


TEMAS DE DERECHOS HUMANOS



Director: Eduardo J.R. Llugdar
Prólogo: María Fernanda López Puleio

Autores:

Andrés Mauricio Briceño Chaves
Antonio Morelli
Jimena Rodríguez Moscoso
Eduardo José Ramón Llugdar
Marcela Verónica Rocca
Carlos Alberto Ramón Gozal
Erika Natalia Casagrande Valdueza
José Emilio Jozami
Rita Viviana Chávez Ibáñez
Fabiana Del Valle Díaz
Antenor José Ferreyra
Pablo Ramón Lucatelli
Pamela María Garéz
Andrea Bazzano
María Elena Gorostiza
José Gabriel Herrero Medina
Arturo R. Lastra
Ana Cecilia Molina
Gabriel Fernando Pacheco
María Macarena Pereda
Luciano Antonio Pavan



Temas de Derechos Humanos

TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

Director: Eduardo J.R. Llugdar

Prólogo: María Fernanda López Pulcio

Autores:

Andrés Mauricio Briceño Chaves

Antonio Morelli

Jimena Rodríguez Moscoso

Eduardo José Ramón Llugdar

Marcela Verónica Rocca

Carlos Alberto Ramón Gozal

Erika Natalia Casagrande Valdueza

José Emilio Jozami

Rita Viviana Chávez Ibáñez

Fabiana Del Valle Díaz

Antenor José Ferreyra

Pablo Ramón Lucatelli

Pamela María Garéz

Andrea Bazzano

María Elena Gorostiza

José Gabriel Herrero Medina

Arturo R. Lastra

Ana Cecilia Molina

Gabriel Fernando Pacheco

María Macarena Pereda

Luciano Antonio Pavan

Temas de Derechos Humanos

Director: Eduardo José Ramón Llugdar

Compilación: Álvaro Jesús Rodríguez Montesinos

Diseño de tapa: Iñaqui Ortega

Maquetación: Iñaqui Ortega

Corrección:

1ª Edición

Lucrecia Editorial

Lavalle 50

Santiago del Estero — Capital — 4200

editorial.lucrecia@gmail.com

Temas de derechos humanos / Eduardo José Ramón Llugdar ... [et al.] ; dirigido por Eduardo José Ramón Llugdar. - 1a ed. - Santiago del Estero: Lucrecia, 1996. 476 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-720-149-9

1. Derechos Humanos. I. Llugdar, Eduardo José Ramón II. Llugdar, Eduardo José Ramón, dir.

CDD 323

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11.723

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, el almacenamiento, la transmisión o transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos sin el permiso previo y escrito del autor. Su infracción esta penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Palabras Preliminares

Desde la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) manifestamos nuestra satisfacción de contar con un Juez como el Prof. Eduardo José Ramón Llugdar, quien ha puesto su cuerpo, su conciencia y su tiempo en capacitarse y en transmitir los conocimientos adquiridos a los operadores judiciales, camino indispensable para mejorar la calidad del servicio público de Justicia.

Las ideas dominantes de Justicia tienen en su cuerpo la marca de la visión de un mundo equilibrado y armónico. Es necesario develar una idea de Justicia que se desvista de su neutralidad, que deje de lado ese compromiso con lo establecido, y se constituya en evidente instrumento de los sectores excluidos. La injusticia del dominado es la justicia del dominador.

Como las clases sociales están en lucha, las ideas de justicia también lo están.

Es necesario que los operadores judiciales pongan el conocimiento que poseen y las prácticas que llevan a cabo, al servicio de transformaciones profundas de la estructura social, tendientes a eliminar las flagrantes injusticias de un sistema que excluye, marginaliza y vulnera económica, política y culturalmente, a enormes contingentes de seres humanos. Excluidos y vulnerados no en la letra de la ley, sino en la materialidad de su existencia.

Para poder pensar desde perspectivas no tradicionales, es claro, resulta imprescindible poner en crisis el papel del Derecho en nuestras sociedades, imaginar otras prácticas jurídicas y, sobre todo, revisar los presupuestos de la dogmática y de la teoría jurídica.

He de celebrar que el compromiso y el pensamiento del Dr. Llugdar se divulguen entre los operadores judiciales de Santiago del Estero.

Es necesario comprender (y consecuentemente aplicar) el derecho supranacional, que deviene orden jurídico interno obligatorio,

para fortalecer y hacer operativos los Derechos Humanos esenciales.

Abog. Antenor Ramón Ferreyra
Presidente de la Asamblea Permanente de Derechos
Humanos (APDH) – Santiago del Estero

Presentación y agradecimientos

Temas de Derechos Humanos (DDHH), ha sido el resultado del Curso-Taller de posgrado profundizado sobre Derechos Humanos y Humanitarios, dictado en el ámbito del Centro Único de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero “Dr. José Benjamín Gorostiaga”. El mismo se realizó entre marzo de 2015 a febrero de 2016, con una duración de doscientas diez (210) horas cátedra, bajo la dirección académica del suscripto y la coordinación de la Dra. Marcela Verónica Rocca.

El contenido de este volúmen se encuentra conformado principalmente por los distintos trabajos presentados por quienes asistieron al mismo (magistrados, funcionarios y abogados relatores del Poder Judicial, como así abogados de la matrícula), que completaron las exigencias para su aprobación, consistente en un setenta y cinco por ciento (75%) de asistencia a las clases, un trabajo parcial y otro final de aprobación.

La Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, impone a todos los Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial provincial, la capacitación permanente como obligación inexcusable, la que consiste no solo en su capacitación individual, sino que la obligación se extiende a que a su vez vuelque sus conocimientos adquiridos en formar a otros recursos humanos del Poder Judicial y operadores del foro como auxiliares de justicia.

Por tanto, una profundización sobre él abordaje de DDHH, es una cuestión ineludible, debido a que por mandato constitucional y convencional, el fin del derecho está determinado por el principio pro homine, de allí la importancia de publicar los frutos del curso, como una forma de extender los temas debatidos durante las horas de clase, a fronteras no predecibles asegurando la mayor difusión de estándares internacionales de DDHH, como un pequeñísimo aporte a conformación una conciencia en el tema en los ámbitos forenses.

Por ello, el principal agradecimiento es a aquellos autores que asistieron al mismo y desinteresadamente aportaron el fruto de su esfuerzo para el contenido de la presente obra, los verdaderos artífices del producto.

También mi especial agradecimiento a los profesores extranjeros que colaboraron con las clases mediante clases especiales a través del sistema de video conferencias, Dr. Andrés Mauricio Briceño Cháves, de Colombia; Dra. Jimena Rodríguez Moscoso, de Perú; Mg. Antonio Morelli, de Italia, todos ellos con quienes nos vinculamos en la órbita de los concursos internacionales de Derechos Humanos y Humanitarios (Moot Court) de la Academia de Derechos Humanos de la Washington College of Law de la American University como jueces evaluadores, quienes también, desinteresadamente aportaron al curso, no sólo sus conocimientos, sino además trabajos especiales para esta publicación.

Tampoco podemos dejar de mencionar la deferencia de la Profesora y Magistrada de la Defensoría General de la Nación Argentina como Defensora de peticionantes de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), María Fernanda López Puleio, al aceptar generosamente prologar el libro, aportando además ideas desde su experiencia como representante de víctimas ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH).

La Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (Filial Santiago del Estero), quienes alentaron de modo insistente para que el dictado del curso, que en principio estaba dirigido a los abogados relatores de la Vocalía, se extienda a magistrados, funcionarios y otros relatores del Poder Judicial, como los abogados de la matrícula, además de colaborar en las clases respecto a las experiencias relativas a los procesos judiciales por los crímenes de lesa humanidad, cometidos durante la última dictadura militar entre los años 1973-1983, y que son juzgados en la esfera del Poder Judicial de la Nación.

Nobleza obliga a reconocer el aporte del Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero, quien mediante una ampliación presupuestaria especial, facilitó los recursos financieros a la Escuela Judicial para la impresión y edición de la presente obra.

Por último y en general, a todos los que de un modo u otro hicieron llegar sus aportes, como los integrantes de la Escuela Judicial José Benjamín Gorostiaga del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero, y empleados que facilitaron la asistencia durante

las horas de cátedra, tanto de intendencia como del área de prensa y de imprenta del Poder Judicial de la Provincia, todos los cuales desde sus áreas y competencias pertinentes facilitaron la difusión para la toma de conciencia y conocimiento de algo tan caro como lo es el respeto y la tutela de los Derechos Humanos.

Eduardo J.R. Llugdar

Prólogo

I

Este prólogo iba a comenzar de manera diferente. Y en alguna medida, este libro también estuvo pensado con un contenido diverso respecto a sus áreas de desarrollo temático y análisis crítico.

Corría enero de 2017 cuando comencé a leer los diversos trabajos que componen este libro, que en su mayoría pertenecen a cursantes de posgrado de la “Actualización de Derechos Humanos y Humanitarios” que dicta el Profesor Eduardo LLugdar en la Escuela Judicial del Poder Judicial Santiagueño y la Universidad Católica de Santiago del Estero. La primera sensación que tuve en el tórrido verano porteño, fue la de congraciarme con mi colega, quien además de juez, es un *propagador social* de derechos y de la lucha por resguardarlos.

Pero el 14 de febrero de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, un tribunal señero en la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos, dictó una resolución de enorme implicancia y proyecciones aún desconocidas. Por mayoría, y en virtud de la exigencia de una sentencia de la CorteIDH que al responsabilizar internacionalmente al Estado de Argentina, había ordenado que se deje sin efecto una condena civil por daños y perjuicios (sentencia que en 2001 había sido confirmada por la Corte argentina), resolvió que no es posible que un tribunal internacional revoque el decisorio de la Corte nacional, pues se estarían violentando los artículos 27 y 75 inc. 22 de la CN (curiosamente, esta última ha sido la norma más citada desde la reforma constitucional de 1994 para justificar la solución contraria).

La inusitada resolución en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos” provocó un tembladeral. No sólo porque significó un evidente y sorpresivo giro regresivo en punto al *ámbito de comprensión* de la decisión del constituyente de 1994 al incorporar tratados de Derechos Humanos con supremacía constitucional, sino que para decidir en ese sentido, la Corte argentina, criticando una supuesta “falta de competencia” de la CorteIDH en el marco de la CADH –para disponer que el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta y todas sus consecuencias-, se arrogó ella misma el carácter de intérprete de la Convención Americana, desplazando al tribunal habilitado internacionalmente, a la par de desplegar un cono con demasiada sombra para todo control de convencionalidad.

Esa circunstancia movilizó de inmediato a Eduardo LLugdar a incorporar en esta selección, sus “Reflexiones respecto al fallo...”, sumándose en su crítica, al desconcierto que provoca un giro tan radical en la jurisprudencia del Tribunal superior, cuando en relación con la nueva composición del mismo, y para la conformación de la mayoría de cuatro votos, se necesitaron los votos de los jueces Lorenzetti y Highton –que se sumaron a los de los nuevos integrantes Rosencrantz y Rosatti- y la meritoria disidencia de Maqueda. En efecto, es llamativo que aquellos dos jueces que impulsaron y constituyeron de manera dirimente-más lejano o más cercano en el tiempo-el acervo jurisprudencial “supremo” diametralmente opuesto, sorprendentemente no se hayan hecho cargo de explicitar su súbito cambio de parecer luego de diez años de relevantes resoluciones de signo contrario.

Llugdar se enrola en la lista de quienes opinamos que esto ha significado un claro retroceso de cara a la tutela de los Derechos humanos.

Su admonición tiene muchas razones en las que apoyarse, desgranando uno a uno los erráticos argumentos expuestos por la Mayoría ligados a la cuarta instancia, la falta de competencia, y la alusión al artículo 27 CN para sostener como un principio fundamental de derecho público argentino, el carácter de irrevocabilidad de decisiones del órgano supremo jurisdiccional nacional, lo que constituiría una valla infranqueable para el derecho internacional de Derechos Humanos.

Lo cierto es que, como en tantos otros temas que constituyen un núcleo central de los derechos y garantías y de los elementos constitutivos de las instituciones de la república, además de todas

las prevenciones y preocupaciones que deja este fallo, también es una nueva demostración de la necesidad de que el Congreso Nacional asuma como una prioridad en su agenda, la sanción de una ley que reglamente acabadamente la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, regida por una ley que fue sancionada hace más de ciento cincuenta años. De igual forma, también el Congreso está moroso en legislar sobre el procedimiento de ejecución de sentencias internacionales, de manera que la reparación oportuna de las víctimas, no dependa de la mayor o menor bonhomía del Estado.

II

En verdad, un mérito innegable de publicaciones como ésta, es que cumplen un objetivo principal que tiene que ver con la difusión del derecho internacional de Derechos Humanos, y como sabemos, hay una relación ínsita entre el conocimiento de derechos y la posibilidad cierta de su ejercicio.

Esta selección de trabajos ofrece además un equilibrado muestreo de grandes temas del derecho internacional de Derechos Humanos. Así, es posible realizar una subdivisión dentro de lo que podríamos catalogar como aspectos generales o dogmáticos del DIDH, y por otro, la atención a la protección de derechos convencionales específicos y comentarios jurisprudenciales de la CorteIDH.

Y como sucede con toda obra colectiva, los aportes presentan diversos planos y niveles de análisis, de acuerdo a cuál haya sido la idea o aspecto que se buscó comunicar o resaltar.

Algunas contribuciones hacen prevalecer la difusión de conceptos o normas. Por caso, el trabajo de Gabriel Pacheco sobre la interpretación y argumentación jurídica y los derechos fundamentales, lleva el mensaje de la necesidad de materializar prácticas objetivas del derecho, desterrando arbitrariedades; y el de Arturo Lastra, discurre sobre el nacimiento de los Derechos Humanos y contenido del derecho humanitario.

Pero de nuevo, cuando los autores realizaban estas contribuciones, nadie avizoraba que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, iba a *desandar* su reconocido y tantas veces ponderado diálogo con el SIDH. Entonces, cobra renovada dimensión cuando, verbigracia, en el trabajo de Carlos Gozal sobre el artículo 28 de la

CADH (cláusula federal), el puntapié lo otorgan citas jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema que conformaron el *ftolding* de su doctrina el último decenio –claro está, en línea opuesta a lo resuelto en Fontevecchia-: “...*la Constitución nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, ftabilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad...*”.

La cuestión del artículo 28 de la CADH tiene gran implicancia para Argentina (como también lo tuvo y lo tiene en Brasil), porque muchas veces nuestro Estado federal argumentó en instancias internacionales sobre sus limitaciones a la hora de imponer soluciones en el marco del litigio o ejecución de una reparación por una condena internacional, cuando el caso trataba sobre violaciones convencionales por parte de los Estados provinciales. Y basta hacer un simple paneo sobre cuántos han sido los casos en los que la condena por responsabilidad internacional de nuestro país, tuvo su origen en violaciones convencionales debidas a acciones u omisiones producidas en los ámbitos provinciales, para dimensionar no sólo el nivel de problemática, sino la necesidad de diseñar mecanismos ágiles de superación del conflicto por parte del Estado Federal, quien no podrá blandir su sistema federal para evadir la responsabilidad internacional que le corresponde.

La ligazón de las previsiones convencionales genéricas y en tal caso, la existencia de opiniones consultivas específicas, une también la historia argentina –y la autora se hace cargo de esa relación– en el informado trabajo de Andrea Bazzano respecto al artículo 27 de la CADH y la cláusula de excepción.

Otro aporte de Llugdar lo constituye su trabajo sobre las decisiones de la CorteIDH y de la CIDH como fuentes y formas de protección de Derechos Humanos; que trasciende las necesarias referencias sobre principios y estándares protectores, para adentrarse en ámbitos donde seguramente el autor querría que fueran más los integrantes de la CorteIDH que acompañen con sus votos la apertura hacia una judicialización directa de los DESC. Es interesante en este sentido, la incorporación del *derrotero lentamente expansionista* en la CorteIDH, de derechos inherentes a salarios, previsión social o salud, entre otros.

La igualdad y la no discriminación como principio y Derecho Humano fundamental es el tema que desarrolla Fabiana Del Valle Díaz, señalando su contenido esencial y los criterios para considerar cuándo una discriminación es arbitraria; al tiempo que selecciona algunos casos de la jurisprudencia consultiva y contenciosa en los que la CorteIDH hizo aplicación del principio, y consideró la responsabilidad internacional de Estados Parte por actos discriminatorios fundados en motivos prohibidos por el artículo 1.1. CADH. El mismo principio es tomado como punta de lanza en el trabajo de María Elena Gorostiza, sobre los derechos políticos como Derechos Humanos, para patentizar su crítica a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza.

III

El principio de igualdad y no discriminación es liminar en el SIDH, y aún con ciertos zigzagueos, la CIDH y la CorteIDH han conformado un *escudo protector* para la detección de acciones y omisiones de discriminación no sólo normativas, sino de comportamientos y prácticas por parte de los Estados.

Creo que un aspecto relevante que debe ser siempre acentuado, es que si bien la prevalencia del principio hace que impacte en toda disposición o acción que pueda presentarse en los ámbitos nacionales, hay *sectores especialmente vulnerables*, más propensos a sufrir discriminación.

Y ello porque estos grupos desaventajados (en razón de edad, género, su condición social, orientación sexual, posición económica, si son personas con discapacidad, o por su origen nacional, opinión política, su religión, situación de detención u origen étnico, entre otros motivos) suelen sufrir discriminación estructural, lo que impactará directamente en la falta de acceso a la justicia, entendida en su acepción más amplia, como operativización y disfrute de derechos y garantías.

La discriminación de los Estados respecto a estos grupos asumen diversas formas. Sea por violación directa de derechos o por ausencia de medidas de protección; sea por la carencia de acciones positivas para limitar y remover obstáculos que inhiben el disfrute

de derechos; sea por la existencia de normas o actuaciones administrativas discriminatorias, nuestros Estados violentan o toleran este tipo de prácticas.

Para estos colectivos, las dificultades no se circunscriben a las esperables por falta de acceso a medios, sino por su propia pertenencia al grupo; más allá de las formas evidentes de acciones discriminatorias, estos grupos suelen sufrir la falta de acciones positivas que atiendan a las problemáticas específicas del sector, que suelen ser de naturaleza urgente.

La falta de atención de estas realidades, no ya individuales sino grupales, durante mucho tiempo *invisibilizó* discriminaciones sistemáticas del grupo como tal; por lo cual, a modo de un círculo vicioso, la desatención estatal venía a provocar mayor discriminación, indolencia e incluso violencia.

La *visibilización* de esas realidades urgentes y grupales, responde a una superación conceptual de la visión clásica del principio de igualdad; ya que la falta de consideración y por tanto de accionar, respecto a esas realidades, constituía asimismo un factor determinante de sistemáticas discriminaciones de grupos desaventajados.

En esta *reconceptualización* del principio de igualdad y no discriminación, le debemos mucho al Derecho Internacional de Derechos Humanos. Ella explicita el porqué de la adopción de convenciones internacionales antidiscriminatorias para colectivos determinados, dándole un diverso contenido abarcador a Observaciones Generales u Opiniones Consultivas, según el organismo de que se trate; define tipologías y marca rumbos y acciones específicas a adoptar por los Estados, todo a fin de acrecentar los niveles de protección y resguardo del grupo históricamente relegado.

Entonces; a mayor vulnerabilidad del grupo, mayor necesidad de protección por parte de los Estados. Pero si en virtud de esa vulnerabilidad, la protección es menor, mayor será la discriminación.

Y como decía, la jurisprudencia interamericana ha establecido importantes lineamientos en ese sentido. Estos han avanzado en la comprensión de que no toda distinción de trato implica la violación del principio de igualdad y no discriminación. Más bien al contrario. Es que para evitar la discriminación, muchas veces debe evitarse el trato idéntico a personas que se encuentran situadas en condiciones de desventaja. Todavía más; los Estados deben instar acciones positivas para *igualar a los desiguales*.

La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que ciertas

desigualdades de hecho pueden traducirse legítimamente en desigualdades de tratamiento jurídico sin que eso contraríe la justicia; y que tales distinciones pueden significar el instrumento idóneo para la protección de quienes necesitan un trato especial, considerando la situación de mayor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. En suma; que las desigualdades históricas de ciertos grupos sólo podrán revertirse con el impulso de acciones de protección especial.

IV

Muchos de los trabajos contenidos en este libro se centran en las disposiciones de protección especial según la pertenencia de determinado grupo de vulnerabilidad; así encontramos el aporte de Pamela Gerez sobre los adultos mayores y sus Derechos Humanos fundamentales, los de Eduardo Llugdar sobre los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre personas privadas de la libertad (a propósito del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras) y sobre la interpretación de las normas de derecho internacional y de los Derechos Humanos vinculadas a las personas con discapacidad y el de Viviana Chávez Ibáñez, sobre los derechos de los niños en la Convención Americana.

Los últimos dos aportes tienen puntos de unión con el caso de la Corte IDH “Furlan, Sebastián y familiares vs. Argentina”, cuya reseña realizada por Ana Molina, también se incorpora a esta publicación. Este caso constituye un ejemplo paradigmático del (no) acceso a la justicia, y de las tremendas dificultades para vencer obstáculos de consagración de derechos, cuando su titular pertenece a uno o más grupos en condición de vulnerabilidad. Es que además, las vulnerabilidades no se “suman” aritméticamente, sino que se potencian exponencialmente (Sebastián Furlan era un niño con discapacidad –producida a partir de un accidente imputado al Ejército Argentino-, y perteneciente a una familia de limitados recursos, que sufrió un largo y penoso derrotero judicial en búsqueda de reparación para lograr su rehabilitación).

La discriminación que sufren los integrantes de grupos vulnerables y el *quantum* de obstáculos a vencer para la efectivización de sus derechos en sede judicial, es uno de los grandes desafíos y compromisos que tenemos todos los que –desde diferentes lugares-

estamos relacionados con el sistema de justicia. Y no se trata sólo de lograr respuestas satisfactorias y oportunas ante las instancias judiciales o administrativas que corresponda, sino de trabajar para el impulso de normativas y prácticas, que atengan a la solución o limitación de problemáticas específicas del grupo, evitando que éstas se perpetúen. Este es el contenido esencial del deber de *diligencia especial* respecto a los sectores en condición de vulnerabilidad.

La cita del caso “Furlan”, sentenciado el 31 de agosto de 2012, de alguna manera es autorreferencial; porque participé como defensora pública interamericana en representación de las víctimas durante su trámite ante la CorteIDH, constituyéndose en el primer caso de actuación de este novedoso sujeto procesal.

La figura del defensor interamericano surgió a partir de la modificación del reglamento de la Corte en 2009, que tuvo entre otros objetivos, dotar de mayor protagonismo al litigio entre víctimas y el Estado demandado, reservando a la CIDH el lugar de órgano del sistema interamericano. Básicamente, consiste en la provisión de un mecanismo para la asignación de un defensor público gratuito que actúa –si se dan los requisitos establecidos– en casos donde las víctimas que llegan ante esa instancia, no cuentan con un abogado patrocinante.

Como otra manifestación del principio de igualdad y no discriminación, pero ahora, ligado al derecho a la defensa técnica y asistencia jurídica gratuita para cristalizar el acceso a la justicia, la CorteIDH y posteriormente la CIDH, firmaron sendos convenios a partir de 2009 con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), estableciendo un inédito sistema de selección de veinte defensores formados en Derechos Humanos y litigio internacional, asignados según diversos criterios de ponderación, de entre los países que integran la AIDEF.

Lo cierto es que estos últimos años, la gran mayoría de condenas por violaciones convencionales propinadas por la CorteIDH contra Argentina, se han basado sustancialmente en una fuerte crítica del sistema judicial argentino, centralizada en el desguarnecimiento de la protección judicial que deja al requirente sin garantías ni tutela. Junto a “Furlan” se pueden citar en este *cuadro de desftonor*, a los casos “Mohamed”, “Fornerón” y “Mendoza”.

En el ámbito iberoamericano, el dictado de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, significó el reconocimiento de los enormes obstá-

culos y discriminaciones que sufren a diario quienes claman por ser oídos en los estrados tribunales. Sin duda, la particularidad de que los principales obligados a su cumplimiento y ejecución, hayan sido a su vez, sus promotores y redactores (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008 –con la participación de otras instituciones que nuclean profesionales ligados a la administración de justicia– dice bastante de la concientización del poder judicial (por lo menos en sus instancias superiores) sobre la existencia de vallas –básicamente internas– que debería actuar como acicate para consagrar la igualdad en el acceso a la justicia.

V

Otra parte sustancial del libro, lo conforman los estudios y análisis sobre aspectos particulares o elementos integrativos de diversos derechos fundamentales.

Desde la mirada de Antenor Ferreyra, nutrida en las dificultades y herramientas para la superación de escollos y cortapisas en la lucha argentina para derrotar la impunidad en la experiencia de los juicios por delitos de lesa humanidad, al comentario jurisprudencial del caso “Gelman” en el trabajo de Erika Casagrande Valdúeza sobre la reparación a las víctimas por desaparición forzada de personas; temas sobre cuya ausencia sería no apropiado en nuestro continente pensar una publicación general de Derechos Humanos.

Desde la certera contribución de Marcela V. Rocca sobre la expropiación como limitación al derecho de propiedad privada en el SEDH y el SIDH, al nutrido y valioso aporte de Pereda en su monografía: *Hacia el reconocimiento del Derecho Humano al agua, análisis de su proyección global, interamericana y nacional*.

Desde las admoniciones de Luciano Pavan oponiendo severos y entendibles reparos vinculados a las atribuciones que en materia tributaria y previsional ostentan organismos administrativos, en su ensayo “*AFIP y Derechos Humanos (a 30 años del Estado de Derecho)*”, hasta la original e interesante mirada de un periodista deportivo además de abogado –José E. Jozami–, sobre “*Derechos Humanos y el deporte*”.

Párrafo aparte para las contribuciones de tres “extra cursantes” que suman sus muy interesantes aportes, acomodándose perfectamente en el esquema de la publicación.

El colombiano Andrés Briceño Chaves en su “*Breve revisión al caso de la responsabilidad internacional de la Alemania Nazi en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*”, examina una decisión que controvierde las garantías de protección de Derechos Humanos y derecho internacional humanitario, al hacerse prevalecer criterios de soberanía en punto a la inmunidad de jurisdicción, cuando están en juego violaciones graves y sistemáticas, tanto más cuando han sido soslayadas en virtud de su impunidad.

La peruana Jimena Rodríguez en “*El derecho a la seguridad social en materia previsional como Derecho Humano y fundamental*” realiza un completo *racconto* dogmático y jurisprudencial en clave constitucional y convencional, centrándose en las pensiones para adultos mayores.

Finalmente, el italiano Antonio Morelli presenta su monografía sobre “*El derecho a la protesta: un estudio comparado entre los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos*”, que en palabras del propio autor, tiene por finalidad ofrecer una síntesis de equilibrio entre mayorías y minorías y entre las garantías de los derechos fundamentales y los principios democráticos, ámbito donde esa *tensión endémica* buscará soluciones de compromiso.

VI

Mientras escribo estas líneas, la prensa se hace eco del debate por proyectos de ley con estado parlamentario sobre reglamentación del derecho a protestar; y según cuál sea la orientación del *informador*, se arengará para que cese toda manifestación popular “motorizada por el choripán”, o se criticará ferozmente la criminalización que una vez más, se intenta imponer a un derecho fundamental; cuyo nivel de *prevalencia* debería implicar que su *interferencia* sólo se justificara en contadas ocasiones, y que las respuestas más severas sólo operaran como *última ratio*.

Hace unos años, en una obra colectiva sobre los delitos contra la libertad, me invitaron a escribir sobre el delito contra la libertad de reunión, tipificado en el artículo 160 del Código Penal Argentino. Todavía me dura la sorpresa por la práctica inexistencia de antecedentes de condenas penales por violación de su bien jurídico protegido, prevalente en nuestra definición democrática, pero con una brecha demasiado amplia respecto a la existencia de instrumentos

para su reaseguro y eficacia. Tal era el registro de *desuetudo* del artículo 160 CP, que llamé a mi trabajo “Delitos contra la libertad de reunión. Los vestigios del artículo 160 CP”; y comencé mi relato con una expresión de Mr. Fox del año 1797, citado por la CSJN en Fallos 156:81, del año 1929: “*Sería una burla reconocer al pueblo el derecho de aplaudir, de regocijarse y de reunirse cuando es feliz, y negarle ese mismo derecho para censurar o deplorar las desgracias y sugerir el remedio*”.

La colisión de derechos y el conflicto de intereses propio de la discusión sobre el derecho de protesta y sus límites tolerables, debería prevenir a los legisladores según los estándares citados en este libro, tanto más en una coyuntura de fricciones y debate electoral.

La relación de los temas escogidos con la actualidad, es un dato más del acierto del director y coordinador de esta obra y de sus autores. Bienvenido este aire fresco que trae el caluroso norte argentino.

