, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. En ese orden de ideas, y siguiendo a la Corte Interamericana, estableció que “los Estados deben remover todos los obstáculos, de *facto* y de *jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes”³¹.

A pesar de ello, en la sentencia del caso Teodorico Bernabé, una de las salas del Tribunal Constitucional decidió no acoger un recurso de queja que solicitaba evitar que esta persona implicada en un caso de violación de derechos humanos saliera libre por cumplimiento del plazo prescriptorio de la acción³². Tal alejamiento de lo señalado por la Corte en el caso *Durand Ugarte vs. Perú* solo podría explicarse porque el caso se refiere la matanza del Penal de El Frontón (1986), en donde las responsabilidades políticas apuntarían Alan García Pérez, presidente al momento de la matanza y vuelto a elegir presidente al momento de la emisión de la sentencia (2008).

Adicionalmente, es necesario traer a colación la reciente sentencia de inconstitucionalidad del Caso *Fiscal de la Nación contra algunas disposiciones*

²⁹ CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Párr. 41.

³⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *The Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Caso N. ° IT-94-1-T, Opinión y Sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafo 649. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 0024-2010-AI – *Caso 25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo 1097*. Párr. 48

³¹ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 226. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC. 0024-2010-AI – *Caso 25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo 1097*. Párr.69

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 03173-2008-PHC/TC - *Caso Teodorico Bernabé Montoya*.

de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias). En tal sentencia, el Tribunal Constitucional utiliza el preámbulo y las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y determina que la inclusión del término “defraudación patrimonial” en el supuesto del tipo penal de colusión es contraria a lo señalado por ella. Así, la referida corte peruana señala:

Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para “Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.³³

Es posible, entonces, apreciar cómo el control de convencionalidad ha tenido un efecto determinante en la legislación nacional y en el establecimiento de límites para el legislador. Asimismo, se ve cómo la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional ha tomado elementos del Derecho internacional para justificar de manera más adecuada sus resoluciones.

4. LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LAS CORTES INTERNACIONALES

El Perú es el Estado con mayor número de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴. Ello, si bien demuestra la existencia de un fuerte movimiento de derechos humanos en la sociedad civil, genera ciertas tensiones entre el sistema interamericano y las estructuras de gobierno. Estas tensiones, sumadas a otros aspectos internos, han traído como consecuencia que el grado de ejecución de las decisiones de la Corte no sea el deseable. En este acápite analizaremos el procedimiento

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 00017-2011-PI/TC. *Caso Fiscal de la Nación contra Fiscal de la Nación, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias)*. Párr. 29.

³⁴ El Estado peruano ha sido demandado 26 veces ante la Corte IDH. Salvo en el Caso Cayara en que no hubo fallo sobre el fondo por una cuestión procesal, ha sido condenado en todos los casos presentados.

de ejecución de sentencias y apuntaremos algunos inconvenientes a nivel legislativo.

4.1. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana por los tribunales nacionales, el legislador nacional y las administraciones públicas

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen efectos vinculantes para aquellos Estados que han aceptado la jurisdicción contenciosa de este órgano³⁵. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte] IDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT [Cuarta Disposición Final y Transitoria] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte] IDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT [Cuarta Disposición Final y Transitoria] de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la C[orte] IDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.

³⁵ Perú aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21 de enero de 1981.

En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.³⁶

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal los poderes públicos deben respetar no solamente las sentencias que vinculan al Estado peruano sino toda decisión de la Corte Interamericana. Así, el Tribunal Constitucional se adelantó al estándar que luego establecería la Corte Interamericana en el caso *Gelman vs. Uruguay* con respecto a la obligación de todo poder público de respetar las decisiones de la Corte Interamericana³⁷.

Ahora bien, esta supuesta acogida formal de los pronunciamientos de la Corte dista mucho de lo que ocurre en la realidad. Siendo el cumplimiento parcial de las sentencias el denominador común en el ámbito interamericano³⁸, hasta el año 2006 el Estado peruano habría cumplido sólo con el 19% de las reparaciones establecidas por la Corte³⁹ y hasta la redacción de este artículo, solo uno de sus casos ha sido cerrado definitivamente⁴⁰. Si bien el paso a la democracia ha sido decisivo para un progresivo cumplimiento de las sentencias de la Corte⁴¹, es evidente que no ha sido suficiente para cumplir con la totalidad de las obligaciones surgidas con posterioridad a la sentencia. No obstante, cabe resaltar que el hecho de que existan sentencias que aún no han cerrado su etapa de cumplimiento no revela necesariamente la desidia estatal. La propia Corte ha reconocido que

por la naturaleza de algunas reparaciones dictadas por la Corte – tales como investigaciones judiciales, creación y modificación de normas legales, cambios estructurales o prestaciones de salud– es necesario que el Tribunal mantenga

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC 2730-2006-PA/TC - *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Párr. 12 – 14.