María Fernanda López Puleio
Defensora Interamericana

Índice

Temas Generales

Arturo Lastra

Nacimiento de los Derechos Humanos	37
Introducción	37
1. Orígenes de los Derechos Humanos	37
2. Nacimiento de los Derechos Humanos.....	38
3. Derecho Internacional Humanitario.....	40
Emblema (explicación).....	41
4. Las metas del milenio	42
5. Conclusiones.....	44
Bibliografía	45
Sitios Web.....	45

Eduardo José Ramón Llugdar

La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos

Fundamentales	47
Resumen	47
1. Breve referencia histórica	47
2. El Principio “pro homine” como fundamento de los DDHH	50
3. Los soft law, hard law y los estándares protectores.....	51
4. Principales estándares establecidos en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	53
5. Las Opiniones Consultivas, las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)	55
6. La competencia contenciosa de la Corte Interamericana . .	61
6.1. Medidas provisionales.....	61
7. Las Sentencias de excepciones preliminares, fondos y re-	

paraciones de la CoIDH y los estándares de DDHH que establecen su doctrina	64
8. Sentencias de supervisión de cumplimiento	68
9. El control de convencionalidad.....	70
10. Consideraciones finales	74

Andrés Mauricio Briceño Chaves

Breve revisión al caso de la responsabilidad internacional de la Alemania Nazi en la jurisprudencia de la Corte

Internacional de Justicia	75
1. Cuestiones preliminares para la consideración del caso ante la Corte Internacional de Justicia.....	75
2. Elementos contextuales necesarios para la definición de las cuestiones controversiales relacionadas con la responsabilidad internacional afirmada para el caso.....	76
3. Planteamiento de la controversia judicial sustantiva.....	81
4. Premisas o reglas jurisprudenciales formuladas por la Corte Internacional de Justicia para resolver el caso.....	82
5. Aportes de las opiniones individuales.....	86
6. Los pronunciamientos de la doctrina del derecho internacional con los que puede gestarse un debate.....	92

Eduardo José Ramón Llugdar

Reflexiones respecto al fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto...” de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación Argentina del 14 de febrero de 2017	99
Resumen.....	99
1. Antecedentes e importancia de la cuestión.....	99
2. Argumentos del voto conjunto de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz	102
3. Argumentos del voto concurrente del Ministro Horacio Rosatti.....	104
4. Argumentos del voto disidente del Ministro Juan Carlos Maqueda.....	105
5. Análisis crítico del voto mayoritario	106
Los Derechos Humanos poseen un carácter de universalidad	112
Lo referente a la “cuarta instancia” en referencia a las decisiones de la CoIDH.....	112
Lo relacionado a la aludida falta de competencia de la	

CoIDH en el voto de la mayoría	117
El aludido orden público interno del Art. 27 de la CN.	120
Análisis crítico del voto del Ministro Rosatti	125
6. Consideraciones finales	126
Glosario de abreviaturas	127

Gabriel Fernando Pacheco

La interpretación y argumentación jurídica y los derechos fundamentales 129

Resumen	129
1. Breve excursio sobre la objetividad y subjetividad.....	130
2. Conclusión	141

Andrea Bazzano

Acerca del Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos 143

Introducción	143
1. El Artículo 27	145
2. Su interpretación: la opinión consultiva n° 8 de 1987	146
3. Abusos del Estado. Dictadura Cívico-Militar argentina de 1976	166
4. Conclusión	177

Carlos Alberto Ramón Gozal

Artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Cláusula Federal 179

1. Planteamiento del tema.....	179
2. Desarrollo	181

José Gabriel Herrero Medina

Cláusula Federal 191

Introducción	191
1. Artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	194
2. La Cláusula Federal en la actualidad.....	197
3. Conclusión	198

Derechos Políticos y Sociales

Antonio Morelli

El Derecho a la Protesta: Estudio Comparado entre los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos .	203
Introducción.....	203
1. Definición del Derecho a la Protesta.....	204
2. El Derecho a la Protesta a Nivel Internacional.....	207
3. El Derecho a la Protesta a Nivel Regional.....	208
El Sistema Regional Europeo.....	209
El Sistema Regional Interamericano.....	213
4. Conclusiones	219

Eduardo José Ramón Llugdar

Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre personas privadas de la libertad (A propósito del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras)	221
Introducción.....	221
1. Breve descripción.....	222
2. Los derechos afectados y deberes del Estado conculcados..	224
3. Desarrollo de los fundamentos empleados por la CoIDH justificatorios de su decisión	225
Sobre los derechos violados.....	225
Sobre los deberes estatales incumplidos	227
Análisis del Fallo en cuestión.....	228
4. Conclusión.....	230

Antenor José Ferreyra

Experiencias argentinas para derrotar la impunidad	231
Introducción.....	231
1. Desarrollo	232
Propuesta genérica sobre objetivo, táctica y estrategia..	232
Propuesta Central sobre Metodología de Trabajo.....	233
Plan Sistemático y Reparación.....	233
Éxitos y debilidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	235
Los juicios de Lesa Humanidad en Argentina en el contexto internacional.....	237
2. Conclusiones	238

Fabiana del Valle Díaz

La igualdad y la no discriminación como principio y

Derecho Humano fundamental	241
Introducción	241
1. Antecedentes	242
2. Ámbito de aplicación, concepto, contenido y alcance del principio de igualdad y no discriminación	244
Ámbito de Aplicación	244
Concepto, contenido y alcance	245
3. Trato igual y no discriminatorio	247
Discriminación arbitraria	248
4. Criterios de interpretación de una discriminación arbitraria. Legitimidad del fin perseguido y razonabilidad y proporcionalidad del medio empleado	249
Criterios prohibidos de distinción	251
5. Fallos de la Corte Interamericana sobre discriminación .	253
Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana	253
Caso Yatama vs. Nicaragua	254
Caso Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela	255
Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile	257
6. La dignidad humana según el cristianismo y la Iglesia Católica	258
7. Conclusiones	260
Bibliografía	262

Marcela Verónica Rocca

La expropiación como limitación al Derecho de Propiedad

Privada en el SEDH y el SIDH	263
Introducción	263
1. Alcance del Derecho a la Propiedad Privada	265
2. Limitación y restricción del Derecho a la Propiedad Privada	269
2.1. Legalidad	272
Fin legítimo	273
Proporcionalidad	276
Derecho a indemnización	279
3. Conclusión	281

María Elena Gorostiza

Los Derechos Políticos como Derechos Humanos 285

1. Crítica al fallo Unión Cívica Radical de la Provincia de	
---	--

Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza (CSJN), a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH)	285
2. Conclusión.....	295

Erika Natalia Casagrande Valdueza

La reparación a las víctimas de por desaparición forzada de personas . A propósito del caso Gelman vs . Uruguay (CoIDH) (Sentencia Fondos, reparaciones y costas, del 24 de Febrero de 2011)

Introducción.....	297
1. Derechos afectados y deberes conculcados por el Estado	297
2. Hechos del caso	298
3. La demanda	300
4. Reparaciones.....	306
5. Conclusión.....	307

Luciano Antonio Pavan

AFIP y Derechos Humanos (A 30 años del Estado de Derecho)

Introducción.....	309
1. Ley en sentido material y formal	312
2. Retención – Percepción – Información.....	314
3. Determinacion de Oficio Previsonal.....	316
4. Ejecución Fiscal	321
5. Base Apoc.....	323
6. Cancelación de CUIT	324
7. A treinta años del Estado de Derecho.....	325

Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

Jimena Rodríguez Moscoso

El Derecho a la Seguridad Social en materia previsional como Derecho Humano y fundamental

Introducción.....	331
1. El Derecho a la Seguridad Social en materia previsional .	332
1.1. Sobre la seguridad social	332
1.2. El derecho a la seguridad social como Derecho Huma-	

no	340
2. Conclusiones.....	346
Bibliografía	347

Macarena Pereda

Hacia el reconocimiento del Derecho Humano al agua: análisis de su proyección global, interamericana y nacional.	349
1. El Derecho Humano al agua.....	351
La categorización del agua como Derecho Humano ...	351
Posibles ventajas de la categorización del agua como un Derecho Humano	352
El reconocimiento del Derecho Humano al agua a nivel mundial	353
El contenido jurídico del Derecho Humano al agua ...	357
Inexistencia de referencia específica al Derecho Humano al agua en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos .	360
2. Conclusión	365
Bibliografía	367

Eduardo J. R. Llugdar

La ponderación en la interpretación de las normas de derecho internacional y de los Derechos Humanos vinculadas a las personas con discapacidad	371
Resumen	371
Introducción	371
1. Desarrollo del tema.....	372
2. Los estándares internacionales en la protección de las personas con discapacidad.....	375
3. El rol de los poderes judiciales de los países parte de convenciones internacionales de DDHH y las personas con discapacidad	382
4. La jurisprudencia internacional y el correcto razonamiento judicial.....	384
5. Conclusión	395
Bibliografía	396

Rita Viviana Chávez Ibáñez

Derechos de los niños en la Convención Americana	397
Introducción	397
1. Derechos Humanos.....	398

Los Derechos Humanos del niño.....	399
Origen y contexto histórico	400
2. Derechos del Niño en la Convención Americana - Art. 19.	402
La opinión consultiva OC-17/2002- Límites al arbitrio o discrecionalidad de los Estados.....	403
Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños	404
Debido proceso	405
Doble instancia y recurso efectivo	406
Principio de Inocencia	406
6. Conclusión.....	407

Pamela María Gerez

**Los adultos mayores y sus Derechos Humanos
fundamentales: un grupo vulnerable en vías de obtener
una tutela adecuada de sus derechos 409**

Introducción	409
1. Derechos Humanos, conceptualización de vulnerabili- dad y grupos vulnerables	410
2. Los Adultos Mayores, temática basal del cambio de para- digma en materia de protección de derechos.....	412
3. La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: sus puntos más sobresalientes.....	413
4. Nuevos conceptos y perspectivas	416
5. Estado actual de protección de los Derechos de los Adultos Mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	418
6. Conclusión	419
Bibliografía.....	419
Legislación.....	420
Jurisprudencia.....	420

Pablo Ramón Lucatelli

**El Agua, un derecho fundamental: crisis competencial en
su manejo interjurisdiccional . Análisis superficial de la
Cuenca Salí - Dulce y la Región del Noroeste Argentino . . . 421**

1. Origen	421
Contexto	421
2. Objetivos	426
3. Metodología.....	428

Bibliografía	434
--------------------	-----

José E. Jozami

Derechos Humanos y el deporte	441
Introducción.....	441
1. El deporte y las ciencias	442
2. El derecho del deporte y los Derechos Humanos: casos..	443
3. Fallo Nicholas KNAPPC/ Universidad de North Western	448
4. Expte. Nro. 120 .963/ 99 “BELLA ELVIRA C/ FEDE- RACION ARGENTINA DE TIRO S/ Daños y Perjuicios .CNCIV- SALA D 19-08 2005	450
5. El caso Jessica	451

Casos

Ana Cecilia Molina

Análisis del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “S . F. y otros vs Argentina”	457
Resumen	457
Derechos afectados	458
Introducción	458
1. Hechos.....	459
Presentación de caso.....	459
Otras consideraciones	460
2. Consideraciones legales: etapas de procedimiento intera- mericano	461
Procedimiento ante la Comisión Interamericana.....	461
3. Procedimiento ante la Corte Interamericana de DDHH (CoIDH)	462
Petitorio de la CIDH.....	462
Excepciones presentadas por el Estado argentino.....	462
4. Consideraciones de la CoIDH.....	463
5. Sentencia de la CoIDH.....	466
Alcance de responsabilidad	466
Medidas a tomar.....	466
6. Medidas adoptadas por el Estado argentino.....	467
7. Conclusiones	467
 Autores	 469

Temas Generales

Arturo Lastra

Nacimiento de los Derechos Humanos

Introducción

La idea de que todos los seres humanos deben gozar de unos derechos esenciales y comunes ya se podía encontrar en algunas de las antiguas civilizaciones, pues, de una u otra forma, estaba en la base de muchas religiones, como por ejemplo en el cristianismo que introdujo la dignidad del hombre, como criatura formada a imagen y semejanza de Dios. No obstante el concepto de Derechos Humanos, tal y como se considera comúnmente, tiene su origen en la cultura occidental moderna y surgen a finales del siglo XVIII.

1 . Orígenes de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos como se los conoce, se basa en los valores que las antiguas culturas (Roma, Grecia) nos dieron, la mayoría de los pueblos han guardado como patrimonio histórico y moral las experiencias que obtuvieron a través de su historia, pero es indudable que los derechos han sido reconocidos por convenciones en el ámbito internacional y protocolos en las constituciones en la vida local de cada estado.

La historia de los Derechos Humanos tiene una tradición en occidente desde los antiguos pensadores griegos hasta nuestros días. La noción de Derechos Humanos es una de las nociones más importantes y características de la era actual. Los mismos representan los derechos que poseen todos los seres humanos por igual y que deben ser respetados mutuamente independientemente del credo, raza, procedencia o sexo de los mismos. Los Derechos Humanos son la forma más evolucionada que el hombre conoce para dejar en claro la igualdad y la hermandad entre todos los individuos.

2. Nacimiento de los Derechos Humanos

Es habitual poner una fecha para todo acontecimiento importante en este trabajo trataremos de poner una fecha si es posible al nacimiento a los Derechos Humanos.

En el año 539 a.C., los ejércitos de Ciro el Grande, el primer rey de la Persia antigua, conquistaron la Antigua Babilonia. Pero sus siguientes acciones fueron las que marcaron un avance significativo para el Hombre. Liberó a los esclavos, declaró que todas las personas tenían el derecho a escoger su propia religión y estableció la igualdad racial. Éstos y otros decretos fueron grabados en un cilindro de barro cocido en lenguaje acadio con escritura cuneiforme. Conocido hoy como el Cilindro de Ciro, este documento antiguo ha sido reconocido en la actualidad como el primer documento de los Derechos Humanos en el mundo. El 4 de julio de 1776, el Congreso de Estados Unidos aprobó la Declaración de Independencia. Su autor principal, Thomas Jefferson. Es la Constitución Nacional escrita más antigua en uso y define los organismos principales del gobierno y sus jurisdicciones, y los derechos básicos de los ciudadanos. Existen dos fechas una la del 02 de octubre 1789, en el marco de la revolución francesa con su declaración de los derechos del ciudadano, la Asamblea Nacional Constituyente adoptó la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos como el primer paso para escribir la constitución de la República de Francia. La otra el 10 de diciembre de 1948, en las Naciones Unidas. Esta última es la que celebramos. La Declaración fue redactada por representantes de todas las regiones del mundo y abarca todas las tradiciones jurídicas. Formalmente adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es el documento más universal de los Derechos Humanos en existencia, describiendo los treinta derechos fundamentales que constituyen la base para una sociedad más justa y democrática. Todas las fechas son significativas y recuerdan momentos históricos muy importantes. Sin embargo, pueden conducir a una conclusión no fundamentada: para algunas personas, los Derechos Humanos son una invención jurídica, con implicaciones políticas y sociales, de una determinada cultura, la occidental, en un determinado momento de su historia. Algunos llegarán a ver en esa invención un artificio ideológico con el que ocultar la real desigualdad de los seres humanos, y otros lo considerarán una manifestación más del imperialismo cultural de occiden-

te que no respeta las tradiciones y diferentes sensibilidades de otras culturas. En el mejor de los casos, al acentuar la idea de invención, se estará defendiendo una concepción positivista del derecho según la cual sólo existen derechos cuando son debidamente promulgados y se convierten en leyes con capacidad vinculante y existe un poder coactivo que garantiza su cumplimiento. Es un error reducir los Derechos Humanos a una construcción jurídica positiva. Sin duda alguna, es muy importante el momento en el que los Derechos Humanos se convierten en un código explícito normativo, más todavía cuando, en los pactos y protocolos que los desarrollan, la gran declaración se convierte en norma jurídica de obligado cumplimiento con mecanismos concretos para defender su contenido. Como ya le decía Hegel a Burke,..." no es baladí¹ el esfuerzo de apropiación consciente y reflexiva de una concepción de los seres humanos que hunde sus raíces en una larga tradición, y aunque sólo fuera por eso, es necesario y conveniente que los Derechos Humanos queden reflejados en un papel y, a ser posible, en los correspondientes ordenamientos constitucionales"². Como es obvio, en la medida en que se realiza ese esfuerzo de plasmación jurídica, se entra en un terreno en el que los seres humanos deben tomar decisiones y éstas dependen del contexto espacial y temporal, lo que confiere a toda declaración esa dimensión de positividad artificiosa. La declaración de Virginia no es exactamente igual que la de la Revolución Francesa, y esta no coincide con la de 1948, que, a su vez, refleja un frágil compromiso que tiene que completarse con los dos pactos posteriores, seguidos más adelante por otras nuevas declaraciones que van desarrollando puntos concretos o abriendo nuevos campos antes no tenidos en consideración. Pero no hay que olvidar en ningún caso que la dignidad de todos los seres humanos no es consecuencia de esas declaraciones, ni recibe de ellos su valor de bien y de verdad. Más bien sucede al contrario. El vigor de toda declaración, y el acuerdo que sobre ella se alcanza, procede del reconocimiento y el convencimiento, como bien expresa Jan Patocka,..." de que el estado y la sociedad están sometidos a y obligados por la soberanía del sentimiento moral de que hay algo por encima de ellos mismos, algo sagrado e inviolable que les obliga a proponer y promulgar

1 Esta palabra etimológicamente procede del árabe "baladí" y a su vez del árabe clásico "baladī" que quiere decir país.

2 Burke, E. (2003). *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Madrid: Alianza.

leyes que recojan y elaboren ese reconocimiento previo”³. Ese era, por otra parte, el modo con el que los legisladores del siglo XVIII abordaron la redacción de los primeros textos legales en los que se recogían los Derechos Humanos. Eran conscientes de que su valioso esfuerzo legislador era consecuencia de la innegociable dignidad intrínseca de todo ser, proyectada para toda la humanidad.

3 . Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario “es un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario, especialmente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales y que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra”⁴.

El convenio de Ginebra del 22 de Agosto de 1864 es el primer instrumento multilateral de Derecho Internacional Humanitario y por eso se considera esa fecha como la fecha de nacimiento.

De esta forma, el DIH, establece unas reglas para asistir y proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades: la población civil que sufre las consecuencias de los combates, los heridos, los enfermos y los prisioneros o personas retenidas. Así mismo, busca la solución de los problemas que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de su elección para hacer la guerra o proteger a las personas y a los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.

Ahora bien los organismos internacionales que se ocupan de proteger a las personas en tiempos de conflicto armado son la Cruz Roja, la Media luna roja y el último cristal rojo.

3 Patočka, J. (2007). *Libertad y sacrificio*. Salamanca: Ediciones Sígueme.

4 Musso, J. A. (2005). *Diccionario de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Córdoba: Advocatus.

5 <http://es.slideshare.net/catalinaliriojorge/el-derecho-internacional-humanitario-28760986>

6 Ilustración elaborada por Dr. Franklin Patricio Vazquez Chicaiza Docente Universidad Central del Ecuador-Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011.

¿Qué entiendes por derecho internacional humanitario?



Los Emblemas Humanitarios

Las partes que suscribieron el I Convenio de Ginebra acordaron que los hospitales, las ambulancias y el personal sanitario deberían ser considerados neutrales en un conflicto y adoptaron la cruz roja como símbolo del cuerpo médico.



La Media Luna Roja usada originalmente por el Imperio Otomano en la Guerra Ruso-Turca, 1876- 1878 fue incorporada como segundo emblema oficialmente en 1929 por el CICR



En la actualidad en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra entre el 5 y el 7 de diciembre de 2005 adoptó el Tercer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra en el cual se reconoce el emblema adicional



3.1. Emblema (explicación)

El emblema de la Cruz Roja, que sirve para identificar a quienes de una forma neutral se dedican a proteger a los heridos, es un homenaje a Suiza, por ser el Estado que toma la iniciativa de convocar la Conferencia Diplomática - son el signo y los colores de la bandera suiza, pero invertidos.

Este emblema dio además nombre a todo el movimiento humanitario. En 1876 Turquía y Rusia iniciaron un enfrentamiento bélico. Los soldados Musulmanes consideraban que el signo de la Cruz Roja era un símbolo religioso cristiano y se negaban a ser atendidos por los servicios de socorro. Por ello el Gobierno turco solicitó utilizar la Media Luna Roja. Este símbolo fue reconocido y desde ese año los países de mayoría islámica lo utilizan.

El símbolo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o cristal Rojo tiene un doble carácter:

Signo protector: Por un lado, en tiempo de guerra, indica que el personal y el material que lo porta son neutrales y están protegidos por los Convenios de Ginebra y como tal deben ser respetados. El emblema representa la ayuda imparcial a los soldados heridos sin distinción alguna por motivos de nacionalidad, raza, religión, clase social⁷.

4 . Las metas del milenio

En la Declaración del Milenio⁸ se recogen ocho Objetivos referentes a la erradicación de la pobreza, la educación primaria universal, la igualdad entre los géneros, la mortalidad infantil, materna, el avance del VIH/sida y el sustento del medio ambiente.

Para objetivos, y en respuesta de aquellos que demandaban un cambio hacia posturas más sociales de los mercados mundiales y organizaciones financieras se añade el Objetivo 8, “Fomentar una Asociación Mundial para el Desarrollo”. En otras palabras, el objetivo promueve que el sistema comercial, de ayuda oficial y de préstamo garantice la consecución en 2015 de los primeros siete Objetivos y, en general, un mundo más justo.

Cada Objetivo se divide en una serie de metas, un total de 18, cuantificables mediante 48 indicadores concretos. Por primera vez, la agenda internacional del desarrollo pone una fecha para la consecución de acuerdos concretos y medibles.

Los títulos de los ocho objetivos, con sus metas específicas, son: Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre.

- Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de perso-

⁷ Fuente: www.cruzroja.org.ar

⁸ Fuente: www.undp.org.ar

nas que sufren hambre.

- Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas cuyos Ingresos son inferiores a un dólar diario.
- Conseguir pleno empleo productivo y trabajo digno para todos, incluyendo Mujeres y jóvenes.

Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal.

- Asegurar que en 2015, la infancia de cualquier parte, niños y niñas por igual, sean capaces de completar un ciclo completo de enseñanza primaria.

Objetivo 3: Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer.

- Eliminar las desigualdades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria, preferiblemente para el año 2005, y en todos los niveles de la enseñanza antes de finales de 2015.

Objetivo 4: Reducir la mortalidad infantil.

- Reducir en dos terceras partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad de niños menores de cinco años.

Objetivo 5: Mejorar la salud materna

- Reducir en tres cuartas partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad materna.
- Lograr el acceso universal a la salud reproductiva.

Objetivo 6: Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades.

- Haber detenido y comenzado a reducir la propagación del VIH/SIDA en 2015.
- Lograr, para 2010, el acceso universal al tratamiento del VIH/SIDA de todas las personas que lo necesiten.
- Haber detenido y comenzado a reducir, en 2015, la incidencia de la malaria y otras enfermedades graves.

Objetivo 7: Garantizar el sustento del medio ambiente.

- Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente.
- Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010.
- Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento.
- Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales.

Objetivo 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

- Desarrollar aún más un sistema comercial y financiero abierto, basado en normas, previsible y no discriminatorio.
- Atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.
- Atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo (mediante el Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo y los resultados del vigésimo segundo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General).
- Encarar de manera integral los problemas de la deuda de los países en desarrollo con medidas nacionales e internacionales para que la deuda sea sostenible a largo plazo.
- En cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo a precios asequibles.
- En cooperación con el sector privado, dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones. Marcado por ningún plazo es el octavo, lo que para muchos significa que ya debería estar cumpliéndose.

5 . Conclusiones

Este trabajo de investigación tuvo por finalidad lograr que se conozca y se difunda la importancia de los Derechos Humanos, las metas del milenio para la humanidad y por qué surgieron estos, ya que el hombre se había olvidado de la dignidad humana igualitaria en todo sentido, cabe recordar las dos guerras mundiales y en el contexto histórico actual los actos terroristas. Estos dan un parámetro de comportamiento universal que hace sentir al hombre que los Derechos Humanos son aquellos que son intrínsecos a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos. Los Derechos Humanos y las libertades fundamentales nos permiten un desarrollo integral de nuestras cualidades humanas. Por lo tanto la defensa de los Derechos Humanos es una obligación insoslayable por parte de los Estados, ya que no puede haber un mundo mejor sin una cultura universal de los mismos.

BIBliografía

- Musso, J. A. (1995). *Los Derecftos Humanos en el Derecfto Interna-
cional*. Santiago del Estero: UCSE.
- Osorio, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y
Sociales*, Buenos Aires: Heliasta.
- Peytrignet, G. (1995). *El Comité Internacional de la cruz Roja,
agente de implementación de la normativa de derecfto interna-
cional ftumanitario*. San José: IIDH.
- Salvioli, F. (2003). *Curso básico sobre el sistema regional de protec-
ción de los Derecftos Humanos de la organización de los estados
americanos*. San José: IIDH.

Sitios WeB

- [http://es.slideshare.net/catalinaliriojorge/el-derecho-internacio-
nal-
humanitario-28760986](http://es.slideshare.net/catalinaliriojorge/el-derecho-internacio-
nal-humanitario-28760986)
- www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948 [www.cruzroja.
org.ar](http://www.cruzroja.
org.ar)
- www.undp.org.ar

Eduardo José Ramón Llugdar

La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales

ReSumen

La insuficiencia de los Sistemas Jurídicos Nacionales, para la protección de derechos esenciales, reconocidos y garantizados inclusive por sus propias Constituciones, ha quedado en evidencia, desde el momento que en ejercicio de su soberanía han acordado suscribir tratados de Derechos Humanos, regidos por el Derecho Internacional Público, a fin de fijar estándares mínimos al que deben adecuar sus legislaciones, bajo riesgo de incurrir en responsabilidad internacional si no son observados. Latinoamérica no ha sido ajena a este fenómeno y a nivel regional y Universal ha decidido en la mayoría de los casos, aceptar la competencia de Organismos regionales e Internacionales de monitoreo y de juzgamiento de sus procesos de aplicación de los estándares protectorios de Derechos Humanos aludidos. Mediante este trabajo intentaremos demostrar hasta que punto, ha influenciado la doctrina y estándares fijados por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de OEA, como los Comités del Alto Comisionado de Naciones Unidas, en la efectiva protección de los derechos fundamentales en los países que han suscripto y ratificado los distintos tratados y pactos de DDHH.

Palabras claves: CoIDH, CADH, SIDH, CIDH, DDHH.

1 . Breve referencia histórica

El espíritu que inspiró a Eleanor Roosevelt¹, se concretó en el Derecho Internacional, cuando los Estados Miembros de Nacio-

1 Viuda del presidente Norteamericano Franklin D. Roosevelt, defensora de los

nes Unidas acordaron en adoptar, al poco de concluir la Segunda Guerra Mundial, la primera Carta de protección de los Derechos Humanos individuales como sujetos de derecho frente al Poder Estatal, basados en el *principio pro fto mine*, lo que se fue reforzando con otros tratados y pactos posteriores, tanto internacionales como regionales o continentales de Derechos Humanos. Estos instrumentos obligaron y obligan a los Estados Signatarios a dejar de lado en sus sistemas jurídicos internos el Estado de Derecho Legal, basado en el imperante concepto de derecho establecido por la Escuela del Dogmatismo y el Positivismo Jurídico, con Hans Kelsen² como principal referente, por Estado de Derecho Constitucional, inspirado en el Neoconstitucionalismo, con Karl Lowenstein³ como precursor, ello como consecuencia de los compromisos internacionales contraídos.

Conforme refiere el reconocido iusfilósofo argentino, Luis R. Vigo, “el Estado de Derecho Legal fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución —especialmente en la práctica jurídica— después de los tribunales de Nüremberg. Ese desmorona-

Derechos Humanos por derecho propio y delegada de Estados Unidos ante la ONU. En 1948, Presidió la novel Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Desde ese espacio propuso la redacción de los que la postre sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

2 Kelsen defendió una visión positivista (o iuspositivista) que llamó teoría pura del Derecho: un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de Derecho natural. Analizando las condiciones de posibilidad de los sistemas jurídicos, Kelsen concluyó que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una *norma fipotética fundamental* que es para Kelsen una hipótesis o presuposición transcendental, necesaria para poder postular la validez del Derecho. Sin embargo nunca consiguió enunciar una norma jurídica completa basada solamente en su modelo. Más tarde, Kelsen situó dicha norma en el Derecho internacional, de ahí que defendiese la primacía de éste sobre los ordenamientos nacionales.

3 Loewenstein establece que existen muchos tipos de constituciones, pero que una *verdadera* constitución es aquella que, además de contener normas sobre los poderes supremos y garantías esenciales, debe encarnar los más profundos valores de la democracia y la realidad del grupo de gobernados al cual se impondrá.

miento en la segunda mitad del siglo XX se observa básicamente en el derecho que transita por los tribunales o bufetes de abogados, pero que sin embargo no termina de afectar significativamente los ámbitos académicos o universitarios dedicados a formar abogados o licenciados en derecho. Efectivamente, pocos cambios se advierten en la formación del grado en nuestras Facultades de Derecho las que siguen casi inalterablemente repitiendo los esquemas trazados por aquellas decimonónicas universidades francesas de inspiración napoleónica que fueron funcionales al Estado que se había creado bajo los influjos de la filosofía iluminista y liberal de los siglos XVII y XVIII. En tanto el Estado de Derecho Constitucional, surge palmario con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando precisamente habla diferenciadamente del derecho y de la ley, por ende rompe así la decimonónica sinonimia y abre el significativo problema de la posible armonía o discordancia entre esas dos realidades. Precisamente la condena jurídica en Nuremberg se justificó en razón que los jefes nazis habían cumplido la ley pero violado el derecho⁴, y de ese modo al que hace la ley o la cumple se le está exigiendo que confronte su contenido con el derecho dado que en caso de contradicción prevalecerá éste. Un ejemplo de esta tesis puede ser el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Priebke” cuando la mayoría decide ampliar los tipos penales en base al “ius cogens”, o sea un derecho de valor racional intrínseco pero que no estaba escrito ni publicado⁵.

De este modo, no se concibe un Estado que no solo respete, sino que además garantice y proteja los Derechos Humanos, en un marco de un Estado, donde la finalidad del derecho, sea solo el cumplimiento del derecho positivo o normativo, sin consideraciones a principios y valores contenidos en la Constitución y en el Corpus Iure Internacional de los Derechos Humanos.

4 En base a la llamada “Fórmula de Radbruch”, concebida por el Iusfilósofo alemán Gustav Radbruch, inspirada en la escuela Iusnaturalista.

5 Vigo, L. R. (2010a, Febrero 1). *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. Suplemento Constitucional*, 1165. Buenos Aires: La Ley.