³⁷ CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 239.

³⁸ HAWKINS, D. y JACOBY W., *Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American American Courts for Human Rights*. Paper prepared for delivery at the 2008 Annual Meeting of the American Political Association, Boston, MA, August 28-31, 2008, p. 4.

³⁹ HAWKINS, D. y JACOBY, W., op. cit., p. 29.

⁴⁰ CORTE IDH. Resolución de 20 de junio de 2012. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

⁴¹ MCCLENDON, G., *Commitment Without Compliance: Settlements and Referrals of Human Rights Cases in the Inter-American System*. Paper prepared for presentation at the International Studies Association 2009 Annual Conference New York, NY, pp. 2 y 26.

abierta la etapa de supervisión por un tiempo mayor al de otro tipo reparaciones de implementación menos compleja.⁴²

Ahora bien, con respecto al procedimiento de ejecución de sentencias, en el año 2002 se emitió la Ley N°27775 – Ley que regula el procedimiento de ejecución de las sentencias emitidas por tribunales supranacionales⁴³. Dicha norma establecía que el Ministerio de Relaciones Exteriores remitiría la sentencia a la Sala en que se agotó la jurisdicción y este lo enviaría al juez de primera instancia que conoció el proceso. Este tendría el deber de ejecutar la sentencia emplazando al Ministerio de Justicia. Dicha ley fue modificada de manera tácita por el Decreto Legislativo 1068 – Decreto Legislativo del Sistema de Defensa del Estado⁴⁴ que estableció que los Procuradores Públicos (abogados defensores de las entidades del Estado) serían los encargados de elaborar un plan de cumplimiento de las sentencias que debe ser aprobado por el titular de la entidad estatal responsable de la violación.

4.2. La incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna: mecanismos y efectiva incorporación

Normativa y jurisprudencialmente el Perú parece tener una estructura jurídica propicia para el acogimiento del Derecho internacional por parte de los operadores de justicia. Son varios los ejemplos en los que se ha incorporado estándares internacionales en sentencias.

Tal vez el caso más emblemático es el referido a la reciente sentencia emitida por la Sala Penal Permanente para el caso de Barrios Altos. En dicha decisión, referida al Recurso de Nulidad 4104-2010⁴⁵, la Sala Penal Permanente benefició a los miembros del grupo Colina, responsables de la matanza de Barrios Altos, al apartarse radicalmente de los estándares jurídicos de la Corte Interamericana y del propio Tribunal Constitucional. A través de dicha sentencia, el órgano penal negó la calidad de crímenes de lesa humanidad de los asesinatos sucedidos en Barrios Altos y rebajó la pena de los perpetradores.

Ante ello, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual 2011*, p. 13.

⁴³ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 28 de junio de 2002.

⁴⁴ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 28 de junio de 2008. Dicha norma fue reglamentada por el Decreto Supremo N°017-2008-JUS publicado el 5 de diciembre del 2008.

⁴⁵ Sentencia emitida el 20 de julio de 2012.

del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, realizó una demanda de amparo contra la sentencia en defensa de los precedentes jurídicos de la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional⁴⁶. El fallo fue motivo de cuestionamiento por parte de la Corte Interamericana al momento de supervisar el cumplimiento de la sentencia⁴⁷. Con posterioridad, el 27 de setiembre del 2012 otra Sala Penal de la Corte Suprema, anuló tal recurso citando la necesidad de cumplir con lo señalado por la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos* y el artículo 27 de la Convención de Viena.

5. CONCLUSIONES

La protección de los derechos humanos en el Perú no se limita a la defensa de los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento constitucional. A través de diversas disposiciones normativas, el Estado Peruano ha buscado dar cumplimiento a las resoluciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. En adición a ello, la jurisprudencia peruana, en un derrotero no exento de contradicciones y retrocesos, ha destacado el papel privilegiado de las normas internacionales de derechos humanos así como lo que han señalado los tribunales internacionales al respecto, en especial la Corte Interamericana.

Es en este particular vaivén que se han podido conseguir diferentes avances en la inclusión de lo señalado por el derecho internacional de los derechos humanos. Este no ha sido solo a nivel normativo sino también siguiendo los lineamientos argumentativos de los tribunales internacionales. No obstante estos avances a nivel jurisdiccional, es poca la efectividad real que han tenido las sentencias de los tribunales internacionales en el ámbito peruano en tanto el Estado ha sido poco diligente en el cumplimiento de las reparaciones a las que se ha visto condenado.