2. El Principio “pro homine” como fundamento de los DDHH

Para la filosofía griega, los principios son el punto desde donde una cosa empieza a ser cognoscible⁶. El Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos, está compuesto de principios universalmente aceptados, que desde un plano ético y Moral, informan los derechos que cada ser humano tiene por su condición de tal. Entre los principales principios en DDHH se encuentra el principio “pro homine” o “pro personae”, el cual puede mirarse desde dos perspectivas en orden a los derechos fundamentales. La primera, como un método hermenéutico, que impone al operador, en las tomas de decisiones, y ante la una variedad de opciones, inclinarse por aquella que, sea más favorable a los derechos de la persona individual o física, frente al ejercicio de la Potestad Estatal a la que pertenece, y para que en el caso que deba excepcionalmente restringirlos, de conformidad a las situaciones autorizada por un Tratado, Pacto, Constitución o ley, lo sea de manera tal de afectar su esencia y sustancia y siempre buscando afectar de la menor manera posible, el ejercicio regular del derecho en cuestión. También, desde otra perspectiva, el principio comentado, se debe entender del modo de armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos.

Sentado lo anterior, y debido a la amplitud del tema propuesto a desarrollar, lo que escapa a la posibilidades de extensión del presente trabajo, se elaborará las premisas argumentativas a partir de este principio, que si bien es de suma importancia en la temática, no es el único, ni mucho menos que sustenta toda la construcción del Derecho Internacional de los DDHH.

Efectuada la pertinente aclaración, pasamos a tratar la elaboración de los estándares protectorios elaborados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante los *soft law* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y opiniones consultivas, resoluciones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH).

6 Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Madrid: Gredos.

3 . Los soft law, hard law y los estándares protectores

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y los sistemas regionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituyen un ordenamiento jurídico, que como tal va sufriendo transformaciones en su desarrollo y constitución. Ello caracterizado, por la diversidad de situaciones y fenómenos que provocan efectos jurídicos vinculados a los Derechos Humanos reconocidos por la comunidad internacional en los distintos Estados Miembros que la componen.

Como bien lo sostenía el maestro alemán, Friedrich Karl von Savigny, precursor de la Escuela Histórica, el derecho no es estático, sino dinámico, y va sufriendo mutaciones con el transcurrir histórico, más allá de preservar los núcleos o contenidos esenciales como basamento de las transformaciones, y si bien algunos enunciados de su interpretación histórica no coinciden con la actual interpretación evolutiva en la interpretación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es innegable que esta última toma muchos elementos de la primera.

Lo expresado, viene a colación, a fin de poder explicar toda la construcción que a través del tiempo vienen elaborando los organismos encargados de monitorear el cumplimiento del respeto y tutela por parte de aquellos Estados que han suscripto, ratificado y/o adherido a dichos instrumentos de protección. Ello en vista de que el Derecho Internacional, si bien en cuanto a sus fuentes conserva el contenido fundamental, no es obstáculo para incorporar “en su dinámica a nuevos actores y sujetos internacionales y reconocer nuevas situaciones”⁷, pese a los contenidos de las fuentes de esencia o fundamentales que se conservan pese al transcurso del tiempo.

Se conoce con el nombre de *soft law* en el Derecho Internacional, como aquellos instrumentos, interpretaciones, decisiones o recomendaciones que dictan órganos con competencia para hacerlo, que no son vinculantes en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento, pero no por ello, carentes de efectos jurídicos o de cierta relevancia jurídica. En tanto los llamados *ftard law*, por el contra-

7 del Toro Huerta, M. (2006). El fenómeno del *Soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario Mexicano de Derecfto Internacional*, Vol. VI. Sitio web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/numero/6/art/art12.htm>

rio, son de cumplimiento obligatorio y su inobservancia por parte de un Estado puede ser exigida por la comunidad internacional o regional en su caso, por la vía de solución de conflictos y pueden derivar en la declaración de responsabilidad internacional de éstos en caso de inobservancia.

En la actualidad, no se discute el carácter de fuente internacional del derecho de los *soft law*, pese a sus particularidades y en muchos casos, los estándares por ellos fijados se convierten en el *ftard law*, cuando son tomados o incorporados en los instrumentos, resoluciones o sentencias de los órganos con facultades para emitir estos últimos.

Los enunciados que surgen los *soft law* tienen mucha importancia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello vinculado a la naturaleza del tipo peculiar del Derecho Internacional que compone.

Ejemplo de ello es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de OEA, las que en un principio fue discutido su carácter vinculante, por tratarse de una declaración y no de un tratado habiendo sido a posterior encuadradas en el concepto de *soft law* por la CoIDH en su Opinión Consultiva N° 10, donde estableció que pese a tratarse de una declaración y no de un tratado, sus enunciados son obligatorios para los Estados Miembros de OEA y tiene efectos jurídicos, es decir, constituye un *ftard law*, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁸.

En las funciones de la CIDH, sus resoluciones sobre soluciones amistosas, medidas cautelares e informes de fondo -que contienen recomendaciones a los Estados de observar ciertas acciones para adecuarlas mediante en la modificación de la conducta del Estado bajo examen- o los derivados de las “*visitas in loco*”, en principio carecen de fuerza vinculante u obligatoria. Sin embargo se ha sostenido⁹ que los informes amistosos, cuando se establecen compromisos a futuro por parte del Estado en la solución lograda, a fin de reparar los efectos de la violación que motivo la reparación, adquieren dicho carácter.¹⁰

8 OC N° 10/89 del 14 de julio de 1989, Considerandos 42 a 47.

9 Kristicevic, V. & Tojo, L. (2007). *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derecftos Humanos* (pp. 22-23). Buenos Aires: CEJIL.

10 Informe 44/99, Roison Mora, Rubiano, Caso 11525, Colombia. CIDH, In-

En tanto, respecto los informes de fondo o definitivos de la CIDH, la CoIDH, en sus pronunciamientos¹¹ ha establecido que los Estados tienen una obligación derivada del principio de *buena fe* de hacer lo posible para cumplir sus postulado, aunque no le equipara al valor de las sentencias del tribunal.

Las medidas cautelares, por su parte, por si misma no tienen carácter vinculante, pero emanan de la facultades que la CADH otorga a la CIDH de aplicarla y preservar los derechos tutelados en los tratados. Pero si el Estado no observa las medidas dispuestas y el país de que se trate ha aceptado la jurisdicción de la CoIDH, pueden someterse las solicitudes que la originaron a la competencia de ésta última, convirtiéndose en obligatoria en caso de sentenciarse a favor.

Las vistas *in loco* es otra de las atribuciones que tiene la CIDH, que le faculta a constituirse *in situ* en alguno de los Estados Miembros, cuando existen graves denuncias de violaciones de Derechos Humanos o a fin de constatar la situación de determinados grupos vulnerables, con el objeto de establecer los estándares nacionales de respeto y garantías de los DDHH consagrados en la CADH y otros instrumentos que los protegen y garantizan. De las constataciones y verificaciones obtenidas, se elabora un informe, el que luego es presentado por lo general a los órganos políticos de OEA y se hacen públicos. Si bien los países dan su aquiescencia para facilitar la visita *in loco*, el contenido del informe no es vinculante, sin perjuicio de ser una importante herramienta de promoción de los Derechos Humanos en el país visitado, debido a la publicidad que ello alcanza y a la discusión que se genera en el seno de la OEA sobre la situación de los Derechos Humanos dentro del país de que se trate.

4 . Principales estándares establecidos en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Los distintos medios de recolección de datos relativos a la situación de los Derechos Humanos en los Estados Miembros de OEA, permite a la CIDH, elaborar (a través de sus Relatarías Especiales y

forme Anual 198.

11 Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia serie C Nº 33 del 17 de Septiembre de 1997.

Temáticas e Informes Generales) estándares y recomendaciones a los Países a fin de observar y facilitar las adecuaciones que establece el artículo 2 de CADH respecto del deber de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en ella. También resulta importante destacar, el papel que la CIDH ha tenido en la fijación de estándares de protección, aún antes de la entrada en vigencia de la CADH en el año 1978, en base a los principios contenidos en la Carta de OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La fijación de estándares de Derechos Humanos por organismos de supervisión y protección como la CIDH sirven como una herramienta muy importante para orientación y guía de aquellos países de la región que, a pesar de su pertenencia Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), todavía no han alcanzado los niveles mínimos necesarios de adecuación¹² en sus cuerpos legislativos o prácticas gubernamentales para respetar, garantizar y tutelar de modo efectivo los Derechos Humanos, respecto a los sujetos sometidos a sus jurisdicciones; o habiéndolos alcanzado, han experimentado un retroceso debido a cambios ideológicos producidos en la esfera de sus poderes políticos y jurídicos.

Podemos clasificar los informes de la CIDH en: a) anuales; b) de Países; c) temáticos; y d) de peticiones individuales y casos. Dentro del aludido contexto anterior a la entrada en vigencia de la CADH, se puede citar los Informes tales como los referidos a la situación de los Derechos Humanos en aquellos países regidos por regímenes totalitarios y dictaduras militares durante los '70s y '80s. Los mismos se obtuvieron luego de visitas in loco o elaborados por iniciativa de la misma Comisión cuando no se contó con la autorización respectiva para llevar a cabo las primeras, pudiéndose citar los Informes sobre la situación de los ddhh y sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba, 1962, 1963, 1967, 1970, 1976 y 1979. También en países tales como República Dominicana, años 1965 y 1966 Informes de la situación de DDHH en Chile de 1974, 1976 y 1977; Uruguay, Paraguay y Panamá, en 1978; Argentina en 1980, siendo que este país recién ratificó la Convención Americana en 1984.¹³

Posterior al año 1978, y ya vigente la CADH se incrementaron

12 Exigidos por los arts. 1 y 2 de la CADH.

13 Informes de países de la CIDH desde 1962 a 2013: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pais.asp>:

los informes producidos, generando los principales estándares de interpretación en el Sistema Interamericano hasta que comenzó a funcionar la CoIDH en 1979, sin perjuicio que no todos los países de OEA caen bajo jurisdicción de esta última.

En los informes mencionados, se aluden a los mas variados temas de Derechos Humanos, su protección y reparación. Tanto de cuestiones vinculadas a violaciones sistemáticas como individuales, de derechos políticos y civiles (DPC) como de derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Por ello, es innegable que la CIDH, ha hecho un importante aporte desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a las fuentes internacionales de derecho en la materia, más allá de la vinculatoriedad que tengan o no sus pronunciamientos, del mismo modo que lo hacen los comités que giran bajo la órbita del Alto Comisionado para los DDHH de Naciones Unidas, en relación al sistema internacional.

5. Las Opiniones Consultivas, las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)

Si bien la CoIDH comenzó oficialmente a funcionar en el año 1979 y su jurisdicción contenciosa recién fue ejercida en el año 1987, cuando dicta su primera resolución en el caso conocido como “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, resolviendo sobre las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, expidiéndose en el fondo en la misma causa en julio de 1988.

Si bien se conoce un antecedente anterior en el año 1981, no se considera como actividad contenciosa, ya que la misma consistió en una resolución desestimatoria de la pretensión formulada por Viviana Gallardo, en la que Costa Rica pretendió renunciar al trámite de admisibilidad ante la Comisión Interamericana y someterse directamente a la jurisdicción de la Corte, dejando debidamente en claro que su jurisdicción sólo puede ser abierta a requerimiento de la Comisión Interamericana, cuando ésta declara admisible la causa y pide la apertura del caso.

Desde dicha perspectiva, se puede afirmar entonces, que este Alto Tribunal regional americano empezó a producir doctrina en Derechos Humanos, primero ejerciendo su competencia volunta-

ria, mediante la emisión de Opiniones Consultivas a partir de 1982.

Las Opiniones Consultivas son pronunciamientos que realiza el Tribunal Continental, de conformidad a las facultades conferidas por el Art. 64 de la CADH, y el Art. 2 inc. 2 del Estatuto de la Corte Interamericana, que lo define como la competencia que tiene el Tribunal para evacuar consultas acerca de la interpretación de la Convención Americana, y de otros tratados concernientes a protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos. Se encuentran facultados para realizar estas consultas, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Es decir, cualquier Estado Miembro de la OEA, la propia Comisión Americana de Derechos Humanos y el Consejo Permanente de la Organización. También puede ser objeto de una Opinión Consultiva, la solicitud de un Estado Miembro de la Organización, acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos de Derechos Humanos de la OEA., y se encuentra reglamentado el procedimiento en los arts. 70 a 75 del Reglamento de la CIDH.

Encuanto a su carácter vinculante, para los países que han aceptado la competencia del Tribunal, no es pacífico en la doctrina. En la postura negativa se agrupan quienes le niegan dicho carácter en base a la distinción entre Opinión Consultiva y la Sentencia, entendiendo a la primera como aquella que no es producto de un caso contencioso, sino de un acto voluntario de un Estado Miembro o de otros órganos de la OEA, de someter a consulta interpretativa de algún tema vinculado a los DDHH garantizados por los instrumentos americanos. En tanto la segunda, es producto de una contienda entre un sujeto víctima, conforme a los enunciados del art.

1.2 de la CADH y el Estado denunciado por violar algún derecho fundamental. Todo ello, sin perjuicio que el Reglamento de la CoIDH, remite para el dictado de la Opinión Consultiva al modo establecido para el dictado de las Sentencias¹⁴.

En nuestra opinión, adherimos a quienes sostienen que la Opinión Consultiva es vinculante, tanto para quienes la solicitan, como para el resto de los países que integran el SIDH, y han aceptado la competencia de la CoIDH. Para estos últimos, cuando los estándares fijados en la misma son de carácter general, en referencia a los derechos garantidos por los instrumentos interpretados y no solo

14 Art. 67 ss del Reglamento de la CoIDH.

pertinente al Estado u organismo de OEA que promovió la consulta, ello en virtud de los enunciados de la Convención Internacional sobre el Derecho de los Tratados de Naciones Unidas, establecido en Viena en 1969 en base a los principios de buena fe y la norma *pacta sunt servanda* (Art. 26), que están universalmente reconocidos y contemplados como pauta primordial de interpretación de todo instrumento internacional, e impone que debe primar en las conductas de los Estados contratantes, sobre aquellas materias que han sido objeto de ratificación, aceptación, aprobación y/o adhesión, sin que se haya efectuado reserva alguna sobre los temas en cuestión, en especial cuando versa de tratados de DDHH. También debe tenerse en cuenta, que siendo la Corte Interamericana el intérprete auténtico de la CADH, y de otros tratados de OEA sobre la materia, es poco probable que cuando deba resolver los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, no aplique un estándar general fijado con anterioridad en una Opinión Consultiva por ella misma, de ser pertinente al caso en cuestión. Tampoco resulta probable de que si el Estado que activó el trámite de la Opinión Consultiva, si no se adecua al estándar que en ella fija la Corte Interamericana, en la hipótesis que sobrevenga un caso contencioso contra dicho Estado y sobre la materia de DDHH, que fuera objeto de consulta no termine condenado por responsabilidad internacional, ya que el Tribunal no ignorará su propia doctrina, por más que esta haya sido fijada en una Opinión Consultiva.

A la fecha¹⁵, la Corte Interamericana se ha expedido en veintidós (22) Opiniones Consultivas, la primera de ellas, la OC - 1/82¹⁶ sobre “otrostratados” en donde se le requirió si de conformidad al Art. 64 de la Convención, estaba facultada para interpretar otros tratados de DDHH, que no fueran de la órbita de OEA, que los Estados Americanos hubieran suscripto. En síntesis, la Corte opinó que su competencia consultiva puede ejercerse en general sobre toda disposición concerniente a la protección de los DDHH, de cualquier Tratado Internacional aplicable en los Estados Americanos con independencia de que sea bilateral o multilateral, sin importar cual sea su objeto principal o de que sean o puedan ser parte del mismo Estados ajenos al Sistema Interamericano, sin perjuicio de que podrán abstenerse de responder una consulta si aprecia que

15 Junio de 2016.

16 OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, peticionada por Perú.

en las circunstancias del caso la petición excede los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano, o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al Sistema Interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga.

En las Opiniones Consultivas subsiguientes, se ha expedido sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH¹⁷; sobre restricciones a la pena de muerte¹⁸; sobre la propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la Naturalización¹⁹; sobre la colegiación obligatoria de periodistas²⁰; sobre la expresión “Leyes” en el Art. 30 de la CADH²¹; sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta²²; sobre el Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías²³; sobre las garantías judiciales en estados de emergencia²⁴; sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Art. 64 de la CADH²⁵; sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos²⁶; sobre la compatibilidad de un proyecto de ley con el Art. 8.2 h de la CADH²⁷; sobre ciertas atri-

17 OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, por la CIDH.

18 OC-3/82 del 8 de septiembre de 1983, peticionada por la CIDH.

19 OC-4/84 del 19 de enero de 1984 peticionada por el Gobierno de Costa Rica.

20 OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, peticionada por el Gobierno de Costa Rica.

21 OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, peticionada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

22 OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, peticionada por el Gobierno de Costa Rica.

23 OC-8/87 del 30 de enero de 1987, peticionada por la CIDH.

24 OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, peticionada por la República Oriental del Uruguay.

25 OC-10/89 del 14 de julio de 1989 peticionada por la República de Colombia.

26 OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 peticionada por la CIDH.

27 OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, peticionada por la República de Costa Rica.

buciones de la CIDH (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la CADH²⁸; sobre responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH (arts. 1 y 2 CADH)²⁹; sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal^{30 31}; sobre la condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño³²; sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados³³; sobre el control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la CIDH (arts. 41 y 44 a 51 de la CADH)³⁴; sobre el Art. 55 de la CADH³⁵; sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional³⁶; y por último, sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)³⁷

Del detalle dado sobre el total de las Opiniones Consultivas dadas por la CoIDH, se advierte que ha sentado verdaderas directrices interpretativas en variados temas vinculados a los derechos garantizados, no solo por la CADH, sino también de otros trata-

28 OC-13/93 del 16 de julio de 1993, peticionada por las Repúblicas de Argentina y de Uruguay.

29 OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, peticionada por la CIDH.

30 OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

31 OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

32 OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, peticionada por la CIDH.

33 OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

34 OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, peticionada por la República de Venezuela.

35 OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República Argentina.

36 OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, peticionada por Brasil, Paraguay y Uruguay en conjunto.

37 OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, solicitada por Panamá.

dos de DDHH del Derecho Internacional, fijando parámetros protectorios que en muchos casos, a posteriori, han sido consagrados en sentencias de casos contenciosos, constituyendo una verdadera fuente del Derecho Internacional de los DDHH. Mención especial, sin soslayar la importancia de cada una de ellas, se puede señalar la OC N^o 17/02, referida a la condición jurídica de los Derechos del Niño, donde se reconoció su calidad de sujeto de derecho y no solo objeto de protección, siendo de singular trascendencia la opinión concurrente del juez Cançado Trinidad.

También es de destacar la OC N^o 9/87, que estableció que las garantías y protecciones judiciales indispensables no son susceptibles de suspensión, ni aún en estado de excepción, de conformidad al Art. 27.2 de la CADH, considerándola entre ellas al Hábeas Corpus y al Amparo (art. 27.6), como así también a otros recursos efectivo ante los jueces competentes, que estén destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades, como aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados Partes, como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que refiere el Art. 22.2 de la CADH, y cuya suspensión o limitación importa la suspensión o supresión de garantías de los derechos mismos, debiéndose facilitar su ejercicio dentro del marco y según los principios del debido proceso legal recogidos por el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, sin sujeción a restricción alguna.

Vinculado a lo antes expresado, se encuentra la OC N^o 6/86, que sienta la interpretación de lo que debe entenderse por “Ley”, conforme al Art. 30 de la CADH, entendiéndola como norma jurídica de carácter general ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos, y elaborada según el procedimiento de las constituciones de los Estados Parte para la formación de las leyes. La Corte admite que las restricciones a los Derechos Humanos son posibles, no obstante lo cual no pueden estas ser arbitrarias, y deben estar debidamente motivadas y justificadas las razones de interés general o bien común, que imponen la necesidad ineludible de restringir los Derechos Fundamentales, estableciendo además, que se deben buscar los procedimientos idóneos de manera tal que pese a la restricción, se afecte de la menor manera posible el derecho afectado, buscando las opciones menos perjudiciales para el mismo, mediante una ponderación que tenga en cuenta la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, en el sentido

que no se comprometer el núcleo duro del derecho o su contenido esencial. También puede citarse la OC N° 7/86, referente a lo que en Argentina se conoce como el Derecho a Réplica, y en el marco de la CADH, como Derecho de Rectificación o Respuesta, contemplado en el Art. 14.1 de dicho instrumento, lo que acontece cuando alguna persona es afectada en su honor o reputación en base al ejercicio de la libertad de expresión por un medio de prensa, pueda exigir que por el mismo medio sean expuestas sus razones para replicar la difusión que pueda afectar a su personalidad, y sentó que dicho derecho es internacionalmente exigible conforme al Art. 1.1. de la Convención del Pacto de San José, y que en caso de que el ordenamiento jurídico interno del Estado no la contemple, tiene la obligación de adecuar con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias, conforme lo exige el Art. 2. Que siguiendo el lineamiento de dicha OC, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso *Ekmekdjian Miguel vs. Sofovich, Gerardo*³⁸, falló en reconocerle al actor dicho derecho garantizado, por la CADH, sin perjuicio que el fallo fue dictado en 1992, dos años antes de la reforma constitucional de 1994, que incorporó los Tratados internacionales de DDHH, entre ellos la CADH al plexo constitucional a través del Art. 75 inc. 22.

6 . La competencia contenciosa de la Corte Interamericana

La competencia contenciosa de la CoIDH, está contemplada en los arts. 61 a 63 del Pacto de San José de Costa Rica y en los arts. 22 a 69 del Estatuto de la CoIDH. Dentro de esta función, la CoIDH puede dictar tres tipos de pronunciamientos a fin de la protección de los Derechos Humanos garantizados por el Sistema Interamericano, cuando éstos estuvieren amenazados o se hubieran violado dichas garantías y la CIDH hubiese declarado la petición admisible, habilitando la competencia del Tribunal.

6.1. Medidas provisionales

Dentro de los pronunciamientos aludidos, podemos citar el de medidas provisionales, la que está enunciada en el Art. 63.2 de la

38 CSJN Argentina, causa: *Ekmekdjian Miguel c/ Sofovich Gerardo s/ Recurso de Hecho*, sentencia del 7 de julio de 1992.

CADH, que establece que en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas que considere pertinente antes de pronunciarse sobre el fondo. Si no se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Es decir, se consideran dos tipos de situaciones en las cuales se habilita a la CoIDH, a dictar medidas urgentes como la reseñada, que no solo tienen por objeto la caución tradicional de las medidas judiciales anticipadas, sino conforme a la doctrina desarrollada por el Tribunal, también medidas de naturaleza tutelar y puede serlo cuando el caso se sustancia ante su jurisdicción, ante el agravamiento de la situación denunciada, de violación del derecho, o como lo establece el artículo antes aludido, aunque no haya llegado a su conocimiento cuando lo solicita la CIDH, ante una petición realizada ante ese organismo, que se encuentra en trámite de admisibilidad.

Recuérdese que en el ámbito de la Comisión Interamericana, esta también puede dictar acciones urgentes, las medidas cautelares, ello de conformidad a la práctica común del Derecho Internacional de los DDHH, y amparada en los términos del Art. 106 de la Carta de la Organización los Estados Americanos. Estas medidas, en el ámbito de la Comisión, ha servido en muchos casos, como una herramienta efectiva para salvar derechos fundamentales gravemente amenazados o afectados, pero en muchos casos, lo dispuestos en las mismas, no han encontrado respuestas favorables por parte del Estado interpelado, y es allí donde la Comisión puede acudir directamente a la CoIDH, aunque no esté la causa todavía radicada en el Tribunal, a fin de que este último dicte la medida provisional, y configurando el segundo párrafo del inciso 2 del Art. 63 antes mencionado.

Por lo general, dichas medidas provisionales, son dictadas mediante resolución del Presidente de la Corte, aunque en los primeros tiempos, fueron dictadas por el Tribunal en Pleno. Las dos primeras fueron dictadas en la causa *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, el 15 y el 19 de enero de 1988 respectivamente, en la que se investigaba la muerte de la víctima y su desaparición forzosa, y durante la sustanciación del proceso, se sucedieron varios asesinatos de personas que estaban citadas a rendir testimonio ante el Tribunal, por lo que se resolvió apremiar al Gobierno de Honduras, que adopte cuantas medidas sean necesarias para prevenir nuevos atentados contra los Derechos Fundamentales de quienes han

comparecido o han sido citados para comparecer ante la Corte, apercibiéndolo al Estado en forma enérgica a cumplir con el respeto y la garantía de los DDHH en función del Art. 1.1. de la Convención, instándolo además, a que extreme todos los medios a su alcance, para investigar lo que entendió como repudiables crímenes, identifique a los culpables, y le aplique las sanciones previstas por el ordenamiento interno del país.

En la segunda resolución mencionada, requirió al Gobierno Hondureño a que en un plazo perentorio de dos semanas, informe sobre las medidas que haya adoptado o pretenda adoptar, enderezadas a la integridad física, y evitar daños irreparables a las personas que fueran citadas como testigo o ya hayan rendido su declaración, o que de un modo u otro se encuentren vinculadas al proceso. Asimismo, requirió informe sobre investigaciones judiciales iniciadas respecto a las amenazas realizadas contra dichas personas, y sobre la investigación de los asesinatos de testigos, a fin de esclarecer los casos. A la fecha son innumerables las medidas provisionales dictadas, siendo la última conocida la expedida el 28 de mayo de 2016, en el caso Wong Ho Wing vs. Perú, en la que la Corte dictó una medida provisional, posterior a la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, dictada un año antes. Por entender que no existía riesgo a la integridad física del ciudadano Wong Ho Wing, eximiéndolo al Estado peruano de cualquier responsabilidad, respecto a la inobservancia de su obligación de garantizar los DDHH, por lo que el Estado peruano continuó los trámites de extradición. Con posterioridad, ya en el año 2016, se presentó nuevamente el representante de la víctima, manifestando que ante el Tribunal Constitucional peruano, había presentado una suspensión de ejecución de la extradición de su representado de la República Popular China, como la que fue declarada infundada, razón por la cual se interpuso un Recurso de Nulidad por falta de motivación de dicha decisión, y habiendo tomado conocimiento que en el mismo sería extraditado, sin haberse resuelto la nulidad, volvió a requerir a la Corte Interamericana la medida provisional que fue resuelto por el Presidente, el Juez Rodolfo F. Caldez, quien dispuso requerir al Estado posponga la ejecución de extradición, por entender que no había cumplido con lo establecido en el punto 11 de la sentencia anterior de la CoIDH, que autorizada la misma, en la medida en que resolvieran todos los trámites y planteos que se efectuaren en las instancias internas.

Han sido muchísimas las medidas provisionales dictadas por la

CoIDH, y las referidas, lo han sido sólo a los efectos de dar una idea de los mecanismos protectores urgentes existentes en el Sistema Interamericano, en prieta síntesis, conforme el marco del presente ensayo.

7. Las Sentencias de excepciones preliminares, fondos y reparaciones de la CoIDH y los estándares de DDHH que establecen su doctrina

Además de la facultad de dictar medidas provisionales, en los casos que así corresponda, la CoIDH, en su competencia contenciosa, puede resolver sobre las excepciones preliminares previstas en la propia CADH, como en el Estatuto de la CoIDH que puede plantear el Estado denunciado. Si bien es cierto que en la litigación en el SIDH, como para que una excepción sea efectiva, la misma debe ser planteada en el proceso de admisibilidad ante la CIDH; sin perjuicio de lo cual han existido precedentes en que la CoIDH ha revisado las cuestiones planteadas al respecto, no porque sea un órgano con potestades de alzada respecto a la Comisión Interamericana, ya que ambos son organismos autónomos, sino solo en los casos en que se verifique errores que puedan afectar el principio de la legalidad en la tramitación de las excepciones en la etapa de admisibilidad. También existen otras cuestiones que la CoIDH ha decidido sustanciar, excepciones preliminares dentro del proceso contencioso bajo su órbita, cuando existen temas vinculados a su competencia “*ratione temporis*” o “*ratione materiae*”.³⁹

En concreto, cuando la CoIDH resuelve sobre excepciones preliminares, no sienta doctrina en materia de DDHH propiamente dicha, sino más bien se refiere a aspectos procesales, vinculados a los litigios en tribunales supranacionales o internacionales, de conformidad a las prevenciones normativas al efecto establecidas en los propios instrumentos de protección de DDHH, como en sus estatutos y reglamentos.

En cuanto a los pronunciamientos sobre el fondo, es el clásico “*ftard law*”, en donde se nutre de fuentes del Codex Iure internacional de los DDHH y de otras fuentes internacionales de derecho,

39 Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sent. del 20 de noviembre de 2014, entre otros.

además de crear propia doctrina que conforman estándares generales de protección de DDHH, además de atender las situaciones concretas de violaciones de Derechos Fundamentales, propuestas por los hechos del caso, en base a los planteos de las víctimas y las respuestas o réplicas que expone el Estado interpelado. Desde el primer caso resuelto, el ya referido “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, ha sentado doctrina en casi todas las materias de DDHH, contenidas tanto en los instrumentos interamericanos, como internacionales, en base a las pautas interpretativas establecidas en el Art. 29 de la CADH, así, como temas referidos al reconocimiento a la personalidad jurídica, derecho a la vida; derecho a la integridad personal; a la prohibición de la esclavitud y servidumbre; al derecho de la libertad personal; a las garantías judiciales, y dentro de la misma al principio de legalidad y retroactividad; a las indemnizaciones por error judicial; a la libertad de conciencia y religión; a la protección a la honra y la dignidad; a la libertad de expresión; el derecho de reunión y libertad de asociación; a la protección de la familia; al derecho al nombre; al derecho de los niños; al derecho a la nacionalidad; al derecho a la propiedad privada y comunitaria; al derecho de circulación y residencia; a los derechos políticos y electorales; a la igualdad ante la ley y no discriminación; a la protección judicial, todo ello dentro de la gama de los Derechos Políticos y Civiles⁴⁰. En tanto no ha tenido hasta la fecha una producción profusa respecto a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que hasta la fecha, la mayoría de sus componentes no han aceptado la judicialización directa del Art. 26 de la CADH, sin perjuicio de admitir su judicialización, en la medida en que se encuentren estrechamente vinculados a un derecho político y social. Estos criterios han sido sostenidos en casos tales como Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú⁴¹; Furlan y familiares vs. Argentina⁴²; Suárez Peralta vs. Ecuador⁴³; y Gonzáles Lluy vs.

40 Puede consultarse toda la producción de fallos de la CoIDH, en su sitio de jurisprudencia: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.

41 Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú: Sentencia del 31 de julio de 2009.

42 Caso Furlan y familiares vs. Argentina: Sentencia del 31 de agosto de 2012.

43 Caso Suárez Peralta vs. Ecuador: Sentencia del 21 de mayo de 2013.

Ecuador⁴⁴, donde se han reconocido derechos inherentes a salarios y jubilaciones; derechos de niños y niñas con discapacidad, derecho a la salud o enfermedades terminales y discriminación en el derecho a recibir educación respectivamente, en base a la conexión con los derechos políticos y civiles conforme el voto de la mayoría. En el caso “Cesantes y jubilados de la Contraloría”, el voto mayoritario reconoció diferencias salariales y jubilatorias de los peticionantes, que les fueran concedidas por sentencias de los tribunales internos no cumplidas por el Estado, y si bien en los considerandos reconoce la vinculación con los DESC, en la parte dispositiva se tiene por violada la garantía de tutela judicial efectiva contenida en el Art. 25 de la CADH y lo vinculado al derecho de propiedad del Art. 21, todos en relación al 1.1. En tanto el voto razonado de juez García Sayan alude a la posibilidad de incumplimiento de lo postulado por el Art. 26 de la CADH.

En el caso “Furlan y familiares”, la corte tuvo por violados los arts. 5, 8, 19, 21 y 25 de la CADH, y si bien reconoció la calidad de persona con discapacidad del niño Furlan, concluyó que el estado violó derechos políticos y civiles vinculado al la integridad personal, plazo razonable de proceso, acceso a la justicia, derechos de los niños y derecho de propiedad. Aquí es de destacar el voto razonado y concurrente de la jueza Margarete May Macaulay, quien aclaró que adhería al voto mayoritario, pero quería dejar sentado con el voto concurrente su opinión sobre la posibilidad de resolver parte del conflicto desde una perspectiva que contempla la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana y analizó el tema desde la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema según lo allí expresado.

Algo similar aconteció posteriormente con el caso “Suárez Peralta”, donde se juzgó cuestiones vinculadas al derecho a la salud y la mayoría concluyó que el Estado violó el artículo 5 de la CADH relativo a la integridad personal, 8 y 25 en relación al 1.1, entendiendo la imposibilidad de reconocerle autonomía como derecho judicializable al Art. 26 de la misma Convención Americana, y al derecho a la salud contemplado en el Protocolo adicional de la

44 Caso Gonzáles Lluy y familia vs. Ecuador. Sentencia del 01 de septiembre de 2015.

CADH de San Salvador⁴⁵, por el obstáculo que representa el Art. 19.6 de dicho Instrumento, el que solo habilitaría la competencia contenciosa de peticiones individuales, para el caso de violaciones por parte del los Estado de los derechos garantizados en el Art. 8 y 13 del mencionado protocolo adicional, referidos a los derechos sindicales y derecho a la educación respectivamente, según la interpretación mayoritaria de los jueces de la CoIDH. Allí es de destacar la postura del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su voto concurrente, donde con similar postura a la sumida por la jueza May Macaulay, en el caso “Furlan y familiares”, aclarando que concurre con el sentido del fallo asumido por unanimidad de votos del Tribunal, estimó que el éste pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el presente caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana. Es decir, entendiendo la factibilidad que en el caso, se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la CoIDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José.

Igual escenario acontecería en el caso “González Lluy”, en orden a la enfermedad de HIV SIDA que aquejaba a la niña víctima, respecto a la posición de la CoIDH y el voto concurrente del aludido juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación a la justiciabilidad directa de los DESC en el SIDH.

45 Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17/11/1988, con entrada en vigor el 16/11/1999.

8. Sentencias de supervisión de cumplimiento

Si bien no se encuentra contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica un procedimiento que permita supervisar el cumplimiento por parte de los Estados signatarios, las condenas impuestas por la CIDH, esta, mediante su jurisprudencia, ha interpretado la Convención en el sentido de establecer facultades de supervisión respecto a lo ordenado en sus pronunciamientos.⁴⁶

Por otro costado, el Reglamento de la Corte Interamericana, en su Art. 69, prevé el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sus fallos, por parte del Estado que ha sido objeto de condena, mediante la obligación de éste de presentar informes al respecto, y facultando a la víctimas o sus representantes a formular las observaciones que estime pertinentes. También la Comisión Interamericana ha sido habilitada a presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

Una vez que se presentan los informes y las observaciones correspondientes, la Corte Interamericana emite una resolución que se conoce como Supervisión de Cumplimiento. El primer caso en que se expidió supervisión de cumplimiento, fue en *Loayza Tamaño vs. Perú*, resolución del 17 de noviembre de 1999. Si bien la resolución a esa fecha se intitulaba “interpretación de la sentencia de fondo”, su contenido era el propio de la actual supervisión de cumplimiento, posteriormente utilizó la denominación “Cumplimiento de Sentencia”, pero ambas tenían las características de lo que hoy se conoce como supervisión de cumplimiento de sentencia, denominación esta última, que fue empleada a partir de la resolución dictada en el caso “Diecinueve Comerciantes vs. Colombia”, de fecha 10 de julio de 2007.

A la fecha, lleva emitidas 409 resoluciones de cumplimiento de ejecución de sentencia⁴⁷. Las mismas consisten en determinar la evolución del cumplimiento de las condenas de fondo y reparaciones e incluso las medidas provisionales, impuestas a los Estados demandados, en las peticiones por violaciones de DDHH, elevadas por la Comisión Interamericana.

46 Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, (Competencia) Sentencia del 28 de noviembre de 2003.

47 Información obtenida del sitio web: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_supervision_cumplimiento.cfm?lang=es

Dentro de las condenas que emite la CoIDH, se pueden distinguir los siguientes tipos:

- a. De reparación propiamente dicha, consistente en una condena pecuniaria por los daños que la violación de DDHH establecida en sentencia ha causado a las víctimas o sus familiares o causahabientes, ya sea por daño material o moral;
- b. Condenas de satisfacción, consistente en que el Estado condenado, realice algún tipo de acción que implique el reconocimiento de su acción u omisión contraria a los DDHH y su compromiso de evitar en el futuro incurrir en dichos actos, mediante un hito que implica una reparación moral a las víctimas, que puede consistir en un monumento, en una publicación por los medios de mayor circulación, o cualquier otro medio adecuado para alcanzar dichos fines.
- c. Por último, la condena o garantía de no repetición, es condena porque impone una obligación al Estado denunciado de no reiterar las acciones u omisiones que provocaron la violación que dio origen al proceso. Es garantía dirigida a la víctima, sus familiares y a los ciudadanos en general que el Estado en cuestión, a fin de que no se repitan situaciones futuras de afectación de Derechos Fundamentales, como las que fueron materia de juzgamiento. Por lo general consiste en medidas activas que el Estado debe realizar, tales como capacitar a sus recursos humanos y agentes en la materia, enmendar legislación que comprometa el cumplimiento de las obligaciones contraídas, de conformidad al Art. 1.1. de la CADH, promover las acciones administrativas y judiciales, tendientes a establecer, juzgar y sancionar mediante los procedimientos internos a aquellos agentes estatales o privados que hubieran favorecido y facilitado con su accionar u omisión la violación del Derecho cuya protección fue peticionada, entre otras medidas de dicha naturaleza.

Para el cumplimiento de lo decidido por la Corte, por lo general se establecen plazos razonables en los cuales deben satisfacerse los puntos de condena, y es allí donde la CoIDH, ha tomado una posición activa y en base a una interpretación de los enunciados de la CADH, ha dado forma a la supervisión del cumplimiento de lo decidido, mediante el procedimiento que ya fuera descrito de informes y observaciones y que ha sido consagrado en el Art. 69 de su Reglamento.

9. El control de convencionalidad

En la jurisprudencia de la CoIDH, y siguiendo precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha elaborado la doctrina del control de convencionalidad, como herramienta de concretar la obligación de garantizar los DDHH por parte de los Estados miembros que integran el SIDH, y que han aceptado la competencia contenciosa del Tribunal Continental. Ello consiste en la verificación que estos deben realizar de que sus normas y prácticas internas se adecuen con los estándares mínimos establecidos en la CADH y la jurisprudencia que elabora la Corte en su interpretación.

La elaboración del desarrollo y alcances de esta doctrina en el Sistema Interamericano ha sido progresiva, desde que el voto personal de uno de sus jueces, hasta ser tomado por el Pleno del Tribunal a posteriori, estableciendo en sus últimos fallos una obligación de observancia de sus precedentes, tanto para los Estados que han sido parte del proceso en donde se ha expedido (*res judicata*), como para aquellos que sin haber sido parte del proceso integran el Sistema Interamericano de Derecho (*res interpretata*).

En efecto, el primer caso en que se menciona la idea del control de convencionalidad es en el de “Myrna Mack Chang”⁴⁸, en la cual se estableció que el Estado no puede sustraerse del régimen de responsabilidad dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.⁴⁹

También el mencionado juez García Ramírez volvió a utilizar la mención del control de convencionalidad en el caso “Tibi”.⁵⁰

Pero ha sido recién en el caso “Almonacid Arellano”⁵¹, en el que el Tribunal en Pleno estableció en el considerando 124 que “*la Corte consiente que los jueces y los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y por ello están obligados a aplicar las disposiciones*

48 Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo y Reparaciones) – Sentencia del 25 de noviembre de 2003, en el voto razonado y concurrente del juez Sergio García Ramírez.

49 Caso Myrna... Considerando 27, voto del juez Sergio García Ramírez.

50 Caso Tibi vs. Ecuador. (Fondos y Reparaciones). Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Considerando 3 y ss., del voto del Juez García Ramírez.

51 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, etc.) Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado fta 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 contraria a su objeto y fin y esta 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 de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial, debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que desde el mismo fta ftefecto la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Se advierte que en el primer fallo en pleno en que la Corte sienta esta doctrina, habla de una “especie” de control de convencionalidad, expresión que se repetirá a los pocos meses en el caso “La Cantuta”.⁵²

En el caso “Trabajadores Cesanteados del Congreso”⁵³, la Corte sentó en el Considerando 128 que: “Cuando un Estado fta ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, los que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerarse otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁵⁴.

52 Caso La Cantuta vs. Perú (Fondo, Reparaciones, etc.), Sentencia del 29 de noviembre de 2006. 53 Caso Trabajadores Cesanteados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú), (Excepciones Preliminares, etc), Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

53 Caso Trabajadores Cesanteados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú), (Excepciones Preliminares, etc), Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

54 En igual sentido: Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 12 de agosto de 2008,

En este precedente, se establece expresamente la obligación de realizar, ya no una especie, sino un efectivo control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales *ex officio*, es decir, más allá de que lo sea petitionado por las partes del proceso.

Ya en 2007, en el caso “Boyce y otros vs. Barbados”⁵⁵, y en relación al fallo del Comité Judicial del Consejo Privado del país denunciado, estableció que *“no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana, y según la jurisprudencia de esta Corte, de acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana, y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales (Considerando 77)”*. Más adelante, en los considerandos 78, 79 y 80 de fallo mencionado, la Corte vuelve a reiterar las obligaciones que tienen los Estados que integran la Convención Americana, de adecuar sus normas jurídicas internas a la misma, y que estarea del Poder Judicial tener en cuenta la convención y además la interpretación que de la misma efectúa la CoIDH como intérprete última de la CADH, citando sus precedentes de “Almonacid” y “La Cantuta”.

Lo que es de destacar en este fallo, es que las pautas más precisas de cómo deben ser los procedimientos internos por los tribunales nacionales, para realizar esa “especie de control de convencionalidad”, en la que no sólo debe tener en cuenta los enunciados de la CADH, sino además la interpretación auténtica que de ella realiza la Corte, conforme las facultades conferidas y reconocidas por la misma Convención.

Queda claro entonces, que los principales soportes de esta doctrina, están dados por el Art. 1.1, 2, 29 de la CADH, y del Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

párr. 180; Caso Radilla Pacheco vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra 2010 párr. 219; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 30 de enero de 2014, párr. 151.

55 Caso Boyce y otros vs. Barbados (Fondo, Reparaciones, etc.), Sentencia del 20 de noviembre de 2007.

Más adelante, en el caso “Cabrera García y otro”⁵⁶, además de ratificar todo lo establecido en sus precedentes anteriores, incorporó que la obligación del control de convencionalidad en los procedimientos judiciales internos, no corresponde solo a los jueces, sino además a todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Considerando 225), en clara referencia a los Ministerios Públicos, sistemas penitenciarios, y todo aquel que tenga competencias, conforme a los procedimientos constitucionales, de tomar decisiones respecto a la administración de justicia.

En el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, en los Considerandos 123 y 124 estableció que: *“La descripta obligación legislativa del Art. 2 de la Convención, tiene también la finalidad de facilitar la función del poder judicial, de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana y/o no adoptar normativa que se adecue a la misma, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el Art. 1.1. y consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”*. Se desprende de este párrafo, que también en el acto de creación de las leyes, los poderes legislativos deben efectuar un control de convencionalidad, y en caso de no observarlo, tiene que ser el poder judicial del Estado quien lo haga invalidando la misma, dentro de los procedimientos que estatuyen sus constituciones.

En el caso “Gelman”⁵⁷, tanto en la sentencia de fondo y reparaciones, y en especial en la sentencia de supervisión de cumplimiento⁵⁸, en particular en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Polisot, se determinó claramente los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional, como lo son los fallos de la Corte Interamericana, y desde la perspectiva del control de convencionalidad, entendiendo que existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (*res judicata*) hacia las partes en su integridad; y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional

56 Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepciones Preliminares, etc.), Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

57 Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones), Sentencia del 24 de febrero de 2011.

58 Caso Gelman vs. Uruguay (Supervisión de cumplimiento), Sentencia del 20 de marzo de 2013.

(*res interpretata*) hacia todos los Estados parte de la Convención Americana, además de que involucra a todos los poderes del Estado, tanto a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y otras ramas del poder público, de cualquier nivel incluyendo a los más Altos Tribunales de justicia de los Estados que tienen el deber de cumplir de buena fe con el Derecho Internacional. (Considerandos 59 y 80).

Con estos fallos, la CIDH se ha erguido como un verdadero tribunal de casación regional para el continente americano, salvo para aquellos países que no han consentido su competencia.

10 . Consideraciones finales

Mediante el presente ensayo, se ha pretendido dar una rápida y sintética relación respecto al modo en que se han creado los estándares sobre Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano, no pretendiendo abarcar todos los contenidos al respecto, por la amplitud de la temática y la constante evolución de sus contenidos, mediante la profusa producción de precedentes generados por la reiterada inobservancia por parte de los Estados miembros de respetar los estándares mínimos de protección de Derechos Humanos, que surgen de los principios contenidos tanto por el Pacto de San José de Costa Rica y la doctrina y estándares fijados por sus dos órganos más importantes, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También es de marcar que se ha querido resaltar la importancia de estos órganos continentales en la custodia del irrestricto respeto a los derechos individuales de las personas, basados en el principio *pro ftomine* y en su dignidad, y su aporte al enriquecimiento del *corpus iuris* internacional de Derechos Humanos.

En los actuales momentos en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos atraviesa una grave crisis financiera, es importante reconocer todo el aporte que el mismo ha hecho en pos de que los enunciados convencionales y constitucionales no se conviertan en letra muerta. Por ello, los Estados miembros no deben permanecer indiferentes y honrar sus compromisos que soberana y voluntariamente asumieron al crear el Sistema.

Breve revisión al caso de la responsabilidad internacional de la Alemania Nazi en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

1. Cuestiones preliminares para la consideración del caso ante la Corte Internacional de Justicia

La demanda presentada por Alemania contra Italia ante la Corte Internacional de Justicia se relaciona con las violaciones a las obligaciones internacionales en las que habría incurrido el segundo estado debido a que en su práctica judicial interna no se respetó la “*inmunidad de jurisdicción*”¹ reconocida por el derecho internacional público.

La cuestión se concentra en el debate jurídico según el cual si las acciones civiles fundadas en las violaciones del derecho internacional

1 Barria García, J. A. (1993). Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estado y sus bienes. En *Tftémis*, 26, 49. “La mayoría de los autores coinciden en que la inmunidad absoluta de jurisdicción de los estados fta registrado desde mediados de este siglo importantes transformaciones. Su formulación y extensión, originalmente muy amplias, ftan disminuido enormemente. La nueva tesis surgi-da en gran medida de la práctica judicial de algunas naciones, conocida como “in-munidad restringida o relativa”, es fruto del cambio que experimentara la noción de Estado, y más precisamente de su queftacer económico-social; y en seguida de la creciente internalización del comercio, en donde las empresas estatales juegan un rol preponderante. Así, es corriente en el mundo de ftoy que los estados actúen dentro de otros ordenamientos jurídicos, muy diferentes del propio, lo que traer consigo restricciones de la soberanía territorial, por lo que este concepto no tiene ya el alcance de otrora”. Sorensen, M. (1973). *Manual de Derecfto Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica. Visscher, C. (1962). *Teorías y realidades en derecfto internacional público* (p. 265). Barcelona: Bosch. “el de-seo de respetar la soberanía extranjera (par in parem non ftabet jurisdictionen), sin sacrificar por ello de un modo demasiado absoluto intereses privados dignos de respeto”. Dupuy, P. M. (2003). *Obligations multilaterales, droit imperatif et rêsponsabilité internationale des Etats*. Colloque international de Florence, 7 et 8 décembre 2001. Paris: Pedone. Ferrer Lloret, J. (2007). La inmunidad de jurisdicción ante violaciones graves de los Derechos Humanos. En *Revista Española de Derecfto Internacional*, 1 (59), 29-63.

humanitario cometidas por el “Reich” alemán durante la Segunda Guerra Mundial entre septiembre de 1943 y mayo de 1945, y cursadas en Italia representan una violación a las obligaciones jurídicas internacionales inherentes a la **inmunidad de jurisdicción** que debe ser reconocida a la República Federal de Alemania². Así mismo, las mencionadas violaciones se concretaron al hacer ejecutables en territorio italiano las decisiones judiciales adoptadas en Grecia por las mismas infracciones al derecho internacional humanitario.

Se examina una decisión que revierte la garantía máxima de protección de los Derechos Humanos y del derecho internacional humanitario, al dotarse de primacía a los principios de independencia y de soberanía, limitando la posibilidad de acceder a una protección eficaz de los derechos, especialmente cuando se trata de hechos en los que ocurren violaciones graves, sistemáticas y sobre las que ha operado cierta impunidad.

Revisemos, inicialmente, los elementos contextuales para definir las cuestiones controversiales del caso, en el marco de la responsabilidad internacional.

2. Elementos contextuales necesarios para la definición de las cuestiones controversiales relacionadas con la responsabilidad internacional afirmada para el caso

Son varios los elementos contextuales que deben ser considerados para poder abordar el tratamiento de la decisión judicial adoptada por la Corte Internacional de Justicia en decisión de 3 de febrero de 2012, dentro del caso número 143, Alemania contra Italia.

El primero hace referencia al tratado de paz de 10 de febrero de 1947, con el que las potencias aliadas al concluir un tratado de paz con Italia resolvieron solucionar las consecuencias jurídicas y económicas de la guerra con dicho Estado, siendo sustancial lo contenido en el artículo 77.4 según el cual *“Italia renuncia, a nombre propio y a nombre de los nacionales italianos, a toda reclamación contra Alemania y los nacionales alemanes que no ftayan sido re-*

2 Milano, L. (2008). Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne. En *Revue Trimestrielle des Droit de l’Homme*, 76, 1062-1063. *“Les immunités des Etats (10) sont justifiées par les principes clasiques d’ indépendance, de souveraineté et d’ égalité entre Etats”*.

sueltos antes del 8 de mayo de 1945, exceptuando aquellas que resulten de contratos y de otras obligaciones que ftayan sido adquiridas antes del 1 de septiembre de 1939. Esta renuncia será considerada como aplicable a las deudas, a todas las reclamaciones de carácter intergubernamental relativas a los acuerdos concluidos en el transcurso de la guerra y a todas las reclamaciones que porten sobre las perdidas y daños causados durante la guerra”.

La segunda referencia que trae la decisión judicial hace referencia a la ley alemana federal de indemnización de 1953, consagrada para operar la indemnización a las víctimas de la persecución nacional – socialista “*Bundesentscftädigungsgesetz*”. La aplicación de dicha normativa para ciertos nacionales italianos fue problemática bien porque no se encuadraban sus situaciones a la categoría de víctimas de la persecución nacional – socialista, o porque no tenía su domicilio o residencia en Alemania al momento de efectuar la reclamación.

Sin perjuicio de lo anterior, en 1965 la ley fue modificada permitiendo que diera cobertura legal a las reclamaciones de todas personas perseguidas por razones de su nacionalidad o de pertenencia a un grupo étnico no alemán, siempre que cumplieran como condición que hubieren obtenido el estatus de refugiados para el 1 de octubre de 1953. En este contexto normativo se llegó a constatar que las reclamaciones realizadas por personas de nacionalidad extranjera en Alemania fueron generalmente rechazadas en su jurisdicción.

El tercer momento contextual está comprendido por los acuerdos a los que llegaron el 2 de junio de 1961 la República Federal de Alemania y la República de Italia, de los que se destaca lo contenido en el artículo segundo del primer acuerdo de acuerdo con el cual se fijaron dos supuestos: (1) se declaraba por el gobierno de Italia “*que todas las reclamaciones pendientes de la República Italiana o de personas físicas o jurídicas italianas contra la República Federal de Alemania o contra personas físicas o jurídicas alemanas ftan sido solucionadas, para aquellas que se fundan sobre derecftos y situaciones de ftecftos nacidas en el curso del periodo que va del 1 de septiembre de 1939 al 8 de mayo de 1945*”; y, (2) el mismo gobierno le debía ofrecer garantías a la República Federal de Alemania y a todas las personas físicas y jurídicas alemanas contra todo proceso o acción judicial relacionada con los anteriores reclamos.

En tanto que en el segundo acuerdo la República Federal de Alemania se comprometió a indemnizar a todas las personas italianas víctimas de la persecución nacional-socialista, especialmente cuan-

do hayan sufrido “una privación de la libertad o afectaciones en su salud, al igual que a favor de las personas que ftayan muerto debido a esas medidas”.

En el artículo tercero se consagró que el “pago previsto en el artículo primero soluciona de forma definitiva entre la República Federal de Alemania y la República Italiana todas las cuestiones que constituyen el objeto del presente tratado, sin perjuicio de los derechos eventuales de nacionales italianos fundados en la legislación alemana en materia de indemnización”.

En la primera década del año 2000, específicamente el 2 de agosto de ese año la República Federal de Alemania adoptó la ley federal con que se creó la fundación “Memoria, responsabilidad y futuro”, cuyo objeto es la indemnización a las personas sometidas a trabajos forzosos y otras injusticias durante el período nacional-socialista (artículo 2, párrafo 1). De acuerdo con el artículo 11 se excluía del derecho a la reparación a las personas que hubieren tenido el estatus de prisioneros de guerra, salvo que hayan estado recluidas en campos de concentración o que se pudieren configurar bajo otras categorías. Dicho precepto fue sometido a un control de constitucional ante el Tribunal Constitucional Alemán el cual estimó que el párrafo tercero del artículo 11 que excluía a los prisioneros de guerra del beneficio de la reparación no violaba el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en la Constitución alemana, así como tampoco había en el derecho internacional público reconocimiento alguno a un derecho individual a la reparación por causas de trabajos forzados. Con relación a esta norma fue sometido un caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, “*affaire Associazione nazionale reduci et 275 autres vs. Allemagne*, que fue inadmitido por decisión de 4 de septiembre de 2007 (ârret 4563/04)³.

3 Con relación a esta misma cuestión puede verse en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos: (1) *Grosz vs. France*, ârret du 16 juin 2009, requête n° 14717/06, en la que se consideró respecto a las reclamaciones de indemnización de un ciudadano francés sometido a trabajos forzados durante la época del nacional-socialismo. Cour Européenne des Droits de l’Homme, Cinquième Section, *Georges Grosz c. France*, 16 juin 2009, requête n° 14717/06. “[...] Concernant l’article 6 de la Convention, la Cour rappelle qu’il est applicable pour les contestations relatives a des droits et obligations de caractère civil que l’on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne (*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, §81, série A no 98). Dans la présente espèce, le requérant souhaitait obtenir le paiement des heures de travail effectuées pour le compte de l’Etat allemand ainsi qu’une indemnisation du fait de ses conditions de travail. Le défendeur, l’Etat allemand, ayant invoqué l’im-

Finalmente, se debe examinar el contexto de los procesos judiciales iniciados con ocasión de la responsabilidad patrimonial invocada contra la República Federal de Alemania ante las instancias judiciales italianas: (1) el primer caso considerado en la sentencia es el de *Luigi Ferrini* quien fue obligado desde agosto de 1944 a trabajar en una fábrica de municiones hasta el final de guerra, quien presentó una demanda ante el Tribunale di Arezzo el cual la desestimó el 3 de noviembre de 2000 argumentando que la República Federal de Alemania estaba protegida por la *inmunidad de jurisdicción*, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Firenze por sentencia de 16 de noviembre de 2001. No obstante, la anterior providencia fue revocada por la Corte di Cassazione el 11 de marzo de 2004 argumentando que la mencionada inmunidad no operaba cuando el acto impugnado constituía un crimen internacional. En el curso de la tramitación del proceso la Corte de Apelaciones de Firenze profirió la sentencia de 17 de febrero de 2011 ordenando a la República Federal de Alemania el pago de los daños e intereses a Luigi Ferrini siguiendo la doctrina de la Corte di Cassazione. Bajo esta misma premisa se decidieron los casos *Giovanni Mantelli y otros y Leberato Maietta*.

En otras jurisdicciones, específicamente la griega, se cursaron casos en contra de las acciones realizadas por los miembros de las fuerzas armadas alemanas, en el caso de la “*masacre de Distomo*”

munité étatique, la procédure devant les juridictions internes s'est achevée sans que les tribunaux ne se prononcent sur le droit à indemnisation du requérant en droit interne. Toutefois, la Cour accepte que le requérant disposait d'une contestation réelle et sérieuse sur des droits de caractère civil. L'article 6 § 1 est donc applicable à la présente procédure (...) Ainsi, la Cour ne saurait considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel qu'il est consacré par l'article 6 § 1 de la Convention, des mesures prises par un Etat qui reflètent des règles généralement reconnues en matière d'immunité des Etats. Rien dans la présente espèce ne permet de s'écarter d'une telle conclusion. Quant à l'indemnisation des anciens du S.T.O, si la Cour a eu l'occasion de noter un certain assouplissement en matière d'immunité de juridiction des Etats devant les tribunaux grecs (Kalogeropoulou et autres, précité), elle n'a cependant pas jugé dans cette dernière affaire que l'immunité d'exécution dont jouissait l'Etat contrevenait au droit d'accès à un tribunal (voir, également, mutatis mutandis, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie* (déc.), no 60861/00, § 81, CEDH 2005-VI). Cela vaut du moins en l'état actuel du droit international public, ce qui n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel. Dès lors, les décisions par lesquelles les juridictions nationales ont refusé d'examiner la demande en indemnisation du requérant ne sauraient être considérées comme des restrictions injustifiées et disproportionnées au droit d'accès à un tribunal. Le grief doit être déclaré irrecevable en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention”.

ocurrida el 10 de junio de 1944. Dicho asunto fue decidido en última instancia condenando a la República Federal de Alemania al pago de los daños e intereses a las víctimas, ratificada por la decisión de la Corte de Casación griega de 4 de mayo de 2000. No obstante, dicha providencia quedó sin surtir sus efectos ya que la normativa procedimental de Grecia, artículo 923 del Código de Procedimiento Civil, establecía que para ser ejecutada debía contarse con la autorización del Ministerio de Justicia la que nunca se ofreció. Como consecuencia de lo anterior, el caso fue sometido ante la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania*, que en decisión de 12 de diciembre de 2002 inadmitió al aplicar el principio de inmunidad del Estado⁴. A su vez, el Tribunal Supremo Federal de Alemania por decisión de 26

4 Cour Européenne des Droits de L'Homme, Première Section, Aikateronini Kalogeropoulou et autres c. Grèce et l'Allemagne, 12 décembre 2002, requête n° 59021/00. "(...) On ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats (*Al-Adsani c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 52-56). Au vu de ce qui précède, la Cour estime que si les tribunaux grecs ont condamné l'Etat allemand à payer des dommages-intérêts aux requérants, cela n'emporte pas nécessairement obligation pour l'Etat grec de garantir aux requérants le recouvrement de leur créance au travers d'une procédure d'exécution forcée sur le sol grec. En se référant à l'arrêt no 11/2000 de la Cour de cassation, les requérants semblent affirmer que le droit international relatif aux crimes contre l'humanité est si fondamental qu'il constitue une norme de jus cogens qui l'emporte sur tous les autres principes de droit international, y compris le principe de l'immunité souveraine. Toutefois, la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat (voir *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, op. cit., § 66). Il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d'outrepasser contre son gré la règle de l'immunité des Etats. Cela est au moins vrai dans la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire *Al-Adsani* précitée, ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur. Dès lors, le refus du ministre de la Justice d'accorder aux requérants l'autorisation de procéder à la saisie de certains biens allemands situés en Grèce ne saurait passer pour une restriction injustifiée au droit d'accès des requérants à un tribunal, d'autant qu'il a été examiné par les juridictions internes et confirmé par un arrêt de la Cour de cassation grecque".

de junio de 2003 determinó que las decisiones de los Tribunales de Grecia no podían reconocerse en el ordenamiento jurídico alemán ya que se había violado el derecho a la inmunidad de la República Federal de Alemania. Las decisiones judiciales adoptadas con ocasión de la “*masacre de Distomo*” fueron llevadas ante los tribunales italianos, particularmente ante la Corte de Apelaciones de Firenze, la que en decisión de 2 de mayo de 2005, confirmada por la Corte de Casación de 6 de mayo de 2008, declaró exigible en Italia la sentencia de la Corte de Casación de Grecia contra Alemania en cuanto a la exigibilidad de las costas, así como de las indemnizaciones como se desprende de las providencias de las mismas autoridades judiciales italianas de 13 de junio de 2006 y de 12 de enero de 2011.