6. BIBLIOGRAFÍA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual 2011*.
GARCÍA-SAYÁN, D., "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en AA.VV. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de

⁴⁶ Se puede ver la demanda en el siguiente enlace:

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc26072012-131644.pdf

⁴⁷ CORTE IDH. Resolución del 7 de setiembre del 2012. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento Considerandos 59 – 63.

Derechos Humanos, 2005.

HAWKINS, D. y JACOBY W., *Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American American Courts for Human Rights*. Paper prepared for delivery at the 2008 Annual Meeting of the American Political Association, Boston, MA, August 28-31, 2008.

MCCLENDON, G., *Commitment Without Compliance: Settlements and Referrals of Human Rights Cases in the Inter-American System*. Paper prepared for presentation at the International Studies Association 2009 Annual Conference New York, NY.

NOVAK, F. y SALMON, E., *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima: IDEI/PUCP, 2002.

NOVAK, F. y GARCIA-CORROCHAN, L., *Derecho internacional público. Tomo I: Introducción y Fuentes*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

SAGUES, N. P., "Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno", en: *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima: Coordinadora nacional de los Derechos Humanos, 2003.

SALMON, E., "Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, año IX, N° 9, 2003.

SALMÓN, E., "Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano", en *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*. Elizabeth Salmón, Coordinadora. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

SALMÓN, E., *El Derecho internacional humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*, Palestra, Lima, 2007.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

MINISTERIO DE JUSTICIA. CONSEJO DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO
Demanda de amparo contra la resolución de la Sala Penal que negaba la categoría de crimen de lesa humanidad a los sentenciados por el caso Barrios Altos.m En http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc26072012-131644.pdf

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

8.1. Tribunales nacionales

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

STC 1277-99-AC/TC – *Caso Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros*.

STC 2689-2004-AA/TC – *Caso EMERGIA S.A.C*

STC 2798-04-HC/TC – *Caso Vera Navarrete*

STC 0047-2004-AI – *Caso José Claver Nina – Quispe*.

STC 2730-2006-PA/TC – *Caso Arturo Castillo Chirinos*

STC 00036-2007-PI/TC – *Caso 30 Congresistas de la República contra la Resolución Legislativa N.º 28766 de 28 de junio de 2006, que aprueba el “Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.*

STC 03173-2008-PHC/TC - *Caso Teodorico Bernabé Montoya.*

STC 00021-2010-AI – *Caso 30 Congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú – China*

STC 0024-2010-AI. – *Caso 25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo 1097.*

STC 00032-2010-PI/TC – *Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 —Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco.*

STC 00017-2011-PI/TC – *Caso Fiscal de la Nación contra Fiscal de la Nación, contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias).*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

Sentencia sobre el Recurso de Nulidad 4104-2010 del 20 de julio de 2012.

Sentencia sobre el Recurso de Nulidad 4104-2010 del 27 de setiembre del 2012.

8.2. Tribunales regionales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006.

Caso Boyce y otros v. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.

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

Resolución de 20 de junio de 2012. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* Supervisión de cumplimiento de sentencia.

El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

8.3. Organismos o Tribunales Internacionales de garantía

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

Asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras. Serie B, N.º 17.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA.

The Prosecutor vs. Dusko Tadic, Caso N.º IT-94-1-T, Opinión y Sentencia del 7 de mayo de 1997.

¿QUÉ ES LA RED DHES?

La Red DHES es una red de 10 Universidades - latinoamericanas y europeas- creada para la mejora de la calidad, pertinencia y accesibilidad de la educación superior en América Latina en materia de derechos humanos (DDHH). Nuestra filosofía es trabajar por la consolidación de los derechos humanos en, desde y para las Universidades, como centros de formación de pensamiento que deberían proyectar el mismo a las sociedades en que se ubican.

Trabajamos para formar licenciados concienciados en la defensa y promoción de los DDHH, competentes para desarrollar políticas públicas y mecanismos de protección y de promoción de los DDHH. Además, con el objetivo último de trabajar para la cohesión social en las sociedades que albergan nuestros centros de estudios, prestamos especial atención a la cuestión del acceso y permanencia de los grupos vulnerables en la educación superior. Los tres ejes materiales de nuestro trabajo son: la protección multinivel de los derechos humanos, los derechos humanos de los grupos vulnerables y las políticas públicas en clave de DDHH.

Las Universidades socias de la red son:

Universitat Pompeu Fabra (España)
Universidade Federal do Pará (Brasil)
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho (Bolivia)
Universidade de Brasilia (Brasil)
Universidad Austral de Chile
Universidad de los Andes (Colombia)
Universidad Técnica de Ambato (Ecuador)
Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Francia)
Universidad Carlos III de Madrid (España)



www.upf.edu/dhes-alfa/es