3 . Planteamiento de la controversia judicial sustantiva

De la lectura del numeral 50 de la sentencia, en su traducción, se encuentra que le “*corresponde a la Corte determinar si, como lo sostiene Italia, la ausencia de ejecución completa por un Estado de una obligación de reparación que le incumbe es susceptible de tener incidencia, en derecho sobre la existencia y el alcance de la inmunidad de jurisdicción de este Estado ante los tribunales de otro Estado*”, ya que en caso de “*respuesta afirmativa a la cuestión precedente, la segunda cuestión sería saber si, en las circunstancias particulares de la especie, particularmente teniendo en cuenta el comportamiento de Alemania sobre lo relativo a las reparaciones, los tribunales italianos tenían motivos suficientes para dejar de lado la inmunidad de esta última*”.

Con otras palabras, la normal exigencia de una reparación por los daños ocasionados con las actividades realizadas por la Alemania nazi en la segunda guerra mundial queda desprovista de la naturaleza de obligación *erga omnes*, en los términos de lo contenido en la sentencia de 1970 dentro del asunto Barcelona Traction decidido por la Corte Internacional de Justicia⁵, por la prevalencia de la inmunidad de jurisdicción.

5 Cebada Romero, A. (2002). Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 4.

4. Premisas o reglas jurisprudenciales formuladas por la Corte Internacional de Justicia para resolver el caso

La Corte Internacional de Justicia para resolver el caso plantea las siguientes premisas o reglas jurisprudenciales:

1. Con base en el literal b) párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte debe partirse de la existencia y constatación de una *“práctica general aceptada como derecho”*, ya que una *“‘práctica efectiva’ acompañada de una opinio juris es particularmente requerida para que exista tal regla”* (Caso Plataforma continental del mar del Norte, República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Holanda).
2. La inmunidad de jurisdicción *“consiste en una obligación que les impone el derecho internacional; en sentido contrario, por la afirmación de los Estados, en otros casos, de su derecho a ejercer su jurisdicción respecto a Estados extranjeros”*⁶.
3. Dicha inmunidad es reconocida en el derecho internacional como derecho⁷, así como una regla que *“juega un papel importante en derecho internacional y en las relaciones internacionales. Procede del principio de igualdad soberana de los Estados que, tal como surge claramente del párrafo 1 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los principios fundamentales del orden jurídico internacional. Este principio debe ser considerado de forma conjunta con aquel en virtud del cual cada Estado mantiene su soberanía en su propio territorio, soberanía de la cual*

6 “56. Si bien la cuestión de los orígenes de la inmunidad de los Estados y de los principios que la sustentan ftaya sido objeto de largos debates, la Comisión de Derecho Internacional constató, en 1980, que la regla de la inmunidad de los Estados ftavía “sido adoptada como regla general de derecho internacional consuetudinario sólidamente arraigada en la práctica contemporánea de los Estados” (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, vol. II, segunda parte, p. 144, par. 26)”.

7 “La Corte estima que esta conclusión, que reposa sobre un análisis exftaustivo de la práctica de los Estados, ftu sido desde entonces confirmada por un conjunto de leyes nacionales, de decisiones judiciales, de afirmaciones de un derecho a la inmunidad, al igual que por los comentarios de los Estados sobre lo que sería luego la Convención de Naciones Unidas. Surge de esta práctica que los Estados, ya sea cuando invocan la inmunidad para su propio beneficio o cuando la conceden a otros, parten generalmente del principio que existe en derecho internacional un derecho a la inmunidad del Estado extranjero, de donde surge para los demás Estados la obligación de respetarlo y darle efecto”.

*brotó para él un poder de jurisdicción frente a los hechos que se produjeron sobre su suelo y con las personas que están presentes. Las excepciones a la inmunidad del Estado constituyen una derogación al principio de igualdad soberana. La inmunidad puede constituir una derogación al principio de la soberanía territorial y al poder de jurisdicción que se desprende de este*⁸.

4. El derecho a la inmunidad es de carácter procesal, con el que se busca el pleno respeto a los principios de independencia y de soberanía que sustentan la concepción tradicional del Estado en el ordenamiento jurídico internacional como sujeto de derecho público.
5. Ahora bien como regla que se desprende de lo contenido en el artículo 13 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos *“la conformidad de un acto al derecho internacional no puede ser determinada respecto al derecho en vigencia al momento en que el acto se produjo”*.
6. Con base en la anterior regla, la Corte consideró que debía *“examinar y aplicar el derecho de la inmunidad de los Estados tal como existía en el momento de los procesos italianos y no como estaba en vigencia en los años 1943 a 1945”*.
7. Es necesario distinguir entre los actos de *“jure imperii”* y de *“jure gestionis”*, ya que la Corte Internacional de Justicia parte de la premisa de considerar que los *“actos de las fuerzas armadas y de otros órganos del Estado alemán ante la justicia italiana eran actos de jure imperii”*⁹.

8 Díaz Barrado, C. M. (2012). La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24, 2. *“El paulatino proceso de conformación del ordenamiento jurídico internacional está conduciendo, sin duda, al fortalecimiento de una serie de principios de “naturaleza constitucional”. La articulación de una verdadera comunidad internacional depende, en buena medida, del contenido y alcance que logren estos principios y de los efectos que, en la práctica, vayan produciendo en todos los sectores del Derecho Internacional. Desde la óptica normativa, no existen dudas de que se han producido avances muy significativos en la sociedad internacional que, por fin, se está dotando de un marco sustantivo que le permita, al ordenamiento jurídico internacional, contar con normas que reconozcan derechos e impongan obligaciones sobre la base de principios rectores que regulan las relaciones internacionales”*.

9 *“60. (...) La Corte considera que las expresiones ‘jure imperii’ y ‘jure gestionis’ no implican en nada que los actos demandados sean lícitos, sino que indican*

8. La práctica estatal, según lo valorado por la Corte, “*certifica que un Estado continúa gozando, en el marco de instancias civiles, de inmunidad en razón de actos de iure imperii cuando se discuten actos que ftayan causado la muerte, un perjuicio corporal o un perjuicio material cometido por sus fuerzas armadas y otros órganos en el marco de un conflicto armado, aun cuando los actos en cuestión ftayan ocurrido en el territorio del Estado de la jurisdicción*”¹⁰.
10. Luego, las decisiones de la jurisdicción italiana no se corresponden con la inmunidad reconocida a la República Federal de Alemania, ni podía sustentarla en la excepción territorial.
11. Consideró la Corte Internacional de Justicia que la inmunidad de jurisdicción reconocida a un Estado no se exceptúa ante la existencia de violaciones graves al derecho internacio-

solamente si deben ser apreciados respecto del derecho que rige el ejercicio del poder soberano (jus imperii) o del derecho que rige las actividades no soberanas del Estado, en particular aquellas de orden privado y comercial (jus gestionis). En la medida en que esta distinción sea pertinente con el fin de determinar si un Estado puede beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales de otro Estado respecto de un acto particular, esta debe ser tenida en cuenta antes que los tribunales en cuestión puedan ejercer su competencia, cuando la cuestión de saber si ese acto es lícito o no solo puede resolverse con el ejercicio de esa competencia. Si bien el presente caso tiene como particularidad que la ilicitud de los actos en causa fue admitida por Alemania en todas las etapas del proceso, la Corte estima que ello no tiene incidencia sobre su calificación como actos de iure imperii”.

10 “77. (...) Esta práctica está relacionada con la opinio juris, al igual que lo certifican las posiciones de diversos Estados y la jurisprudencia de un cierto número de jurisdicciones nacionales, que indicaron de manera clara que consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía el reconocimiento de la inmunidad. La ausencia casi total de toda jurisprudencia contraria es igualmente significativa, al igual que el hecho que un Estado no ftaya jamás declarado —aunque sea en el marco de trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la inmunidad del Estado, de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas o en cualquier otro contexto del que la Corte pudiera tener coincidencia— que el derecho internacional consuetudinario no establece la inmunidad en este tipo de casos. 78. De acuerdo con lo anterior, la Corte estima que el derecho internacional consuetudinario siempre impone el que se tenga que reconocer la inmunidad al Estado cuyas fuerzas armadas u otros órganos sean acusadas de ftaber cometido en el territorio de otro Estado actos perjudiciales en el curso de un conflicto armado. Esta conclusión se confirma con las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos a las que se ftizo mención anteriormente (ver párrafos 72, 73 y 76)”.

nal de los Derechos Humanos o al derecho internacional humanitario (91¹¹).

12. La tensión planteada entre la regla del *ius cogens* y la regla de derecho consuetudinario de reconocer y conceder la inmunidad de jurisdicción no se presente en criterio de la Corte Internacional de Justicia, ya que parte del supuesto según el cual *“las reglas del derecho de los conflictos armados que prohíben matar a civiles en un territorio ocupado o de deportar civiles o prisioneros de guerra para llevarlos al trabajo forzado sean normas de jus cogens, estas reglas no entran en conflicto con aquellas que regulan la inmunidad del Estado”* (93¹²), lo que le llevó a concluir que *“la inmunidad de un Estado extranjero de conformidad con el derecho internacional consuetudinario no corresponde a juzgar lícita una situación creada por la violación de un (sic) regla de jus cogens, ni a prestar ayuda o asistencia al mantenimiento de dicha situación y no sabría entonces contravenir el principio enunciado en el artículo 41 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado”* (93). Luego la Corte argumentó que la *“aplicación de las reglas de la inmunidad del Estado con fines de determinar si las jurisdicciones italianas pueden conocer de los reclamos fundado en dichas violaciones no podría crear el más mínimo conflicto con las reglas que se violaron”* (94).
13. Lo anterior implica para la Corte Internacional de Justicia afirmar que la *“obligación de reparación es una regla que existe independientemente de las reglas que rigen los medios por los*

11 “91. La Corte concluye que, en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, un Estado no se encuentra privado de la inmunidad por la sola razón de ser acusado de violaciones graves al derecho internacional de los Derechos Humanos o al derecho internacional de los conflictos armados. Formulando esta conclusión, la Corte tiende a resaltar que se pronuncia únicamente sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado ante los tribunales de otro Estado”.

12 “93. (...) Estas dos categorías de reglas se relacionan en efecto con cuestiones diferentes. Aquellas que rigen la inmunidad del Estado son de naturaleza procesal y buscan determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer su jurisdicción frente a otro. No tienen ninguna incidencia en la cuestión de saber si el comportamiento por el cual se iniciaron las acciones era lícito o ilícito. Es por ello que el efecto de aplicar el derecho contemporáneo de la inmunidad del Estado a una instancia relativa a eventos ocurridos entre 1943 y 1945 no afecta el principio según el cual los tribunales no deben aplicar el derecho de manera retroactiva con los fines de pronunciarse sobre cuestiones de licitud y de responsabilidad”.

cuales se le debe dar efecto. Pese a ello, el derecho de la inmunidad del Estado forma parte de estas últimas. Una decisión tendiente a reconocer la inmunidad a un Estado no entra entonces en conflicto con la obligación de reparación no con la regla que prohíbe el efecto ilícito cometido en un principio” (94¹³).

14. Frente al alcance de la regla de *jus cogens* la Corte consideró que *“no sufre ninguna derogación, sino que son las reglas las que determinan el alcance y extensión de la jurisdicción, al igual que las condiciones en las cuales esta jurisdicción puede ser ejercida, sin derogar las reglas de naturaleza material con valor de jus cogens, y no existe nada intrínseco en la noción de jus cogens que impondría su modificación o su separación de la aplicación” (95¹⁴).*

5 . Aportes de las opiniones individuales

De acuerdo con el juez Koroma no podía la Corte Internacional de Justicia abordar el fondo del asunto, esto es, indagar si el comportamiento de las fuerzas armadas alemanas se correspondió con las normas y estándares internacionales, sino en dilucidar si

13 “94. (...) Además, durante un siglo la casi totalidad de los tratados de paz o acuerdos de postguerra reflejaron la elección ya sea de no exigir el pago de indemnizaciones, o de recurrir a título de compensación al pago de una suma global. Teniendo en cuenta esta práctica resulta difícil percibir en derecho internacional una regla que imponga una indemnización completa por cada una de las víctimas de la cual la comunidad internacional de los Estados en su conjunto acordaría estimar que ello no puede sufrir ninguna derogación”.

14 “95. (...) En el caso de las actividades militares, estimó que el valor del *jus cogens* reconocido como regla no le confiere una competencia que esta no tendría de otra forma (*Actividades militares sobre el territorio del Congo (nueva demanda: 2002)* (República Democrática del Congo c. Ruanda), sentencia, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, par. 64 y 125). En el caso de la orden de detención, sin mencionar expresamente la noción de *jus cogens*, la Corte juzgó que el efecto de que un ministro de asuntos exteriores fuera acusado de crímenes contrarios a las normas con un carácter indudable de *jus cogens* no le prohibía a la República Democrática del Congo solicitar, como lo autoriza el derecho internacional consuetudinario, que el interesado se beneficiara de la inmunidad (*Orden de detención del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 58 y 78). La Corte estima que el mismo razonamiento vale para la aplicación del derecho internacional consuetudinario relativo a la inmunidad de un Estado perseguido frente a los tribunales de otro Estado”.

procedía la aplicación o no de la inmunidad a favor de la República Federal de Alemania. Que los actos cometidos por dichas fuerzas armadas son actos de *jure imperii*, por lo que la “*cuestión era entonces saber si existe una excepción a esta regla general que privaría a los Estados de su inmunidad soberana en lo que concierne los actos ilícitos cometidos por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado durante el desarrollo de un conflicto armado o de la ocupación del mencionado territorio*”¹⁵.

En tanto que el juez Keith planteó que la excepción territorial a la regla consuetudinaria de la inmunidad de jurisdicción debía tener en cuenta: (1) no “*se aplicaría a los actos cometidos en el curso de un conflicto armado entre Estados, puesto que se trata aquí de actos de dimensión internacional, de carácter soberano y que deben apreciarse frente al derecho internacional y no frente al derecho local*”; (2) que “*aun (sic) si las legislaciones nacionales restringieron dicha inmunidad, esta continúa aplicándose generalmente frente a las acciones fundadas en los actos de las fuerzas armadas del Estado*”; y, (3) en “*el plano internacional, las reclamaciones relativas a los daños de guerra y a las pérdidas formuladas contra los antiguos beligerantes son, en la práctica, el objeto de negociaciones y de acuerdos interestatales*”.

A su vez el juez Bennouna en su opinión consideró que “*el carácter indisociable de la responsabilidad y del ejercicio de la soberanía hace que sea sumiendo, si hubo lugar, la primera que el Estado puede justificar su reivindicación de la inmunidad ante los tribunales extranjeros bajo el título de la igualdad soberana*”, por lo que en “*circunstancias excepcionales cuando el Estado presunto autor de los hechos ilícitos recusa toda discusión sobre su responsabilidad, bajo cualquier forma, que podría perderse el beneficio de la inmunidad ante los tribunales del Estado del foro*”.

El juez Cançado Trindade en su opinión disidente planteó: (1) era importante “*tener presente la evolución del derecho para apre-*

15 “*El Juez Koroma observa que el derecho a la inmunidad soberana ha evolucionado y que existe hoy una excepción limitada a la inmunidad para cierto tipo de actos perjudiciales. Nota que esta excepción está codificada en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes, que puede ser considerada como el reflejo del estado actual del derecho internacional consuetudinario (...) El Juez Koroma concluye, en consecuencia, que los Estados se benefician aún hoy de la inmunidad soberana en lo que concierne los actos jure imperii cometidos por sus fuerzas armadas durante un conflicto armado*”.

ciar convenientemente las relaciones entre inmunidades del Estado y el derecho a las reparaciones de guerra”; (2) las “inmunidades del Estado son una prerrogativa o un privilegio y no podrían ser obstáculo para la evolución del derecho internacional que se manifiesta actualmente a la luz de los valores humanos fundamentales”; (3) en su criterio “cuando la inmunidad del Estado está en ponderación con el derecho al acceso a la justicia, es a favor de este último que se debe resolver, en particular en los casos que tienen relación con crímenes relacionados con el derecho internacional”¹⁶; (4) afirmó que “los Estados no pueden suspender inter se los derechos que, siendo derechos naturales de la persona humana, no les pertenecen. Es para él inadmisibles que los Estados pretendan acordar la suspensión de derechos naturales de la persona humana, práctica contraria al “orden público” internacional y que debe ser privada de todo efecto jurídico”¹⁷; (5) sustenta la ilicitud del trabajo forzoso y el derecho a las reparaciones de guerra en la Convención IV de la Haya de 1907 y en la Convención de la Organización Internacional del Trabajo de 1930; (6) en su criterio “son los crímenes frente al derecho internacional los que comprometen y desestabilizan el orden jurídico internacional y no las tentativas efectuadas por particulares para obtener reparación de los perjuicios que son su consecuencia. Lo que afecta este orden jurídico son los actos que buscan cubrir crímenes y la impunidad que resulta para los autores y no los procedimientos realizados por las víctimas para obtener justicia (partes X y XIII). Cuando un Estado se autoriza a una política criminal para aniquilar una parte de su población y aquella de otros Estados, no podría, después, resguardarse detrás de las inmunidades soberanas que no fueron ciertamente concebidas para tal fin”; (7) en ese sentido, “las

16 “(...) importa respetar el imperativo de justicia y excluir la impunidad de los crímenes relacionados con el derecho internacional con el fin de impedir que otros crímenes de este tipo se cometan a futuro. Según él, las violaciones de derechos del hombre y del derecho internacional humanitario alcanzan un grado de gravedad que excluye todo obstáculo jurisdiccional a la admisibilidad de las demandas de reparación de perjuicios sufridos por las víctimas (parte VII). Todas las atrocidades cometidas a gran escala son consideradas en nuestros tiempos, según él, debido a su grado de gravedad, sin importar quiénes sean sus actores; la inmunidad del Estado no podría exonerar a los Estados que siguen una política criminal y se autorizan a cometer atrocidades”.

17 “He afitado una verdad profundamente marcada en la conciencia colectiva de la humanidad, la conciencia jurídica universal, fuente principal de todo derecho”.

violaciones graves de los derechos del hombre y del derecho internacional humanitario, que constituyen crímenes frente al derecho internacional, son actos antijurídicos, contrarios al jus cogens, que no podrían ser borrados o dejados al olvido por la simple invocación de la inmunidad del Estado”; (8) luego consideró que la primacía siempre debía estar del lado del acceso a la justicia¹⁸, lo que implicaba la superación de la distinción clásica de la distinción entre los “actos de jure gestionis” y los “actos de jure imperii”, sino que los actos cometidos por el III Reich son “crímenes, delicta imperii, que no podrán ser cubiertos por ninguna inmunidad”; (9) la inmunidad como figura jurídica en el derecho internacional público “no estaba seguramente llamado a designar un privilegio de jurisdicción que exonerase a los responsables de crímenes frente al derecho internacional o de las violaciones graves de los derechos (sic) del hombre y del derecho internacional humanitario, o un medio de cubrir dichos actos”; (10) cuando se trata de la comisión de este tipo de crímenes graves “es perfectamente legítimo que los individuos implicados tengan acceso directo a la jurisdicción internacional con el fin de hacer valer sus derechos como víctimas, incluso frente al Estado de donde son originarios”¹⁹; y, (11) por lo tanto, no hay inmunidad

18 “(...) el derecho al acceso a la justicia, entendido en el sentido amplio, incluye no solo el derecho al acceso formal a la justicia (aquel de presentar una acción), el derecho a un recurso efectivo, sino que incluye también la garantía de un debido proceso (en el cual las Partes estén en igualdad de armas, es decir, la garantía de un proceso justo), y se extiende hasta el fallo (prestación jurisdiccional) y la ejecución rigurosa de este, incluyendo lo referente a reparaciones (parte XIX). La jurisprudencia contemporánea va en este sentido en ciertos aspectos, orientándose hacia el jus cogens (partes XX y XXI). La puesta en marcha de la justicia es en sí misma una forma de reparación, una “satisfacción concedida a la víctima”. Los que sufrieron la opresión son de esta forma recompensados en su “derecho al derecho”.

19 “(...) si aceptamos para desprendernos de la estrechez de visión que implica la consideración de las relaciones entre Estados, el individuo aparece como un individuo de derecho internacional (y no simplemente un “actor”); cada vez que una doctrina jurídica se separa de esta verdad, resulta en consecuencias catastróficas. Los individuos son “titulares” de derechos y están sujetos a las obligaciones que emanan directamente del derecho internacional (jus gentium). En testimonio de las líneas de convergencia que se desprenden del desarrollo, estas últimas décadas, del derecho internacional de los derechos del hombre, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los refugiados, al igual que del desarrollo más reciente del derecho penal internacional”. Díaz Barrado, C. M. (2012) La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional, ob., cit., 7. “(...) el empleo de la noción “responsabilidad de proteger” es relativamente reciente y su origen se

para los crímenes contra la humanidad, y el derecho a reconocer las reparaciones²⁰ por este tipo de violaciones graves no puede negarse ya que “no podía haber sistema jurídico interno o internacional creíble. Se trata así de un derecho que proviene del *jus cogens*”²¹.

De otra parte, en su opinión disidente el juez Yusuf planteó: (1) la obligación de conceder la reparación derivada de violaciones del derecho internacional humanitario tiene su fuente en el artículo 3 de la Convención IV de La Haya de 1907 y en el artículo 91 del Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra (1949), por lo que “si las cuestiones referentes a la reparación de tales violaciones son desde hace largo tiempo solucionadas entre Estados, no podría concluirse que los particulares no están, o no estaban, llamados a ser los beneficiarios finales de los regímenes de reparación o no tienen el derecho de presentar demandas de indemnización”; (2) el “derecho de la responsabilidad del Estado no excluye la posibilidad

podría situar a finales del decenio de los noventa del siglo XX. En verdad, “el 8 de marzo de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 53/144, intitulada -Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos-”, en la que se reitera que la responsabilidad primaria en la promoción y de la protección de Derechos Humanos corresponde a los Estados”.

20 “(...) el deber que incumbe al Estado de conceder reparaciones a las víctimas de las violaciones graves de los derechos del hombre o del derecho internacional humanitario es un deber consagrado por el derecho internacional consuetudinario que proviene de un principio general fundamental del derecho (...) las violaciones graves de derechos del hombre y del derecho internacional humanitario no son más que violaciones del *jus cogens*, que comprometen la responsabilidad del Estado y conllevan para las víctimas el derecho de reparación (...) no está de ningún modo justificado el afirmar que, cuando están en causa violaciones graves de derechos del hombre y del derecho internacional humanitario, el régimen de las reparaciones se agota a nivel interestatal, en detrimento de los individuos víctimas de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad”.

21 “(...) la constatación de las violaciones particularmente graves de derechos del hombre o de derecho internacional humanitario justifica el levantamiento de toda restricción jurisdiccional que pudiese constituir un obstáculo a la indispensable puesta en marcha de la justicia. Poco importa que el acto ilícito que constituye una violación grave de los derechos del hombre sea el hecho de un Estado o de un individuo actuando bajo la protección de un Estado, o que haya sido o no cometido completamente en el territorio del Estado del foro (la deportación con fines de trabajo forzado es un crimen que no conoce fronteras). No hay inmunidad del Estado cuando se trata de reparar las violaciones graves de los derechos fundamentales de la persona humana”.

de que los derechos sean reconocidos a los particulares víctimas de actos ilícitos cometidos por un Estado”²²; (3) en cuanto a la inmunidad de jurisdicción consideró que “es una regla de derecho consuetudinario, cuyo alcance “se reduce al transcurso del siglo pasado, en la medida en que el derecho internacional se alejaba de un sistema jurídico centrado en el Estado para transformarse en un sistema que protege igualmente los derechos de los seres humanos frente al Estado”²³; (4) cuando “las inmunidades de jurisdicción entran en conflicto con ciertos derechos fundamentales provenientes de los Derechos Humanos o del derecho humanitario, deberá buscarse un equilibrio entre las funciones y el objeto intrínseco de la inmunidad, de una parte, y la protección y la realización de los derechos fundamentales del hombre y de los principios del derecho humanitario, de otra parte”; (5) para el caso en concreto “se trata del derecho a un recurso efectivo, del derecho a reparación en razón de los daños sufridos en el hecho de violaciones del derecho humanitario y del derecho a la protección contra las denegaciones de justicia”; (6) consideró que las “decisiones italianas, la igual que el fallo Distomo, podrían ser consideradas como que se inscriben en un proceso de evolución más general, o las decisiones de jurisdicciones nacionales que dan nacimiento a un cierto número de excepciones a la inmu-

22 “(...) el Comité internacional de la Cruz Roja, en su comentario del artículo 91 del protocolo adicional I, constata que desde 1945 una corriente de pensamiento se manifiesta a favor del reconocimiento del ejercicio individual de tales derechos”.

23 “Las jurisdicciones nacionales fueron la lanza de batalla de esa disminución del alcance de la inmunidad, y, ya que el derecho a la inmunidad juega un papel importante en el mantenimiento de relaciones armoniosas entre los Estados, no se trata entonces de una regla cuyo alcance esté claramente definido en todas las circunstancias o cuya estabilidad sería absoluta. La inmunidad del Estado parece un gruyere. No hay, entonces, mayor sentido en considerar que ciertas excepciones a la inmunidad hacen parte del derecho internacional consuetudinario, pese a la existencia, aún hoy, de decisiones judiciales nacionales divergentes, y a considerar que otras, fundadas en las decisiones igualmente contradictorias, respaldan la inexistencia de normas consuetudinarias según el Juez Yusuf, sería, más justo reconocer que el derecho consuetudinario sigue siendo, en ese campo, fragmentario e incierto. El Juez Yusuf sostiene que esas incertidumbres del derecho internacional no pueden ser levantadas con base en el examen de decisiones judiciales contradictorias rendidas por las jurisdicciones nacionales —que son además poco numerosas en lo que concierne a las violaciones de los Derechos Humanos y del derecho humanitario— para librarse enseguida a un cálculo matemático. Según él, el derecho internacional consuetudinario no se reduce a cifras. Estima además que la inmunidad de jurisdicción del Estado no podría ser interpretada fuera de todo contexto”.

idad de jurisdicción”; y, (7) así mismo, las “reglas de la inmunidad del Estado y el derecho de los individuos a la reparación en razón de crímenes internacionales, cometidos por los agentes del Estado, deberían de sufrir una transformación”²⁴.

Finalmente, el juez *ad hoc* Gaja en su opinión disidente consideró: (1) que la “Convención de las Naciones Unidas referente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes prevé una “excepción territorial”. Esto no reconoce a los Estados extranjeros la inmunidad en lo que concierne a sus actividades militares e, igualmente, sus trabajos preparatorios contienen elementos que indican que no se aplica a las ‘situaciones relacionadas con conflictos armados’”; y, (2) existe, en todo caso, una “zona gris” respecto a la consideración de la procedencia de la excepción territorial al momento de aplicar la regla de la inmunidad de jurisdicción.

6. Los pronunciamientos de la doctrina del derecho internacional con los que puede gestarse un debate²⁵

La doctrina del derecho internacional público plantea varias alternativas para considerar la evolución del ordenamiento jurídico

24 “En la medida en que existe un conflicto entre la inmunidad de jurisdicción del Estado y las demandas que surgen de crímenes internacionales, la primera no debería ser utilizada para proyectar las reparaciones a las cuales tienen derecho las víctimas de tales crímenes. En circunstancias excepcionales, tales como aquellas que conoció la Corte, cuando ningún otro recurso está disponible, tal conflicto debería ser resuelto a favor de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esto no atentaría contra la independencia o la soberanía de los Estados, sino que contribuiría simplemente a la cristalización de una excepción a la inmunidad del Estado, excepción fundada sobre la opinión *juris largamente compartida*, según la cual conviene garantizar la realización de ciertos Derechos Humanos fundamentales, tales como el derecho a un recurso efectivo, cuando, por defecto, las víctimas serían privadas de vía de recurso”.

25 Puede verse también: Mastaglia, G. T. (2012). Inmunidad de Estado: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia recaída en el caso “Inmunidad jurisdiccional del Estado. En *Ars Boni et Aequi*, 2, 303-322. Iglesias Velasco, A. (2013). Las barreras a la aplicación del derecho internacional por las jurisdicciones estatales. En *Revista Jurídica*, 28, 107-131. Moneta, F., State Immunity for International Crimes: The Case of Germany versus Italy before the ICJ”. En *Tfte Hague Justice Portal*; http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Moneta_Germany-Italy_EN.pdf; consultado 7 de octubre de 2015; McMenamin, M. (2013). State immunity before the International

internacional en un contexto donde el individuo adquiere relevancia, reconocimiento y un protagonismo específico al momento de abordar las clásicas construcciones, reglas consuetudinarias, principios y normas. En ese sentido, DÍAZ BARRADO plantea que en *“el plano de la subjetividad internacional y su protagonismo en las relaciones internacionales así como una nueva perspectiva de la paz y la seguridad internacionales vinculadas al concepto de seguridad humana, ftañ ftefto posible que la “responsabilidad de proteger” intervenga en un marco normativo avalado por normas esenciales del derecho internacional. Con ello, las aplicaciones concretas de los principios de igualdad soberana, no intervención y proftibición de uso de la fuerza en las relaciones internacionales se ven alteradas en este nuevo contexto y, además, ftay que evitar, a toda costa, sus eventuales colisiones con el principio concerniente a la protección de los Derechos Humanos. La incorporación en el Derecho internacional de un principio que tiene, en esencia, como titular y destinatario a los seres ftumanos y no a los Estados facilita que tengan lugar interpretaciones y aplicaciones diferentes en los principios tradicionales del derecho de gentes”*²⁶.

Dicha argumentación respalda la doctrina de la *“responsabilidad de proteger”* que *“encuentra su razón de ser en el ftefto de que el individuo es un sujeto más del ordenamiento jurídico internacional y que, por lo tanto, ftay que regular las relaciones que mantenga con otros sujetos, en particular, con los Estados. La soberanía estatal no sólo se ejercerá en las relaciones con otros Estados sino, también, en las relaciones con los individuos. De aftí, que quepa el surgimiento de nuevas obligaciones o la conformación de otros contenidos de la soberanía de los Estados”*²⁷

En un artículo interesante de Jaume Ferrer Lloret titulado *“La*

Court of Justice: Jurisdictional immunities of the State (Germany v Italy). En *Vuwlr*, 44, 189-220. Talmon, S. (2002). Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished. En *Leiden Journal of International Law*, 4 (25), December 2012, 979-1002.

26 Díaz Barrado, C. M., La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional, ob., cit., 34.

27 Díaz Barrado, C. M., La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional, ob., cit., 34. *“Se podría sostener que “es preciso redoblar los esfuerzos para mejorar la capacidad de los Estados de ejercer su soberanía de una manera responsable”, A/59/565, Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos cit., p. 24, párr. 34”*.

insoponible levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”²⁸ se analizó la sentencia de 3 de febrero de 2012 en el caso Alemania contra Italia, del que cabe para el ejercicio de construcción de este “paper” considerar: (1) el artículo 11 “del Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados, ftecto en Basilea el 16 de mayo de 1972, en vigor desde el 11 de junio de 1976, contempla una excepción a la inmunidad de jurisdicción referida a las lesiones a las personas y daños a la propiedad que tengan lugar en el territorio del Estado del foro” (Convenio ratificado por Alemania, no así por Italia); (2) sin embargo el artículo 31 del mismo Convenio “excluye de su ámbito de aplicación toda cuestión referida a las inmunidades y privilegios que correspondan a un Estado parte por las acciones u omisiones llevadas a cabo por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado parte, independientemente del ftecto de que las fuerzas armadas estén presentes en el territorio del Estado del foro con el consentimiento o no de sus autoridades y de que los actos llevados a cabo por dicftas fuerzas armadas tengan lugar en tiempo de paz o en una situación de conflicto armado”; (3) la Corte Internacional de Justicia no aplica como norma de solución el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (adoptada por la Asamblea General por la Resolución 59/38 de 2 de diciembre de 2004); (4) de acuerdo con el autor la decisión de la Corte Internacional de Justicia “está debidamente fundamentada en el estudio de los medios de prueba de la práctica internacional, mediante el recurso a una metodología empírica e inductiva”²⁹; (5) crítica que la Corte no haya tenido en cuenta la práctica legislativa y judicial de los Estados Unidos y de Canadá respecto del fenómeno del terrorismo internacional que les llevó a romper con el reconocimiento de las inmunidades jurisdiccionales; (6) debía haberse planteado “ftasta qué punto la jurisprudencia de los tribunales italianos, acompañada en parte por la jurispruden-

28 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoponible levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24, 1-36.

29 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoponible levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ob., cit., 28.

*cia de los tribunales griegos, puede constituir una práctica modificativa o creadora de una nueva norma de DI, o, por el contrario, constituye una violación del DI en vigor como afirma la Corte*³⁰; (7) la Corte Internacional de Justicia le concedió un alcance a los “silencios estatales” respecto a la consagración de una excepción a la inmunidad en diferentes jurisdicciones estudiadas; (8) no se llevó a cabo “un análisis profundo y detallado de las interacciones normativas que se derivan de estos textos jurídicos con relación a la costumbre internacional”³¹; (9) la conclusión de la Corte es aplicar “una concepción consensualista del proceso de formación de normas en Derecho internacional”, estableciendo “que el estudio de los medios de prueba de la práctica internacional, acompañado del análisis de la opinio juris, no permite afirmar la existencia de una excepción a la regla general de la inmunidad de jurisdicción por las lesiones y daños causados por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, en el contexto de un conflicto armado”³²; (10) lo anterior implica, en criterio del autor, que el “ordenamiento internacional sigue siendo un ordenamiento jurídico esencialmente interestatal, en el que los intereses de los Estados, por regla general representados por su Gobiernos, en bastantes ocasiones priman sobre la efectiva protección de los derechos de los particulares”³³; (11) la tensión entre la aplicación de normas de jus cogens de protección de los Derechos Humanos y del derecho internacional humanitario y aquellas reglas que regulan la inmunidad de jurisdicción “se resuelve en el Derecho Internacional contemporáneo a favor de los intereses que defienden la mayoría de

30 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ob., cit., 29.

31 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ob., cit., 31.

32 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ob., cit., 31.

33 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ob., cit., 31.

*los Estados en la política exterior que desarrollan sus Gobiernos*³⁴.

Porsu parte María Asunción Cebrián Salvat en su trabajo “Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”³⁵, en el que plantea las siguientes tesis: (1) los crímenes del Estado no pueden constituir “*actos de iure imperii*”³⁶; (2) dichos crímenes son “*actos de iure imperii*” pero

34 Ferrer Lloret, J. (2012). La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ob. cit., 35. “(...) para otras jurisdicciones internacionales e internas, que podrán ftacer uso de la jurisprudencia de la CIJ como apoyo para reconocer la inmunidad de jurisdicción ante situaciones idénticas o próximas al supuesto de flecfcto contemplado en la controversia entre Alemania e Italia resuelta por la Corte con la citada Sentencia. Por ejemplo, la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, es citada por el Tribunal Supremo de Holanda en el caso *Motfters of Srebrenica v. Netfterlands and United Nations*, Sentencia de 12 de abril de 2012, en la que se reconoce la inmunidad de jurisdicción de la Organización de las Naciones Unidas frente a las demandas civiles presentadas ante los tribunales ftolandeses por los familiares de las víctimas de la masacre de Srebrenica. Para el Tribunal Supremo Holandés, después de citar la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, “tfte difference between tfte immunity of States and tfte immunity of International organizations did not justify a different assessment of tfte relation between tfte immunity of tfte UN and tfte rigftt of access to court tftan of tfte relation between tfte immunity of tfte State and tftat rigftt. Tfte immunity of tfte UN applied irrespective of tfte gravity of tfte allegations”.

35 Cebrián Salvat, M. A., (2013, Octubre). Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva. En *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2 (5), 265-290.

36 Cebrián Salvat, M. A., (2013, Octubre). Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva, ob. cit., 272. “(...) Para algunos autores, como A. Bianchi (A. Bianchi, «Immunity vs. Human Rights, The Pinochet Case», *EJIL*, n. 10, 1999, pp. 237-277), cometer crímenes internacionales no es una de las funciones del Estado, por lo que no puede considerarse como un acto en el ejercicio de su soberanía estatal. Así, estos actos no serían *iure imperii*, pero tampoco *iure gestionis*, sino que constituirían un *tertium genus* de actos no cubierto por la inmunidad, ni por ninguna otra teoría que permitiera que el Estado escapara de la jurisdicción de los Tribunales, como la doctrina anglosajona del *Act of State*. Esta argumentación podía intuirse en las Decisiones de la *House of Lords* del caso *Pinochet* (Decisiones de 25 noviembre 1998 y 24 marzo 1999, *ILR*, núm. 119, pp. 136 y ss. En las mismas, el *Appellate Committee* sostuvo que ciertos crímenes no podían sustraerse a la jurisdicción tanto penal como civil de los Estados extranjeros por la siguiente razón: «*tftis is so because acts wftict amount to international crimes can never be qualified as*

“al cometerlos el Estado renuncia implícitamente a su inmunidad de jurisdicción”³⁷; (3) la represalia internacional que consiste en que “estos crímenes del Estado sí son actos de *iure imperii*, pero al mismo tiempo son actos ilegales, por lo que se permite al Estado del foro contravenir otra norma internacional como es la de la inmunidad de jurisdicción, a modo de represalia”³⁸; y, (4) la de jerarquía normativa, que “parte de considerar que estos crímenes, pese a ser actos de *iure imperii*, constituyen violaciones de los más elementales Derechos Humanos y por lo tanto de normas internacionales imperativas (*ius cogens*). Estas normas se consideran en el escalón más alto de la jerarquía normativa internacional y por definición, no pueden ser derogadas más que por normas posteriores de igual carácter, por lo que no pueden quedar «desactivadas» por el principio de inmunidad de jurisdicción, que no es una norma de *ius cogens*”³⁹.

official acts performed by the head of state in the exercise of his functions”.

37 Cerbián Salvat, M. A., (2013, Octubre). Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva, ob. cit., 273.

38 Cerbián Salvat, M. A., (2013, Octubre). Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva, ob. cit., 273. Puede verse: J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 193.

39 Cerbián Salvat, M. A., (2013, Octubre). Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva, ob. cit., 273-274. “(...) Según L. M. CAPLAN (L. M. caplan, «State immunity, Human Rights and *ius cogens*: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 765), el origen de esta teoría se encuentra en Estados Unidos, como una reacción a la Sentencia del caso *República Argentina vs. Amerasia Hess Sftipping Corp* (Sent. US Supreme Court 23 enero 1989 (488 US 428)-), en el que los demandantes reclamaban a Argentina por las pérdidas causadas por el bombardeo a un tanque de gasoil propiedad de la empresa *Amerasia Hess* sito en alta mar (La *Supreme Court* rechazó el caso y tres estudiantes publicaron un comentario en 1991 en que defendían que las normas de inmunidad no podían prevalecer sobre las normas de Derechos Humanos: a. c. *Belsky / M. Merva / n. Roth-arriaza*, «Implied waiver under FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of International Law», *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 365 y ss). Desde ese momento, la teoría tuvo una rapidísima expansión, sobre todo en Europa (A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 145), intentándose excluir a la luz de la misma la inmunidad de jurisdicción alemana por los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial”.

Eduardo José Ramón Llugdar

Reflexiones respecto al fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto...” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 14 de febrero de 2017

ReSumen

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, hasta el 14/02/2017, fue uno de los máximos tribunales de los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en colaborar para el cabal con el cumplimiento de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial cuando el Estado Argentino era objeto de Responsabilidad Internacional por violación de derechos esenciales. Esa circunstancia, fue muchas veces reconocida por el propio Tribunal Internacional en varias de sus sentencias, como ejemplo a seguir en la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad. Este diálogo interjurisdiccional armonioso, fue quebrado de modo unilateral por el tribunal argentino en la fecha señalada, al sentenciar que la Corte Interamericana, no puede obligarle a dejar sin efectos sus decisiones, cuando en el contenido de la misma, se encuentra el agravio convencional, desconociendo las atribuciones y competencias del tribunal con sede en San José de costa rica, en el fallo objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras claves: CSJN, CoIDH, CADH, SIDH, CIDH, DDHH, cuarta instancia, supremacía.

1 . Antecedentes e importancia de la cuestión

El 25 de Septiembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) confirmó lo decidido por la Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios que en su oportunidad promoviera el ex presidente Carlos Saúl Menem contra Jorge Fonte-

vecchia, Héctor D'Amico y Editorial Perfil S.A., en fallo catalogado como 324:2895, el que será mencionado en adelante como causa "*Menem*". En esa oportunidad, la CSJN entendió que una nota periodística vinculada a un supuesto hijo no reconocido del ex mandatario, lesionó los derechos garantizados por el Art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN); Art. 17.1 y 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), y Art. 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante CADH), confirmando la indemnización pecuniaria. Los demandados junto con la Asociación de Periodistas acudieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), argumentando que el fallo de la última instancia nacional, vulneró el derecho a la libertad de pensamiento y expresión contemplado en el Art. 13 de la CADH por lo que solicitaron que se declare oportunamente la responsabilidad internacional del Estado Argentino por incurrir en violación de Derechos Humanos.

El caso fue admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), y no habiéndose arribado a una solución amistosa ante dicho organismo, este dio intervención a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) dando origen a un proceso contencioso internacional quien en sentencia expedida el 29 de noviembre de 2011 en el caso "*Fontevecchia, Jorge y otros vs. Argentina*", declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13 CADH). Entre las medidas de reparación estableció, como una de las obligaciones del Estado, dejar sin efecto la condena civil y sus consecuencias respecto de Jorge Fontevecchia, Héctor D'Amico. Ante la falta de cumplimiento íntegro con la condena internacional, mediante el mecanismo de supervisión de cumplimiento establecido tanto en el Pacto de San José como los Estatutos y el Reglamento de la CoIDH, este Tribunal dictó la resolución de fecha 1º de septiembre de 2015, en la que estableció que el Estado Argentino no cumplió durante el término de dos años y ocho meses su obligación de informar a esa Corte las medidas adoptadas para dar cumplimiento con las reparaciones establecidas en el "Fallo de Fondo" de noviembre de 2011, y dispuso que Argentina adopte en definitiva, y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento efectivo a la condena por responsabilidad internacional, estableciendo un plazo perentorio para elevar un informe

en el que se indique las medidas adoptadas al efecto, el cual fue establecido el 31 de marzo de 2016.

Consecuencia de las demoras incurridas por el Estado Argentino, la Cancillería promovió una presentación ante la CoIDH, anunciando el contenido de la sentencia de supervisión, dictada por la CoIDH, la cual, ante el Tribunal Máximo de la Nación fue caratulado *“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe Sentencia dictada en el Caso Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina por la CoIDH”*.

Siendo una de las obligaciones impuestas al Estado para cumplir con la condena internacional, que constituye un deber de acción positiva, consistente en dejar sin efecto la condena civil establecida contra los Sres. Sergio Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias. La CSJN, luego de expresar que otros aspectos de la condena internacional se encontraban cumplidos, procedió a analizar la cuestión vinculada al fallo del Tribunal que provocó la responsabilidad mencionada. Es decir, si correspondía o no dejar sin efecto su fallo del año 2001. La CSJN resolvió por fallo mayoritario que no es posible revocar el decisorio nacional, por considerar que viola lo dispuesto por el Art. 27 y 75 inc. 22 de la CN, cláusulas por cuya observancia el Tribunal debe velar, desestimando la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz en voto único, y Rosatti, en opinión personal, conformaron el fallo mayoritario; en tanto el Ministro Maqueda votó en disidencia, conforme los precedentes de la CSJN fijados en *“Espósito (2003); Moftamed (2015)”*, entre otros, estableciendo que se debía dar cumplimiento con lo establecido por la CoIDH respecto al cese de los efectos de la sentencia de 2001 interpelada.

La importancia de lo fallado en este caso por la Corte Suprema Nacional, radica en que así no se lo haya dicho expresamente, importa un sensible vuelco, respecto al diálogo interjurisdiccional que se establece entre ésta y la CoIDH; y a su vez, abre un escenario de posibles conflictos jurídicos diplomáticos entre la República Argentina y el SIDH, y el país con la Organización de Estados Americanos (OEA).

2. Argumentos del voto conjunto de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz

Este sufragio expresa que en sus considerando 6º, que se encuentra fuera de discusión que la sentencia de la CoIDH, dictada en procesos contenciosos contra el Estado Argentino, son **en principio**, de cumplimiento obligatorio para éste, estableciendo a renglón seguido, que la aludida obligatoriedad alcanza únicamente a la sentencia dictadas por el Tribunal Internacional dentro del marco de sus potestades remediables.

En base a estos postulados, en el considerando 7º, la CSJN se avoca a establecer si la orden emitida en la sentencia CoIDH, parte resolutive (punto 2), en tanto dispone dejar sin efecto la condena civil, ha sido dictada dentro del marco de sus atribuciones establecidas en la CADH, concluyendo que no.

La argumentación en que se apoyaron los firmantes de este voto, apuntan a lo que consideran los principios estructurales del Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos (SIDH), y en ese sentido, entienden que al ser de tipo “subsidiario, internacional y de naturaleza convencional coadyuvante”, *“La Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes Nacionales”*, lo que se conoce como *“cuarta instancia”* que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, en tanto así lo resolvió la propia CoIDH, en el caso *“Perozzo y otro vs. Venezuela”*, en el año 2009.

En el considerando 9º, reafirma estos postulados, sosteniendo que el Tribunal Internacional no tiene el carácter de apelación o casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional, y que sólo puede señalar violaciones procesales a los derechos consagrados en la CADH que hayan perjudicado al afectado, careciendo de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, invocando el caso *“Genie Lacayo”* de la CoIDH del año 1997. Refiere también, en el considerando mencionado, que en el mismo sentido se ha expedido la CIDH, en el *informe 39/96 caso 11.673 contra Argentina* el 15 de octubre de 1996, en los puntos 48 y 51.

En el considerando 10º, apoyándose en precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), invoca la doctrina del margen de apreciación nacional, sin dar mayores precisiones. De allí en adelante, considera que si la CSJN deja sin efecto lo resuelto en la causa *“Menem”*, para dar cumplimiento a lo establecido por el

Tribunal Interamericano, implicaría lisa y llanamente “revocar” lo decidido por el Tribunal Nacional en su momento, de conformidad a la significación del término dada por la Real Academia Española, lo que transforma a la CoIDH en “cuarta instancia”, en clara violación de los principios estructurales del Sistema Interamericano, además a criterio de los firmantes, extralimitar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al respecto.

Señala además, que la CoIDH, al establecer este tipo de obligación en su condena, apela a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional, conforme los enunciados del Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT), afectando el objeto y fin de éstos, ya que la CADH, sólo establece que la CoIDH dispondrán que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcado, y de ser procedente, se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización, apelando al Art. 63.1 del Pacto de San José, y en ese sentido, entiende la CSJN, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que se deje sin efecto la sentencia dictada en sede nacional (cons. 13º).

En el considerando 14º, de la ponencia analizada, se aclara que la mencionada comprensión del Art. 63.1 se apoya en los antecedentes que dieron lugar a su texto, aludiendo al Art. 32 de la CVDT de 1969, entendiendo que el mecanismo revocatorio no estuvo siquiera en los considerados de los trabajos preparatorios de la CADH. Todas estas afirmaciones de la CSJN, la realiza desde una perspectiva del Derecho Internacional.

Sin embargo, en el voto bajo análisis, también se dan argumentos de orden interno que imposibilitan a su criterio, cumplir con la manda del Tribunal Internacional sin que implique afectar cláusulas y garantías de la Constitución Política Argentina, fundándose en especialmente en los enunciados del Art. 27 de la misma, apoyados en los siguientes razonamientos.

En primer lugar, el artículo mencionado consagra una esfera de reserva soberana, delimitado por los principios del Derecho Público establecidos en la CN, a los cuales los Tratados Internacionales deben ajustarse y guardar conformidad (cons.16º), y dentro de dichos principios inconvencionales, se encuentra la CSJN como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme el Art. 108 de la CN. En consecuencia, expresa el voto comentado, revocar una sen-

tencia firme dictada por el Tribunal, implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la CN.

Del considerando 19º en adelante, sostiene que dicha concepción del Art. 27 del CN, lejos de haber sido alterada por la Reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella, puesto que el constituyente, al otorgar jerarquía constitucional a la CADH y otros tratados, ha establecido que sus normas no derogan artículo alguno de la CN.

3. Argumentos del voto concurrente del Ministro Horacio Rosatti

En su ponencia, el Dr. Rosatti, cuando aborda lo concerniente a lo establecido en el inciso a) del considerando 2º del fallo de la CoI-DH, en cuanto dispone *“dejar sin efecto la condena civil impuesta a los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D’amico, así como todas sus consecuencias”*, si bien reconoce que la CADH, incorporada con jerarquía constitucional al orden jurídico argentino, dicha circunstancia no supone derogar artículo alguno de la primera parte de la CN, dentro del cual se destaca el Art. 27. En vista de ello, alude que la interpretación de los tratados debe ajustarse a la reserva soberana contenida en dicho artículo, lo que para este Ministro, constituye el *“margen de apreciación nacional”*, a cuyos principios de derecho público deben ajustarse todos los Tratados Internacionales.

A partir de dicho razonamiento, considera el Ministro Rosatti que no es posible hacer prevalecer en forma automática, sin escrutinio alguno, el derecho internacional sobre el ordenamiento constitucional, ya sea de fuente normativa o jurisprudencial. Para sustentarlo, se apoya en lo predicado por Joaquín V. González, respecto a que un tratado no puede alterar la supremacía de la CN, extraído del Diario de Sesiones del Senado del 26 de agosto de 1909.

Al igual que lo sostenido por sus pares, Lorenzetti, Rosenkrantz y Highton de Nolasco, entiende que el carácter supremo de las decisiones de la CSJN, según lo dispuesto por el Art. 108 de la CN y ratificado por innumerables precedentes del propio Tribunal, configuró un elemento constitutivo de los principios de derecho público, a los que refiere el Art. 27 de la Carta Magna, lo que hace inalterable sus pronunciamientos regulares y firmes y pasados en

autoridad de cosa juzgada, no siendo posible “dejarlos sin efecto”, puesto que supone la revocación, conforme la primera aserción de la Real Academia de la Lengua Española.

En los demás fundamentos, coincide en lo sustancial con lo sostenido por el voto con el que concurre respecto en las cuestiones de la cuarta instancia del Tribunal Interamericano, además del contexto del diálogo interjurisdiccional en el que considera a la CoIDH como último intérprete de la CADH, y a la CSJN como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina, concluyendo que no es posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin afectar los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Política Argentina.

4. Argumentos del voto disidente del Ministro Juan Carlos Maqueda

El Dr. Maqueda, en su ponencia, se aparta de la línea argumentativa del resto del componente del Máximo Tribunal, planteando disidencia, basada en el respeto de sus propios precedentes en casos similares anteriores y que hasta el fallo en comentario constituía la doctrina de la CSJN en la materia, sostenida por más de diez años.

Alude el Magistrado en su voto, que a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental, las sentencias de la CoIDH, pronunciadas en causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los Poderes constituidos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, son obligatorias para la CSJN.

Entiende que la CSJN, como uno de los poderes del Estado Argentino, y conforme lo previsto en el Art. 68.1 de dicha Convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del Tribunal Interamericano. Cita como fundamento jurídico la Ley 23.054; Art. 75 inc. 22 de la CN; doctrina y de fallos: 326:2968 “*Cantos*”, disidencia del Juez Maqueda; 327:5668 “*Espósito*”, voto de los jueces Belluscio y Maqueda; 334:1504 “*Derecho*”, voto del Juez Maqueda; 336:1024 “*Carranza Latrubesse*”, voto del juez Maqueda y resolución CSJN 477/15 del 25 de marzo de 2015 en expte. N° 4499/13 “*Moftamed vs. Argentina*”.

Sostiene este Magistrado, en su considerando 4º, que el deber de cumplir la decisión adoptada por la CoIDH responde a un prin-

cipio básico de Derechos sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual éstos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto por la CVDT de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad (art. 27 de la citada Convención); (Fallos 315:1492; 318:373; 334:1504).

Concluye el Dr. Maqueda, que el fallo del Tribunal Interamericano debe ser cumplido por los poderes constituidos del Estado Argentino, en el ámbito de su competencia, y la CSJN como tal, debe proceder en consecuencia.

5 . Análisis crítico del voto mayoritario

Lo decidido por la mayoría de la CSJN, rompe con sus propios precedentes, iniciados incluso antes de la Reforma Constitucional de 1994, cuando en el caso *“Miguel Angel Ekmedjian vs. Gerardo Sofovicft y otros”* (Fallos 315:1492), en su considerando 20º, sentó que *“cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y judiciales lo apliquen a esos supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan prescripciones lo suficientemente concretas respecto de tales derechos, que fagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”*. Al aludir la CSJN a órganos jurisdiccionales, se incluye a sí misma en la obligación aludida y ello se confirma en la causa mencionada, cuando para aplicar enunciados vinculados al Art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, referido al derecho de rectificación o respuesta que a esa fecha (7 de julio de 1992) no se encontraba legislado en el orden jurídico nacional. Para ello, se basó en los estándares establecidos en la OC Nº 7/86 del Tribunal Interamericano, sosteniendo que la CSJN **en el orden jurídico interno, para cumplir el fin del pacto, debe considerarse comprendidas las sentencias jurisdiccionales.**

Con posterioridad, y en otra trama referida al cumplimiento de un fallo de la CoIDH, ya en el año 2003, en el precedente *“José María Cantos”* (Fallos 326:2968), en los votos de los Dres. Maqueda y

Boggiano se sostuvo que *“corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar en la medida de su jurisdicción, los Tratados Internacionales en los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida... que tanto de los términos expresos de la CADH, como de su contexto, se desprende que cuando este instrumento convencional fta querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación, lo ftizo en forma explícita. En este sentido, la Convención dispone que cuando la CoIDH decida que ftubo violación de un derecho o libertad protegidos en el Pacto, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado. Los Estados Parte de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*. (cons. 3º y 4º). *“Y que el Art. 68.1 de la misma Convención establece que los Estados se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte, y es en el marco de ese proceso de ejecución de la sentencia, que se fta pedido la intervención de la Corte, para remediar los supuestos derechos afectados, a raíz del fallo dictado por el Tribunal en la causa C.1099 “Cantos José María c/ Santiago del Estero... que esta Corte fta reconocido que los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra por responsabilidad por incumplimiento de un tratado, (Fallos 315:1492; 316:1669; 317:1282). A la luz de su interpretación, además, tener en cuenta la importancia de la decisión de la CoIDH dentro del marco del nuevo ordenamiento institucional, que resulta de la Reforma Constitucional del año 1994, que fta conferido jerarquía constitucional a la CADH... Que asimismo corresponde a esta Corte velar por que la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional, no se vea afectado a causa de actos u omisiones de sus órganos internos (Fallos 315:1492 y 318:373).”*(conss. 5º, 6º y 7º, respectivamente).

Ya en diciembre del 2004, la CSJN se expidió en la causa *“Espósito Miguel Angel”*, como consecuencia del Fallo dictado por la CoIDH, en el caso *“Bulacio Walter David vs. Argentina”*, en donde el cumplimiento de la condena internacional, implicó *“dejar sin efecto”* y/o *“revocar”* un pronunciamiento de la Corte Suprema, por el que se había declarado la prescripción de la acción penal en favor del Comisario Espósito.

En dicho pronunciamiento (Fallos 327:5668), la CSJN sostuvo que *“debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... si al declarar la responsabilidad internacional del Estado Argentino por deficiente tramitación de la causa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno, mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción de la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido a las víctimas a la protección judicial, y daría origen a una nueva responsabilidad internacional... frente a la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de Derechos Humanos, restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento dentro de un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana, al haber sido impuestas tales restricciones por el propio Tribunal Internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, a pesar de sus reservas, es deber de la Corte Suprema como parte del Estado Argentino darle cumplimiento como parte de su potestad jurisdiccional”*. En este fallo, la totalidad de los miembros que integraban el Máximo Tribunal, resolvieron volver sobre los pasos de su propio pronunciamiento dictado en la misma causa, que fuera objeto de interpelación por la CoIDH, ya sea utilizando la fórmula *“dejar sin efecto”* (Augusto César Belluscio, Juan Carlos Maqueda, Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano) o la fórmula *“revocar”* (Enrique Petracchi, Raúl Zafaroni y Elena Highton de Nolasco).

Ya en noviembre de 2011, en la causa *“Derecho, René Jesús”* (Fallos 334:1504), la CSJN, ante el pronunciamiento de la CoIDH en el caso *“Bueno Alves vs. Argentina”*, volvió a dejar sin efecto su propia decisión, tomada con anterioridad en la que había declarado extinguida la acción penal por prescripción y sobreseído parcial y definitivamente en la causa a René Jesús Derecho, y ante una aclaratoria presentada por el querellante, Carlos Perez Galindo, para que precisara el auténtico alcance jurisdiccional ante lo fallado por la CoIDH, en los considerandos 3º y 4º del voto de la mayoría,

estableció que el planteo importaba un recurso de revocatoria y que el presente era uno de esos casos por los que la sentencia del tribunal pueden ser excepcionalmente corregida y que era de aplicación en lo pertinente el precedente “*Espósito*” (Fallos: 327:5668, votos de jueces Petracchi, Zaffaoni y Highton de Nolasco). En el considerando 5º, sostuvo que con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la CoIDH, en la sentencia “*Bueno Alves vs. Argentina*”, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria, dejar sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, y sobreseyó parcial y definitivamente en orden al delito previsto por el Art. 144 bis del Código Penal, y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplieren las pautas fijadas en dicho fallo (Voto Dres. Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni). En tanto el Ministro Maqueda, según su voto, sostuvo que: “*la Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado Argentino, debe cumplir la sentencia del Tribunal Internacional dictada en el caso Bueno Alves vs. Argentina, que impone como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas, obligación que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el Art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22).*”

Con fecha 6 de agosto de 2013, en el Recurso de Hecho deducido en la causa “*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Cftubut, etc.*” (Fallos 336:1024), la CSJN llegó a establecer que no solo las sentencias de la CoIDH son obligatorias para ese Tribunal, sino que además los informes y recomendaciones realizados al Estado Argentino por la CIDH. El Voto de mayoría fue suscripto por los jueces Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Maqueda, el Tribunal resaltó y puso en evidencia las graves consecuencias jurídicas que puede tener para el Estado Argentino, incumplir con las mismas, si se atiende al contexto tanto específico y en general en que se encuentran insertos en orden al objeto y fin del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad. Sostuvo el voto mayoritario que dicha interpretación es la que mejor responde al principio de buena fe, y al efecto útil de dicho régimen internacional de Derechos Humanos, evitando así el debilitamiento del sistema cuando no, por

así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. En tanto Petracchi y Maqueda, sostuvieron además, que es deber del Estado Argentino de adoptar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión, y si bien reconocieron que las recomendaciones formuladas por la Comisión no tiene el valor obligatorio equivalente al de la CoIDH, el Estado, en función del principio de buena fe, está obligado a tener en cuenta el contenido de esos informes. En este voto de mayoría, se realiza un extenso desarrollo del principio de buena fe que rige el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En disidencia, votaron los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti, que entendieron que las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias ni vinculantes, a diferencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En similar tenor fue el voto de la jueza Argibay en dicha causa.

El 25 de marzo de 2015, la CSJN dictó la resolución N° 477/15, en el Expte. Administrativo N° 4499/2013. Dicha resolución alude a la condena de responsabilidad internacional por violación de Derechos Humanos impuesta a la República Argentina, en el fallo "*Moftamed Oscar Alberto vs. Argentina*", de fecha 23 de noviembre de 2012, en donde se tuvo por incumplido los arts. 1, 8, 9 y 25 de la CADH, debido a que la sentencia de condena del Sr. Mohamed al ser confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el año 1995 le fue denegado el recurso extraordinario, por la misma. Y cuando acudió en queja a la Corte Suprema, ésta aplicó el *Certiorari* negativo, contenido en el Art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). El expediente donde tramitó la causa penal correccional, el Sr. Mohamed fue primeramente archivado y posteriormente destruido en el año 2009. Por dicho motivo, siendo uno de los puntos de condena establecidos en el fallo del Tribunal Internacional que el Estado Argentino debía adoptar las medidas necesarias para garantizar al Sr. Mohamed el derecho a recurrir el fallo condenatorio emitido por la Sala 1ª de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 22 de febrero de 1995, ello fue imposible de darse cumplimiento ante la destrucción del expediente donde se tramitó la causa operada, motivo por lo que se instruyó el expediente administrativo 4499, del cual surgió la Resolución de la CSJN 477/15, que en la parte pertinente contenida en el considerando 6º,

se estableció que: *“a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental, las sentencias de la CoIDH, pronunciadas en causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia, y, en consecuencia, son obligatorias para la CSJN. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme con lo previsto por el Art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de este tribunal para que proceda la revisión de la sentencia en los términos del arts. 8.2h. de la CADH”.*

Conforme lo ordenado en esta resolución, el expediente fue reconstruido y la CSJN, tuvo que **dejar sin efecto y/o revocar** la aplicación antes realizada del Art. 280 (CPCCN), lo que provocó el agotamiento de la vía interna que habilitó la petición del Sr. Mohamed ante el SIDH, que derivó en la sentencia condenatoria al Estado argentino antes mencionada. Los firmantes de la Resolución 477/15 fueron Ricardo Luis **Lorenzetti**, Elena I. **Highton de Nolasco**, y Juan Carlos Maqueda.

El panorama descrito revela que el fallo último de la Corte, del 14 de febrero de 2017, ha roto con un precedente sostenido de la CSJN por más de diez años, en el que más allá de sus integraciones, la mayoría admitió que si cumplir con la condena del Tribunal Internacional de Derechos Humanos implicaba dejar sin efecto o revocar sus propias decisiones, así correspondía obrar en base al principio de buena fe y del efecto útil de los tratados de Derechos Humanos que el Estado Argentino fuera parte, y que la CSJN, como poder constituido y uno de los poderes del Estado Argentino, debía acatar y cumplir con los fallos del Tribunal Internacional. Resulta llamativa la postura asumida por los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, quienes hasta el año 2015, en la resolución tomada en el caso Mohamed, sostenían la postura aludida, en el tema *“Fontevectia”*, suscribieron el voto mayoritario, sosteniendo todo lo contrario, sin dar argumentos de los motivos que les llevaron a tan brusco cambio de parecer, más allá de los nuevos fundamentos que constituyeron el fallo mayoritario.

Indudablemente, se ha establecido una nueva relación entre uno

de los poderes del Estado Argentino, la CSJN y el SIDH al cual pertenece, por ser miembro de la OEA, haber suscripto y ratificado la CADH, y haber aceptado voluntariamente la competencia contenciosa de la CoIDH, cambio de relación que fue establecido de modo unilateral, cambiando las reglas de relación que sostuvo por más de diez años en sus pronunciamientos con el SIDH.

Ciertamente estamos en presencia de un fallo polémico, y que traerá muchas voces críticas, como otras que apoyen la postura asumida por la mayoría. Desde el enfoque personal, se presta adhesión a quienes opinan que, pese al esfuerzo argumental dado, el mismo encuentra muchas falencias que desde la mirada de la tutela de los Derechos Humanos, implica un retroceso, más allá del respeto a la trayectoria y jerarquía que invisten en la estructura judicial argentina, quienes suscribieron la posición mayoritaria. Los fundamentos de dicha afirmación se asientan en las siguientes consideraciones:

Los Derechos Humanos poseen un carácter de universalidad

La concepción actual de los Derechos Humanos, parte fundamentalmente de la idea kantiana de dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva, la comunidad internacional ha ido elaborando todo "*corpus iure*" internacional de los Derechos Humanos, cuando tomando conciencia de que muchas de las tragedias de la humanidad han sido como consecuencia de regímenes totalitarios que, dominando las mayorías, imponía legislaciones y/o acciones lesivas a la esencia misma y a derechos inalienables de las personas físicas, por lo que los países que conformaron la OEA y/u Organización de las Naciones Unidas (ONU), acordaron comprometerse y en ejercicio de su soberanía, dejar en custodia de estos cuerpos mínimos de respeto, el control a fin de evitar la ocurrencia de dichos excesos por parte de los Estados. De este modo, el principio "*pro ftomine*" integra la categoría de "*ius cogens*", del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como también lo integra el principio "*pacta sunt servanda*", conforme el Preámbulo y el Art. 26 y 53 de la CVDT de 1969.

Lo referente a la "cuarta instancia" en referencia a las decisiones de la CoIDH

La postura mayoritaria en el fallo que se comenta, ha presentado como uno de los argumentos que lo sostiene, que la CoIDH no

implica una “cuarta instancia” en base a la doctrina sostenida por el propio Tribunal Interamericano, por lo tanto, la pretensión de que una máxima instancia judicial de un Estado deje sin efecto o revoque un fallo anterior como parte integrante de la condena interpuesta por el Tribunal Internacional, en cierto modo iría contra los precedentes establecidos por este último.

En mi opinión, si bien esta ponencia parte de una premisa cierta, ya que son reiterados los pronunciamientos de la CoIDH en los que sienta dicho parámetro, no es menos cierto que el alcance que se le da a dicha doctrina por parte de la CSJN, no es fiel al concepto elaborado dentro del SIDH sobre lo que debe entenderse por cuarta instancia.

En efecto, el desarrollo de esta doctrina dentro del SIDH comienza mediante resoluciones tomadas por la CIDH, con anterioridad a los “*ftard law*” de los fallos de fondo de la CIDH¹, en el caso “*Clifton Wrigftt vs Jamaica*”²; consolidada en el caso “*López Aurelli vs. Argentina*”³, y precisado en el caso “*Marzioni vs. Argentina*”⁴, este último citado por la mayoría de la CSJN, aunque la interpretación dada por el Tribunal Nacional no es coincidente con la establecida en el Capítulo D, párrafo 48 en adelante de la aludida Opinión de la CIDH. En efecto, el órgano de supervisión de la CADH, estableció que la protección internacional de los derechos contenidos en el instrumento internacional es de carácter subsidiario, y en vista de ello es complementario de los mecanismos de protección contemplados en los sistemas jurídicos internos de los estados suscribientes y/o adherentes. Por dicho motivo, la regla del agotamiento previo de los recursos internos tiene su sustento en que el Estado demandado debe tener las condiciones de brindar una reparación por sí mismo, dentro de su propia estructura jurídica.

En la opinión referenciada, la CIDH, siguiendo la práctica del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), sostuvo la premisa básica de que la fórmula de la cuarta instancia es aquella en que los organismos de control jurisdiccionales o de otra naturaleza

1 “La fórmula de la cuarta instancia” disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/cuarta.html>

2 Resolución CIDH N° 29/88 del 14 de septiembre de 1988.

3 Informe CIDH N° 74/90 del 4 de octubre de 1990.

4 Opinión CIDH en caso 11673 del 15 de octubre de 1996.

contemplada en una Convención de Derechos Humanos, no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías⁵, **a menos que estos órganos de aplicación de la Convención consideren la posibilidad de que en dichos pronunciamientos no se hayan aplicado las debidas garantías contenidas en la misma, cometiéndose una violación de la Convención, conforme se desprende del párrafo 50 de la Opinión.**

Allí radica la diferencia de la verdadera interpretación que realiza el SIDH de cuarta instancia respecto al efectuado por el voto mayoritario de la CSJN en el caso en cuestión, y esto queda más que de resalto en función que en su párrafo 50 de la Opinión comentada, la CIDH precisa el concepto cuando establece que es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si en cambio la petición se limita a afirmar discrepancias sobre el acierto o lo injusto en sí mismo del fallo, es allí donde funciona la fórmula de cuarta instancia. También se puntualizó que los errores de derecho o de hecho, incluidos los referentes a la cuestión de la constitucionalidad de las leyes sancionadas por un parlamento, cometidos por los tribunales nacionales, solo interesan a la CoIDH, en consecuencia, durante el examen que la misma realizan sobre la admisibilidad de la petición en la medida en que al parecer supongan una posible violación de cualquiera de los derechos y libertades establecidas en el texto expreso de la Convención. De lo expresado, queda claro que la ponencia de la mayoría de la CSJN elaboró un concepto propio de cuarta instancia que **no es plenamente coincidente con el del SIDH, máxime si se tiene en cuenta que esta doctrina de la CIDH ha sido fuente a su vez de la doctrina de la cuarta instancia elaborada por CoIDH, a partir del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)”**⁶ en donde por primera vez aludió expresamente a este concepto.

Lo expresado se basa en el hecho de que al argumentar la CSJN que la CoIDH al establecer en la condena dejar sin efecto lo es-

5 Hasta ese punto existe plena coincidencia con el criterio sentado por la mayoría de la CSJN en el fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores...” del 14/02/2017.

6 Excepciones preliminares, sentencia del 11 de septiembre de 1997.

tablecido por sentencia por la primera, volvió contra su propia doctrina, no es tal porque sólo refirió a un aspecto de la misma en forma parcial y no al alcance completo dado por la doctrina, conforme el criterio del SIDH referente al concepto de “cuarta instancia”, incurriendo en una especie de error lógico de falacia de verdad a medias, lo que queda aún más en evidencia, conforme el contenido del desarrollo de dicha doctrina sustentado por el Tribunal Interamericano en el caso “*Cabrera García y Montiel Flores* del 26 de noviembre de 2010⁷, en especial en el desarrollo del entonces juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, que reafirma los enunciados fijados por la CIDH y lo ya sostenido por la CoIDH en el aludido caso de los “*Niños de la Calle*”, en donde estableció que si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que ese Tribunal Interamericano deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH, lo cual incluye eventualmente, las decisiones de tribunales superiores⁸. La contundencia de lo sostenido tanto por la CIDH, como por la CoIDH, demuestra claramente que esta última no se apartó del concepto de cuarta instancia, conforme su doctrina elaborada mediante la invocación de opiniones de la Comisión Interamericana y de sus propios precedentes jurisdiccionales. En esta sentencia, la CoIDH establece que para determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos, se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la CADH, especialmente para valorar lo que podríamos denominar “el debido proceso convencional” (en sentido amplio). Dicho análisis, por consiguiente, no puede consistir en una “cuestión preliminar”, sino fundamentalmente representa una “decisión de fondo”, donde precisamente se analizaría, *inter alia* si un determinado ejercicio del “control de convencionalidad” por parte de los tribunales nacionales, resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. (Párr. 8 voto razonado Eduardo Ferrer Mac Gregor). En conclusión, la teoría de la cuarta instancia elaborada

7 Sentencia de excepción preliminar, Fondo Reparaciones y Costas.

8 Caso Gómes Lund y otros vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 49.

por el SIDH si bien no otorga competencia absoluta a la CoIDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, lo que excedería a la competencia del Tribunal de la Jurisdicción internacional, y el alcance del “principio de subsidiariedad”, una vez agotados los recursos de jurisdicción interna, la potestad conferida por el Art. 61.2 del mismo pacto y subsistente el agravio convencional a la luz de los instrumentos de Derechos Humanos habilitará la competencia del Tribunal Interamericano sólo en esos casos para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del control de convencionalidad, sin que ello implique convertir a la jurisdicción internacional en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”, ya que su actuación se limitará a las violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular y no de todas y cada una de las actuaciones de los tribunales domésticos.

También, en el fallo del tribunal argentino que conforma el voto de la mayoría, se menciona que la terminología utilizada por la CoIDH “dejar sin efecto”, implica de conformidad a la lengua española “revocación”, siendo que ese es el efecto común en los tribunales de distintas jerarquías en cuanto a la instancia recursiva, cuando el de mayor posición en la escala del recurso revisa la decisión de otro de grado inferior al que se le ordena modificar una decisión tomada, lo que demuestra que el Tribunal Internacional actuó como una instancia recursiva.

Al respecto, entiendo respetuosamente que no se ha empleado en este razonamiento, la hermenéutica adecuada y aplicable al caso, ya que un tribunal revoca la decisión de otro cuando en la estructura jurídica y legal se le ha otorgado el “*imperium*” de enervar en el caso de ser necesario la decisión del de grado inferior, y la propia decisión deja sin eficacia jurídica la sentencia revocada. En la situación particular ello no acontece, porque la decisión de la CoIDH no va dirigida respecto a la decisión de la CSJN como órgano jurisdiccional, sino que lo hace en relación al **Estado argentino**, es decir, a la República Argentina, donde la sentencia de la CSJN es uno de los actos u omisiones que contempla el artículo 1.1 y 2⁹, siendo

9 Art. 1.1. CADH. - Obligación de respetar los derechos. Los Estados parte de 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 suje-

la propia CSJN la que advertida de que los errores de hecho o de derecho que contiene la sentencia en un caso particular no es compatible con los estándares de la CADH, de conformidad al órgano que la misma CADH ha establecido como su intérprete auténtico, se encuentra incursa dentro de las obligaciones de adecuación establecida en el mencionado artículo 2 de la CADH, siendo la Corte Nacional que en aras de la obligación del Art. 1.1 sea ella misma quien vuelva sobre su propio pronunciamiento declarado contrario o agravante a una garantía convencional que el Estado argentino se encuentra obligado no sólo a respetar sino también a tutelar por todos los medios materialmente posibles a su alcance.

Otras de las fuertes razones por la que el voto mayoritario de la CSJN en el caso en análisis no pudo invocar la fórmula de la cuarta instancia como argumento para no cumplir uno de los puntos de condena impuesto por el Tribunal Interamericano, es que dicha circunstancia solo puede oponerla, conforme lo establece la CADH, el Estado argentino en su integridad, (compuesto por los tres poderes) y representado por la Cancillería Nacional en la instancia de admisibilidad de la petición formulada por las víctimas ante la CIDH, y no oponerla en una instancia de supervisión de cumplimiento de sentencia y por uno de los componentes del Estado solo, en referencia al Poder Judicial, por lo que claramente, se puede afirmar que lo argumentado por la Corte Suprema en este tema implica lo que la misma Corte Suprema utiliza como fundamento para denegar agravios cuando los considera “una reflexión tardía”.

Lo relacionado a la aludida falta de competencia de la CoIDH en el voto de la mayoría

Respecto a lo argumentado desde el considerando 12º a 15º inclusive de la postura objeto de comentario, en el sentido de que el Tribunal Internacional, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de la

ta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y cualquier otra condición social. Art. 2 deber de adoptar posiciones de derecho interno. Si del ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. 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.

Corte Nacional pasada en autoridad de cosa juzgada, habría obrado fuera de las potestades otorgadas por los textos convencionales, tanto de la CADH como la CVDT, resulta un argumento que, desde el punto de vista de este autor, encuentra serios déficits argumentativos. En primer lugar, todo lo sostenido respecto a la “cuarta instancia”, resulta útil para dar respuesta a los juicios que respaldan la posición argumentativa sostenida al respecto por el tribunal argentino, pero además, al realizar la tarea de fijar cuales son los límites de competencia de un tribunal internacional de Derechos Humanos conforme los textos convencionales, como fundamento para no acatar un punto de la parte dispositiva que condena a un Estado parte, conforme los límites impuestos por el propio poder jurisdiccional del Estado condenado, en base a interpretaciones que dicho poder realiza de instrumentos internacionales, dentro de los cuales se establece que el Tribunal Internacional es el intérprete auténtico de los enunciados de dichas convenciones. Ello lleva a sostener que las mismas razones dadas por la CSJN para cuestionar la competencia de la CoIDH son más que válidas para impugnar sus propios argumentos en este sentido, ya que ninguna letra de los tratados que invoca le da a las Cortes constitucionales o supremas de los Estados partes, facultades para interpretar los alcances de la competencia de los tribunales internacionales creados por los propios instrumentos convencionales como órganos auténticos y finales de interpretación de sus enunciados.

El artículo 62 de la CADH es claro y contundente al respecto, cuando el inciso primero establece que *“todo Estado parte puede en el momento de 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 (Interamericana) sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”* En el sentido indicado, una vez realizado el reconocimiento aludido, la CoIDH tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, que le sea sometido, conforme los alcances de los incisos 2 y 3, de este artículo. A su vez el Art. 63 inc. 1, y tal como lo reconoce la misma CSJN, establece que cuando el Tribunal Interamericano decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidas en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y pondrá asimismo,

si ello fuera procedente, que se repare las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de sus derechos y el pago del ajuste a la indemnización a la víctima.

En el caso *"Fontevectia vs. Argentina"*, la medida que generó consecuencias y situaciones configurativas de la vulneración de derechos contemplados en la Convención Americana, fue justamente el contenido del fallo *"Menem"*, de la CSJN, por lo que conforme el texto convencional, la CoIDH tiene perfecta competencia y obró en total conformidad con las facultades otorgadas por el Art. 63.1, al solicitar al Estado Argentino se deje sin efecto por el órgano que corresponda dicho acto, en este caso jurisdiccional, ya que, de seguir vigente y con validez queda claro que no será posible la reparación de las garantías afectadas por el mismo, y continuará configurada la vulneración de los derechos conculcados, más allá de que el Estado, mediante sus otros poderes, proceda a abonar la indemnización establecida, lo que por otra parte, pondrá en serio compromiso al Poder Ejecutivo Nacional, en caso de cumplir con la reparación económica impuesta por la Corte Interamericana, en razón de que conforme a la línea argumentativa establecida por la CSJN, continúa vigente la decisión que ordenó a los Señores Fontevectia y D'amico a abonar al Dr. Menem indemnizaciones correspondientes por daño moral, careciendo en consecuencia de causa válida cualquier reintegro de lo pagado al mantener la vigencia y sus consecuencias jurídicas generadas por la cosa juzgada el fallo de la CSJN que el Tribunal Internacional consideró que fue la base y fundamento de violaciones a los Derechos Humanos, manteniendo la situación de responsabilidad internacional y generando fuertes probabilidades de incurrirse en otra distinta como lo es a la de no someterse a lo decidido por un tribunal internacional cuyas decisiones reconoció como obligatorias de pleno derecho y sin convención especial.

Amén de lo expresado, el concepto de reparaciones, conforme los estándares del SIDH, son abarcativos no solo de reparaciones patrimoniales, sino también simbólicas y de garantías de no repetición, razón por lo que aunque el Poder Ejecutivo pague las sumas que a su vez los Sres. Fontevectia y D'Amico abonaron a Menem, será un acto que no modificará el estatus de país responsable de violación y de incumplimiento de garantías establecidas por convenciones de Derechos Humanos de la que el Estado es parte, sino que además irá contra el sistema normativo interno al continuar

vigente el precedente “Menem” en el que se impuso a Fontevecchia y D’Amico tuvieron una obligación “legítima” y “legal” de abonar en concepto de indemnización.

En cuanto a los enunciados de los alcances de los Art. 31 y 32 de la CVDT de 1969, conforme hasta lo aquí argumentado, contradiría la posición sostenida por la mayoría de la CSJN, ya que el objeto y fin de un tratado de Derechos Humanos (efecto útil), es que no se lesionen derechos y libertades contenidos en la misma. Y en caso de ocurrencia, se reparen o restablezcan los efectos indeseados de los actos causantes de la lesión, suprimiéndolos o removiéndolos. Además, siendo un tratado que regula las relaciones internacionales emanadas de la ONU, quien realiza la interpretación última y auténtica de sus enunciados, es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), con sede en la Ciudad de La Haya, y que al respecto ha establecido que: *“el derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones del Estado, según el Derecho Internacional consuetudinario, ni sobre sus obligaciones según el Derecho Internacional convencional y en consecuencia un Estado no puede invocar frente a otro (en el caso una organización interamericana - OEA) su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional o los tratados en vigor”*.¹⁰

El aludido orden público interno del Art. 27 de la CN.

Otro de los argumentos expuestos por la mayoría en la sentencia en tratamiento, se exponen a partir del considerando 16º en adelante del voto en cuestión, que como ya fuera expresado anteriormente, alude a que al dejar sin efecto la sentencia de la CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada, es uno de los supuestos en lo que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios jurídicos fundamentales del Derecho Público argentino, y que desde dicha perspectiva constitucional, el Art. 27 prescribe que el Estado argentino o el gobierno federal está obligado a afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios del Derecho Público establecido en esta Constitución, y por lo tanto los Tratados Internacionales deben ajustarse y guardar conformidad a esa esfera de reserva soberana establecida por el constituyen-

10 Corte Internacional de Justicia, sent. 1923, 1927, 1930, 1932, 1953, 1988, etc. y otras, arts. 26 y 27 CVDT, Principio: *“pacta sunt servanda”*.

te, donde dentro de esos principios inconstitucionales se encuentra el carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial que inviste la CSJN, acorde al Art. 108 de la CN, y ese carácter impide revocar su decisión, porque implicaría sustituirla por un tribunal internacional, en transgresión a los arts. 27 y 108 de la CN.

Entiendo que la posición mayoritaria de la CSJN, vuelve a incurrir en otro argumento difícil de ser sostenido, y con muchos puntos que facilitan su derrotabilidad. En primer lugar, no es correcto que la Máxima Jerarquía Nacional sea sustituida por un Tribunal internacional cuando deba cumplir como integrante del Estado Argentino, con una obligación internacional contraída por este, mediante los propios mecanismos constitucionales establecidos por el poder constituyente que la misma CSJN señala pretender conservar su voluntad, ya que como lo ha hecho en otras ocasiones, ella misma puede volver sobre sus propias decisiones a fin de armonizar el orden interno con el orden internacional establecido mediante el Art. 75 inc. 22 de la CN, que es lo que realmente ha pretendido el constituyente al incorporar expresamente en su texto los tratados tales como la CVDT y la CADH, sin que en ninguna manera mengüe o menoscabe su condición de Tribunal Supremo del Estado Argentino. Por otro lado, sostener lo postulado implicaría que el propio constituyente de 1994, al incorporar el artículo mencionado, no respetó los enunciados del Art. 27 de la CN., preexistente a la reforma constitucional operada en el año mencionado, al incluir tratados que en su contenido podrían tener contextos contrarios a dicha reserva soberana en lo relacionado a los alcances de los órganos de aplicación de dicho tratado. Sin embargo, al respecto, calificada doctrina constitucional nacional e incluso los mismos precedentes anteriores de la CSJN¹¹, han sido coincidentes que los límites impuestos por el Art. 27 de la CN, no juegan respecto de los tratados de jerarquía constitucional expresamente mencionados en el Art. 75 inc. 22., ya que como la propia CSJN ha expresado en el caso “*Cftocobar*”, el poder constituyente reformador realizó “*un juicio de comprobación en virtud del cual fta cotejado los Tratados Internacionales y los artículos constitucionales y fta verificado que no se produce derogación alguna*”. En otras palabras, el constituyente verificó que todos los tratados que expresamente consignó en

11 CSJN Causa “Chocobar Sixto” cons. 12º del voto de la mayoría – Fallos, 319:3241.

el artículo mencionado, alcanzaron la equiparación constitucional por no contradecirse con los principios de Derecho Público y de Orden Público interno establecido en el Art. 27 de la CN. Como sostiene la doctrina, desde dicha perspectiva fijada en el precedente de la CSJN mencionado, de conformidad a la última parte del Art. 75 inc. 22, los límites impuestos por el Art. 27 de la CN, juegan para todos los poderes constituidos, pero no para el poder constituyente¹², por lo que solamente se encontraría autorizada la CSJN a revisar la constitucionalidad de la incorporación de un Tratado Internacional en el texto de la CN y su adecuación al Art. 27 para aquellos tratados posteriores sobre Derechos Humanos que se incorporen al texto constitucional mediante el procedimiento de ley especial dictada por el Congreso, conforme la última parte del artículo mencionado.

Estando entonces contemplada expresamente la CVDT en la CN por obra del constituyente, resulta más que válidos los precedentes de la Corte de Justicia Internacional ya citados, (nota al pie N^o. 10), respecto a que no podrá oponerse enunciados constitucionales a fin de eludir compromisos contraídos en los tratados, conforme los arts. 26 y 27 de dicha Convención, a lo que se puede agregar que cuando dichos tratados son de Derechos Humanos, cobra más relevancia dicho enunciado.

Por otro lado, se puede mencionar que el contenido y alcance de principios de orden público contenidos en el Art. 27 de la CN, no se mantiene incólume desde aquel que fue forjado por los constituyentes de 1853, debido a las múltiples reformas constitucionales realizadas desde entonces, y en especial la última de 1994, por el gran contenido ético y moral que trasunta el principio *pro ftomine* vinculado a la dignidad humana, lo que ha llevado al Estado argentino a mudar de un “Estado de Derecho legal” a un “Estado de Derecho constitucional”, por la trascendencia y características propias de los principios que informan los Derechos Fundamentales que lo conforman, prueba de ello, son las grandes transformaciones que se vienen operando en la legislación de fondo, tales como el Código Civil y Comercial (CCC), instituido por la Ley 26994, en donde los principios juegan un rol de límite y control axiológico,

12 Sabsay, D. A. & Milán, P. (2009). *Constitución de la Nación Argentina – Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo I* (p. 1085). Buenos Aires: Hammurabi.

conforme la concepción de Norberto Bobbio¹³, constituyéndose la constitución y los tratados de Derechos Humanos en la principal fuente interpretativa.

Todo lo antes expresado, indica que si bien se mantienen las raíces del concepto de orden público ensambladas por los constituyentes de 1853, dicho concepto y contenido del Art. 27 de la CN han sido remozados en las distintas reformas, y con la incorporación del Art. 75 inc. 22 de la CN, ha incorporado el principio evolutivo de interpretación que no puede dejarse de lado cuando se trata de Derechos Humanos.

En base a lo expresado, el constituyente en la última reforma ha querido incorporar y que sea efectivo una garantía más para los ciudadanos de nuestro país, consistente en que en aquellos casos en que los sistemas de protección y tutela judiciales internos fallen en dicho cometido, pueda acudir al sistema regional y/o internacional de Derechos Humanos a fin de que se repare la lesión¹⁴, lo que no sería posible si pese a hacerlo, la definitividad de lo decidido por la Máxima Instancia Nacional, en la que los órganos instituidos por los tratados expresamente enunciados en el Art. 75 inc. 22, sea la causante de la afectación de las garantías contenidas, debido a malas interpretaciones o graves errores de hecho o de derecho que impone como única alternativa para recomponer el derecho fundamental lesionado sea dejado sin efecto por otra resolución de la misma CSJN. Esa garantía que el constituyente estableció en favor de los ciudadanos comunes ante desaciertos de los órganos estatales (el Poder Judicial lo integra), no pueden ser dejada de lado por un poder constituido, porque además integra los principios nuevos incorporados a dicho orden público y se encuentran protegidos por principios inderogables que hacen al *ius cogens*, tales como el de progresividad y no regresividad.

La gravedad de lo dicho, queda de resalto en caso de que la Máxima Instancia Nacional pueda confirmar una situación de privación ilegítima de la libertad, que sea revertida en la instancia internacional, la situación de la víctima permanecerá inmodificable de mante-

13 Citado en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, T. 1, Ricardo Luis Lorenzetti Director, Ed. Rubinzal Culzoni – Santa Fe, 2014.

14 Llugdar, E. J. R., (2016). *La Doctrina de la CoIDH y las resoluciones de la CIDH como fuente y forma de protección de los Derechos Fundamentales*. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>

nerse los postulados sostenidos por el voto mayoritario.

Como bien se ha sostenido, “supremacía” no implica necesariamente superioridad jerárquica, sino la facultad de decidir “*per se*”, en que escalón de la pirámide jurídica situarse y de ceder o no parte de su competencia, con lo cual resultaría válido que otras normas compartan con la Constitución el primer escalón de la pirámide normativa estatal, conforme lo sostuviera Bidart Campos¹⁵.

Si bien es válida la apelación que realiza la CSJN la doctrina sostenida a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, en especial a Joaquín V. González, téngase en cuenta que no existían los tratados de Derechos Humanos, tal cual son concebidos a partir de mediados del siglo XX por la comunidad internacional, a la cual la República Argentina, mediante el ejercicio de su soberanía y mediante los procedimientos constitucionales ha decidido ser parte, además de que otros constituyentes originarios o de los primeros tiempos del orden constitucional argentino, también expresaron pensamiento en contrario a los citados en el fallo, caso Juan M. Gutiérrez, quien sostenía que existían tratados de paz que pueden derogar artículos constitucionales, en las discusiones y debates de la reforma operada en 1860¹⁶.

Por otro lado, al fallar de este modo, la mayoría de la CSJN volvió sobre su propia doctrina, sentada con inusual fuerza al sostener que “*interpretar la Constitución no puede significar adjudicarle todos los alcances que, a juicio de la magistratura, pudiesen parecer meramente convenientes o deseables, pues ello desconocería el principio de la soberanía del pueblo según el cual no son los tribunales los titulares del poder constituyente. Es inadmisibles entonces, que so color de ejercer la prerrogativa de revisar e interpretar el texto constitucional, los jueces puedan modificarlo. De lo contrario, la Constitución podría ser alterada de una forma diferente a la que ella prevé, quedando la voluntad del pueblo declarada en ella sometida al simple arbitrio de un magistrado*”¹⁷. Con lo sostenido por la mayoría en el fallo, la CSJN ha privado en cierto

15 Citado por Daniel Sabsay y Pablo Manili, ob. cit. Párr. 1073.

16 Vanossi, J. R. A. & Dalla Via, A. R. (2000). *Régimen constitucional de los Tratados* (p. 36). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

17 CSJN: UCR de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Acción Declarativa de Certeza, causa U. 58.XLIX, Sent. del 22 de octubre de 2013. cons. 11º.

modo, una garantía de jurisdicción internacional para tutelar sus Derechos Humanos que el constituyente otorgó en forma expresa, conforme los efectos que esta decisión causaría en casos como los ejemplificados, y que conforman los principios de orden público contenidos en el Art. 27 de la CN, de acuerdo a lo antes aludido.

Análisis crítico del voto del Ministro Rosatti

En su ponencia, el Dr. Rosatti, concurre con casi todos los argumentos expuestos por lo sostenido por los Dres. Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz, agregando dos cuestiones que merecen ser destacadas.

La primera esboza un razonamiento en su considerando 5º, que implica la consagración del dualismo jurídico, al sostener en relación al Art. 27 de la CN “*que a partir de esta cláusula, no es posible ftacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecfto internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional*”. Al respecto, cabe mencionar que al igual del voto del que concurre, no se tiene en cuenta que dicho escrutinio fue realizado por los constituyentes de 1994, conforme ya se aludiera en este trabajo, por lo que al proponer que a pesar de ello sea el poder constituido legisferante o judicial quien deba realizarlo, es volver a una doctrina ya superada que se identifica con la corriente dualista del Derecho, lo que en forma categórica fue dejado de lado por la CSJN, a partir del precedente “*Ekmekdjian c/ Sofovicft*”.¹⁸, y que se mantuvo en innumerables fallos de gran trascendencia, en especial en aquellos que se investigaron violaciones sistemáticas de Derechos Humanos mediante la comisión de delitos de Lesa Humanidad, acorde al concepto desarrollado por la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma, como el precedente “*Simón*”¹⁹ o “*Arancibia Clavel*”²⁰, entre muchos otros, los que no hubiera sido posible concebírseles si no se les reconociera auto-operatividad a los tratados y pactos internacionales de

18 CSJN Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho – Sent. Del 7 de julio de 1992.

19 Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N°17.768C- Sent. Del 14 de junio de 2005.

20 CSJN Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita Causa n°259C.Sent. Del 8 de marzo de 2005.

Derechos Humanos en los que la República Argentina es parte, y muchos de los cuales han sido expresamente incorporados por el constituyente en 1994, por lo que desde dicha perspectiva, implica un fuerte retroceso en la materia.

Otra cuestión que desarrolla el voto concurrente del Dr. Rosatti es el vinculado al “diálogo interjurisdiccional”, que como lo resalta en su considerando 8º, intente mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la CoIDH como último intérprete de la CADH, y a la CSJN como último intérprete de la CN. Al respecto y con el respeto que me merece la trayectoria del Sr. Ministro, creo que para realizar este tipo de diálogos entre las Cortes internacionales de Derechos Humanos y las Nacionales de los países parte de los tratados, no pueden válidamente realizarse cuando estos últimos primero desconocen las competencias conferidas por la propia CADH, y siendo que con diferente integración ya el Tribunal Nacional realizó dicho diálogo interjurisdiccional, pero utilizando un procedimiento inverso, al cumplir con los requerimientos de la CoIDH, con sustento en los compromisos internacionales contraídos por el país, que la CSJN, como integrante del Estado no podía eludir, sin perjuicio de lo cual, señaló en sus fundamentos sus discrepancias de criterios y reparos que consideraron señalar respecto a la decisión internacional, tal lo acontecido en el precedente “*Espósito*” ya mencionado, dictado con posterioridad a lo fallado por la CoIDH en el caso “*Bulacio vs. Argentina*”, puesto que resulta un contrasentido la propuesta de diálogo y concluir en la negación de competencias y facultades del órgano jurisdiccional internacional con el que se pretende dialogar.

6 . Consideraciones finales

El presente fallo de la CSJN, constituye un paso hacia atrás respecto de los avances que la misma logró en materia de Derechos Humanos. Que la universalidad que caracteriza a los derechos esenciales de la persona humana basados en su dignidad, no es patrimonio de Estado alguno, y en los hechos lo sentado por este precedente implica básicamente una denuncia de facto del tratado involucrado en materia jurisdiccional, y de una no muy clara competencia del Poder Judicial de la Nación en cuestiones que involu-

cra a la política internacional que ha decidido la Nación tomar en materia de Derechos Humanos, por la clara expresión de la voluntad del pueblo expresada por los constituyentes de 1994.

Estos vaivenes de los criterios y doctrina sentados al respecto pueden resultar fórmulas de alquimia interpretativa que podrían concluir, al decir de Gargarella, en un “maltrato constitucional”²¹, que podría llevar al Estado Argentino a perder la consideración que ha logrado a través de los años en su posicionamiento y reconocimiento por el respeto y tutela de los Derechos Humanos frente a la comunidad internacional. Lo dicho se apoya en el hecho del notable cambio de rumbo tomado respecto a la relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos mediante el fallo en comentario, lo que en Derecho Internacional Público se conoce como “*estoppel*”, ya que uno de sus órganos que componen el Estado, de modo unilateral, ha variado la forma de vinculación mantenida por más de veinte años, respecto al acatamiento de los fallos de un tribunal internacional del que no solo la Nación Argentina es parte mediante sus suscripción y ratificación, sino que los constituyentes lo han reconocido al incorporar expresamente el instrumento que lo consagra en la misma Constitución Política del Estado Argentino.

Abriremos la esperanza de que el Máximo Tribunal Nacional en futuros pronunciamientos aclare y precise los alcances en implicancias del fallo dictado el 14 de febrero de 2017.

gloSario de aBreviaturaS

CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
CN	Constitución Nacional.
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CCC	Código Civil y Comercial de la Nación.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

21 Gargarella, R. De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional : la interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina. En *Teoría y crítica del Derecfto Constitucional - Tomo I*, p. 233-248. Disponible en: http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod11/11-050_L2.-Roberto-Gargarella.plus.pdf

CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
SIDH	Sistema Internacional de Derechos Humanos.
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Gabriel Fernando Pacheco

La interpretación y argumentación jurídica y los derechos fundamentales

Resumen

El motivo de este trabajo es doble: por un lado, reseñar algunas nociones sobre los Derechos Humanos; por otro, conectar dichas nociones con el tema de la interpretación y argumentación jurídicas, considerándolas como instancias imprescindibles para la aplicación del derecho.

Para ello se expondrá como diversas corrientes filosófico jurídicas buscaron, cada una con sus argumentos, imponer su concepción ontológica de lo jurídico, a la vez de instalar su método de aplicación del derecho. Cada una de ellas buscó plantear un método de interpretación y argumentación de carácter objetivo y seguro, desterrando todo atisbo de subjetividad, vista esta última como sinónimo de relativismo e inseguridad y arbitrariedad humanas.

Es dable tener en cuenta que **interpretar** es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.¹

Es una actividad tanto cognoscitiva como operativa, por la que se decide elegir uno de esos significados para adoptarlo como válidos; a la vez que **argumentar** alude a la actividad para sacar algo en claro, relacionada con el término argumento, que es el razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición; o bien para convencer a alguien de aquello sobre lo que se afirma o niega². En el caso del derecho, tanto el juez como el abogado, deben justificar razonadamente el resultado de su decisión.

1 Llambías, J. J. (1964). *Tratado de Derecho Civil, T. 1* (p. 87). Buenos Aires: Perrot.

2 Grajales, A. A. & Negri, N. (2014). *Argumentación Jurídica* (p. 333). Buenos Aires - Bogotá: Astrea.

1. Breve excursio sobre la objetividad y subjetividad

Acaba de mencionarse dos palabras claves, importantes en la opinión del suscripto, para desarrollar este tema. Ellas son los vocablos **objetividad** y **subjetividad**, que merecen su respectiva consideración.

El primero de los vocablos, designa la cualidad formal de todo lo que es objetivo. Es aquello a lo que pertenece o corresponde a una realidad distinta o independiente del sujeto que conoce o apetece. Mientras que por subjetividad se designa al titular del acto del conocer o querer un objeto, es aquello que está delante del sujeto con independencia del mismo y a lo cual este debe amoldarse.

Ambas nociones son distintas y contrapuestas entre sí. Ello es así, dado que la **objetividad** alude a la verdad absoluta de los conceptos o juicios en el plano del conocimiento, alcanzada mediante la intersubjetividad (acuerdo unánime de todos los miembros de un grupo o sociedad determinados), puesto que concluyen que lo mentado es cierto, objetivamente cierto, más allá de los pareceres particulares de los individuos. El concepto contrario, **subjetividad**, alude al pensamiento, volición de cada uno de los mentados individuos. Cuando ello ocurre, estamos en el plano de la relatividad de las verdades que ellos consideran. Sintéticamente, entonces, la objetividad representa el valor verdad absoluta, que nos da la sensación de seguridad, mientras que la subjetividad alude a la verdad particular, relativa, por lo tanto, remite a la inseguridad.

Un poco de historia sobre la argumentación jurídica.

De las diversas obras consultadas, se constata que siempre se trató a ambas actividades relacionándolas con el derecho visto como un sistema de normas, poniéndose en el sitio superior a las constituciones nacionales a la luz del movimiento constitucionalista, para descender desde allí, en el cumplimiento de dichas labores, a las demás normas, llámese federales, provinciales, etc., cumpliendo así con el esquema kelseniano. Se le atribuye así, el carácter de completitud y hermeticidad a todo el derecho vigente, despojándolo de toda laguna interpretativa, como así de toda consideración moral, todo ello conforme al sistema positivista, imperante en los siglos XVII y hasta bien entrado el XX.

Desde esa época, ya finalizada la Segunda Guerra Mundial, la comunidad jurídica tomó conciencia de la existencia de principios morales, de hondo carácter jusnaturalista: los Derechos Humanos

(DDHH), llamados también Derechos Fundamentales, conforme a la concepción del sistema regional que nos rige: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Estos Derechos son vistos ya universalmente como facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo, sin importar su nacionalidad, origen étnico, raza, religión, idioma o cualquier otro estatus. Cada persona está protegida por los DDHH sin discriminación alguna³.

El constitucionalismo como movimiento y proceso político – jurídico, a través de su evolución en el tiempo, brindó aportes invaluables, ya que paulatinamente introdujo varios derechos fundamentales en el plexo normativo constitucional de los diversos Estados, como ser: el derecho del voto, la libertad de expresión, la inviolabilidad de domicilio, la prohibición de detención arbitraria. Sin embargo, no completó acabadamente la tarea de perfilar acabadamente la esencia de los derechos fundamentales. Esta situación cambia radicalmente, como ya se dijo, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, donde se constataron las atrocidades cometidas contra diversos grupos étnicos y religiosos.

Realizada esta referencia breve -pero concisa- sobre la historia del surgimiento y vigencia de los Derechos humanos, cabe poner de relieve que de la mano del neoconstitucionalismo, la interpretación y la argumentación jurídicas sufren simultáneamente un cambio significativo. Ello es así, ya que desde el aspecto normativo, procedimental y hasta podría decirse ético, el arsenal interpretativo y argumentativo de los operadores jurídicos ha variado sustancialmente.

Desde el aspecto normativo, porque es evidente que desde la reforma constitucional del año 1994 en nuestro país, los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos adquirieron supremacía constitucional. Por ello, dichos instrumentos legales ostentan igual jerarquía con nuestra Norma Fundamental en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22). Sin perjuicio de ello, el Congreso Nacional está facultado para otorgar a esos instrumentos, por la vía de una ley especial, la correspondiente jerarquía constitucional, conforme lo faculta el artículo e inciso mencionados en su parte final. Ejemplo de ello es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual, mediante la ley N° 27.044 del

3 Andreu, F. & Ibañez, J. M. (2014). *Convención Americana de Derechos Humanos* (p. 4). Buenos Aires: Eudeba.

Congreso, adquirió dicha jerarquía en el mes de noviembre de 2014. Consecuentemente, hasta el momento el número de instrumentos internacionales suscriptos por el Estado ascienden a doce.

Sintetizando: ya no es solamente la Constitución Nacional la que se encuentra en la cúspide piramidal jurídica, entendida conforme al modo kelseniano; sino que ese sitio lo comparte juntamente y en paridad de condición con los tratados, convenciones y declaraciones que versen sobre los Derechos Fundamentales suscriptos por nuestro país, quien adhirió en su oportunidad a la Convención de los Tratados de Viena.

A la vez, desde el plano procedimental se puede constatar que adquiere enorme relevancia el instituto del control de convencionalidad, que acertadamente ha sido considerado como “un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales”⁴. Tal es así, que se ha suscitado el interrogante en cuanto si un tratado o una convención revisten la calidad de ser supremos a la Constitución Nacional, discusión sobre la que, si bien excede el objetivo del presente trabajo, sólo cabe responder -escuetamente- por la afirmativa, ya que el incumplimiento por parte del Estado de un Tratado Internacional, con el pretexto de que es contraria a su derecho interno, acarreará indefectiblemente, la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

Retomando el tema del control de convencionalidad, Midón enseña que es el procedimiento mediante el cual un tribunal verifica *si determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de Derechos Humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema. Si el acto en cuestión no supera ese test de fiscalización, el tribunal deberá declararlo inconvencional o anticonvencional, es decir, contrario a alguno o alguno de los artículos que establecen los tratados de Derechos Humanos que ese país suscribió y en el caso se negó a cumplirlo. También el concepto más comprensivo dice que: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la CoIDH y de los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte; b) es una obligación que corresponde a toda la autoridad pública en todo el ámbito de sus*

4 Sagüés, N. P. (2010, Marzo 6). Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. En *Estudios Constitucionales*, 1, 117-136.

*competencias; c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la CoIDH, y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte, d) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de la autoridad pública*⁵.

Inevitable es mencionar el origen de este instituto procesal, cuyo fundamento normativo reside en los arts. 1 y 2 de la CADH, perfilado jurisprudencialmente en los casos Myrna Mack Chang (Sent. del 25/11/2003) y Tibi (Sent. del 7/9/2004), adquiriendo fijeza en “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile” (Sent. 26/09/2006), y luego con “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” (Sent. del 24/11/2006), aceptado al propio tiempo por la CSJN *in re* “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Recurso Extraordinario”, (Sent. del 27/11/2012)⁶. Ello hace que, en lo procedimental, nuestra Corte Suprema, al reconocer que cuando se verifica una colisión de derechos fundamentales contemplados en la normativa nacional (incluso la Constitución Nacional), con la Convención o un Tratado que también los contempla, debe aplicar estos últimos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Ahora bien, advirtiendo que un estudio profundizado de esta herramienta procesal excede los objetivos del presente trabajo, corresponde indagar sobre el modo en se llevaría a cabo este control de convencionalidad.

Para llegar a esa respuesta, es oportuno realizar otra revisión histórica, para la mejor comprensión de la temática que nos ocupa.

Ello nos lleva ineludiblemente a las corrientes no positivistas e iuspositivistas.

El primero, dominó durante los siglos XVII y XVIII. Postula la existencia de una fuente jurídica anterior a la del legislador. Sostiene que las leyes emanan de una razón trascendente, que no es Dios ni tampoco cada hombre en particular. Es la Razón que no tiene un sujeto determinado, pero influye en la razón de los hombres. Su exponente máximo fue Hugo Grotius (1583-1645) quien sostenía que la ley humana y la ley natural están inscriptas en la esencia del

5 Midón, M. (2016). *Control de Convencionalidad* (p. 71). Buenos Aires: Astrea.

6 S.C. R. 401, L. XLIII.

hombre. La primera de modo determinado y la segunda de modo indeterminado. Sentenció que la razón humana no es la creadora sino la descubridora del Derecho Natural, proyectado en nuestra esencia. De dicha esencia extrae el legislador los principios inmutables que deben guiar la conducta humana, pues son las inclinaciones más profundas y auténticas del hombre. Este modelo sostiene que hay ciertos principios morales y de justicia, universalmente válidos, los cuales pueden ser conocidos a través de la Razón humana, y, en caso de que algún sistema o norma no se adecuen a tales principios universales, los mismos no podrán ser considerados como jurídicos. En síntesis, el jusnaturalismo pretendió establecer por encima del derecho positivo, imperfecto e inmutable, un derecho universal, considerándolo el verdadero derecho.

Este paradigma, fue criticado férreamente por Hans Kelsen (1881-1973), con el argumento de que los partidarios no positivistas confunden el concepto del Derecho con un ideal específico de justicia (democracia y liberalismo).

Posteriormente, aparece el positivismo jurídico. Sostenía que la ley proviene de la razón, y que a toda la razón la tiene el Estado. Éste, a través de la Ley es la fuente única y absoluta de todos los derechos y los deberes. Esta tesis, expuesta por Hans Kelsen, sostiene en definitiva, que se debe prestar sumisión y culto a la ley escrita. Según este modelo, la interpretación jurídica consistirá en la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley, y consideraba al juez como un ser inanimado que repite las palabras de la ley. En síntesis, la norma era el parámetro absoluto, seguro al cual debía el juez aferrarse en el momento de emitir sentencia. El magistrado debía cumplir su trabajo, apelando al silogismo deductivo, en donde primero debía poner su atención a la ley (premisa mayor), luego observaba los hechos (premisa menor) para posar su mirada en la conclusión, que eran las consecuencias dispuestas en la misma ley.

La crítica que le cabe a este modelo, es que si bien pretende ser objetivo, riguroso, peca por ser teórico o dogmático, cuando en realidad la ciencia jurídica no es más que teoría, es una praxis. Ello explica la razón por la que actualmente se encuentra prácticamente abandonado. No debe olvidarse entonces, que el derecho es cambiante, atento a lo circunstancial y lo temporal de la realidad social, que no puede ser abarcada en su totalidad por el texto jurídico fríamente considerado. Por otra parte, históricamente se constató, desde la post guerra (Segunda Guerra mundial), que los crímenes de

lesa humanidad, si bien los alemanes pretendieron justificarlo como “jurídicamente correctos”, conforme a los textos legales de su sistema jurídico, tales justificaciones eran de imposible aceptación.

Históricamente, resurge entonces, el no positivismo, llamado también iusnaturalismo, pero esta vez enarbolando a los DDHH, ya conceptualizados ut supra.

Resumiendo lo hasta aquí dicho: por un lado están los juspositivistas que entronizan la norma que había interpretársela, mecánica y objetivamente, despojando para ello al derecho de toda vinculación con la moral. En la vereda contraria, se ubican los no positivistas, que postulan la existencia de principios jurídicos supralegales que gobiernan la interpretación y argumentación jurídicas, todo ello, claro está, con el fin de aplicar el derecho.

Así las cosas, gracias al iusnaturalismo actual, se presenta esta nueva forma de entender y de aplicar el derecho, destacándose un primer principio de carácter ético y supremo que –juntamente con el principio de no discriminación- guía la labor del juez y de los demás operadores jurídicos: es el principio *pro ftomine*. No se concibe realizar esta labor, sin desatender a este principio rector, que es un “*criterio ftermenéutico que informa todo el derecfto de los Derecftos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derecftos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derecftos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecfto de los Derecftos Humanos, esto es, estar siempre a favor del ftombre*”⁷.

Entonces, cada una de esas corrientes pretendió dar una visión objetiva, total, segura de cómo el derecho debe ser considerado y aplicado.

La historia de la interpretación radica en la búsqueda de un modelo seguro, objetivo y estable de interpretar el derecho, para así dar a cada uno lo suyo en forma justa, despojada de todo atisbo de inseguridad y relatividad.

Desde el positivismo, se postuló que los valores no tienen cabida en el mundo jurídico. Pero con apoyo de la filosofía general, puede sostenerse -en opinión del suscripto- lo contrario, ya que como lo

7 Waslic, J. C. (2011). *Manual Crítico de Derecftos Humanos* (2a Ed.) (pp. 62-63). Buenos Aires: La Ley.

enseña García Morente, los valores no son objetos reales, como por ejemplo con esta notebook con la cual estoy confeccionando este ensayo. Sin embargo, tampoco son entes ideales o impresiones subjetivas. En su discurrir sobre este tema, nos enseña que los valores *valen*, y que sobre ellos se puede discutir. Enseña que conforme a la base de esta discusión, ellos son objetivos, y que se los descubre. Este autor, cuando dice que los valores valen, quiere decir que ese valer de los valores constituye la *no indiferencia*, precisando con ello que las cosas, cuando tienen valor, valen. Además, nos dice que los valores son ajenos al tiempo, a la cantidad y al espacio. Tajantemente expresa que una cosa es que los valores sean absolutos, y otra distinta la relatividad del hombre, que más tarde intuye o capta a aquellos. Los valores representan lo que en la realidad hay de valer. Por ende, ello es lo que constituye la objetividad de los valores⁸.

Trasladando los conceptos del filósofo español a nuestro caso, significa que los principios jurídicos supraestatales llamados Derechos Fundamentales, que desde épocas remotas han sido ignorados, hasta un hecho histórico trascendente ocurrido en el siglo XX: el Holocausto y su consecuencia: los tribunales de Nüremberg, en donde sus integrantes descubrieron ciertos principios, que encierran valores absolutos, tan absolutos como el principio *pro homine* y el de *no discriminación*, y a partir de allí, surgen otros principios, que representan valores intrínsecamente humanos que protegen el derecho a la vida, o los derechos económicos culturales y sociales, etc.

Ahora bien, a fin de precisar detalladamente la metodología que ha de ser utilizada al momento de dirimir conflictos, especialmente en los llamados casos difíciles, que son aquellos supuestos en los que los derechos fundamentales de las partes (ya sea entre particulares entre sí, o entre el interés del Estado y los derechos fundamentales de los particulares) entran en colisión.

Es oportuno reseñar entonces, y de modo breve, las posturas de carácter metodológico de las corrientes jurídicas ya mencionadas, en el sentido de que el juspositivismo entendía que el juez era la boca de la ley, y que debía aplicar automáticamente el derecho, con la aplicación automática de la norma jurídica; mientras que el no positivismo (iusnaturalismo) sostenía que ante los vacíos legales, debía recurrirse a los principios jurídicos.

8 García Morente, M. (2004). *Lecciones preliminares de filosofía* (pp. 391-406). Buenos Aires: Losada.

Conforme lo aprendido en este curso, se constata el triunfo de la última de las corrientes mencionadas, ya que los Derechos Humanos portan principios ético- jurídicos de raíz iusnaturalista, capaces de brindar un método que gravita en modo decisivo en la labor interpretativa y argumental del derecho (no de la norma).

Lo dicho, ese método, que ofrece la mayor seguridad jurídica, es de cariz objetiva, no implicando con ello el encorsetamiento de los operadores jurídicos a la aplicación mecánica de la norma jurídica, puesto que actualmente más allá de aplicar solamente la norma literal, utiliza el derecho en su completitud, dentro de parámetros más flexibles, como por ejemplo, la sana crítica, todo en el marco de la razonabilidad, con la apoyatura de la lógica.

Vaya como ejemplo lo que estatuye el **artículo 29** de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que estatuye:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática y representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza.”

Este artículo, debe ser estudiado relacionándolo con los arts. 1 y 2 y 24 de dicha Convención, así como también con los arts. 26 y 31 de la Convención de Viena de 1969, conjuntamente con el Preámbulo de dicha Convención. En cuanto a esto último, cabe tener en cuenta que *“los preámbulos aluden, por lo regular, a un contexto ftermenéutico desde el cual debe comprenderse el tratado antes de interpretar sus normas”*⁹. Tan es así, que el preámbulo de la CADH contiene los principios y valores que iluminan el texto de la Convención¹⁰.

9 Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. & Pelayo Moler, C. (2014). Preámbulo. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (pp. 34-41). Buenos Aires: Eudeba.

10 Ídem7.

Tal plexo normativo establece los principios rectores para la aplicación del Derecho. En el caso del Art. 29 de la CADH, se puede extraer diversos elementos interpretativos, los cuales son, someramente: el principio de buena fe, los acuerdos u otros instrumentos a los que se refiera el tratado, el contexto y la práctica seguida en la aplicación del tratado. Todos estos elementos deben ser utilizados de un modo sistemático, teniéndose presente la finalidad de la Convención, sin ningún tipo de atadura a la utilización de un parámetro específico. Es decir, siempre se debe interpretar el derecho, conforme a la pauta general: el principio de buena fe.

En resumen, la norma literal de la Convención es sólo una de las fuentes de interpretación y argumentación del derecho. Pero tales actividades (la búsqueda y la justificación y demostración de lo justo), debe acometerse conforme a los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda*, pero por sobre todo, teniendo como norte la dignidad humana.

Ahora bien, de lo aprendido en este curso, se constata que si bien tanto la CoIDH, como la CIDH en sus pronunciamientos han sentado principios rectores de interpretación, no es menos cierto que la doctrina especializada se encargó de publicar innumerables textos literarios en el tratamiento del tema, destacándose –en mi opinión– los trabajos de dos autores –entre tantos otros– reconocidos en la materia, quienes sentaron las bases objetivas, de carácter práctico, con la finalidad de facilitar la interpretación y la argumentación del derecho, posibilitando que las decisiones tomadas –por ej. en el caso de las sentencias judiciales–, sean inatacables o irrecurribles.

El primero de ellos, es Ronald Dworkin, quien sostiene que el Derecho es un sistema de principios, no de normas. Considera que los derechos individuales deben ser tomados en serio, ya que considera que las normas jurídicas en sí, están imbuidas de utilitarismo. Es así, que propone una teoría que procure alcanzar *una interpretación y aplicación integral del derecho*¹¹. De ese modo, propone la distinción de normas o reglas (que son susceptibles del test de origen y pedigree) y principios o directrices (que no son susceptibles de ese test). Considera que en los casos difíciles, en los que no existe una norma clara y precisa para resolver el caso, aun cuando en él no exista una solución normativa, el juez no tiene libertad ni

11 Grajales, A. A. & Negri, N. (2014). *Argumentación Jurídica* (pp. 474-497). Buenos Aires-Bogotá: Astrea.

discreción porque los principios y directrices integran el derecho. Considera a esos principios y directrices como bienes sociales, con la característica de ser dinámicos y mutables. Para él, los principios son exigencias de justicia, equidad y moral positivas, que juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa, el significado de las normas del sistema, a fin de brindar solución a los casos jurídicos. Distingue a las reglas, que funcionan de manera disyuntiva, pues se aplican o no se aplican, sin posibilidad de una tercera opción. Si son válidas, la solución que aportan debe ser aceptada; caso contrario son irrelevantes para la decisión.

Para dicho autor, los principios, en cambio, inclinan la decisión en una dirección, aunque de manera no concluyente, y sobreviven intactos aunque no prevalezcan. Dice que los mismos no tienen una jerarquía preestablecida, y que son dinámicos. Explica que ante un caso difícil, el juez -u otros operadores jurídicos- debe realizar un balance de los mismos, decidiéndose por aquel que tenga más peso. Para alcanzar una sola respuesta a ese caso difícil, estima que el jurista debe poseer una serie de capacidades sobrehumanas, que encarna en el personaje mitológico "Hércules": un modelo de juez omnisciente capaz de solucionar dicho tipo de caso, encontrando respuestas correctas para todos los problemas.

Por su lado, Robert Alexy, también distingue entre reglas y principios. Caracteriza a las primeras como normas o mandatos definitivos, que obligan, prohíben o permiten algo. Su forma de aplicación es la subsunción. Por otro lado, los principios son normas -a las que llama mandatos de optimización- que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Explica que la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación. Por esta razón, la ponderación es la forma específica de aplicación del principio. Este método, el de la ponderación, se formula así: *"Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"*. Esta operación se realiza en tres pasos: en el primero, se trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, a este, le sigue la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, se determina, en el tercer nivel, si la importancia de la satisfacción de uno de los principios justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

Desde el punto de vista del suscripto, se concluye que ambos autores se complementan en el tratamiento de la interpretación -y por sobre todo- la argumentación jurídica. Pero Alexy es más técnico y el que mejor ilustra, en lo referente a cómo funciona el método de la **ponderación** en el proceso de la argumentación. Póngase como ejemplo la causa “*Guardo Carlos Federico s.d. Amenazas e.p. Olivares María Alejandra (Cuadernillo de Apelación contra Denegatoria de Excarcelación) Casación Criminal*”, (Sent. de fecfta 25/03/2014). Repárese en que el Sr. Vocal, Dr. Eduardo J. R. Llugdar, luego de interpretar el contexto fáctico, normativo, enfatiza la vigencia de los tratados suscriptos por nuestro país por sobre la normativa local, realizando valoraciones sobre los principios contenidos en aquellos, utilizando precisamente el método ponderativo alexyano. De este fallo ejemplar, podemos visualizar una situación en la que dos principios de igual jerarquía supraconstitucional entran en colisión. En la decisión sentencial, uno de ellos debe ceder al otro, sin implicar en modo alguno que el principio desplazado sea invalidado. Simplemente se evalúa el peso de cada uno de ellos. No tiene desperdicio entonces, el párrafo que a continuación se transcribe, puesto que desarrolla los tres estadios o escalones en los que se realiza la operación ponderativa: *“La forma de establecer la mayor dimensión de peso mediante la interpretación ponderativa de los principios debe buscarse aplicando el principio de proporcionalidad en base a tres subprincipios específicos: a) el de adecuación, cuando el sacrificio impuesto al ejercicio de un derecho sea el adecuado para preservar a otro derecho o bien constitucionalmente protegido, b) el de necesidad, cuando el sacrificio aludido en el punto anterior no encuentre otro menos lesivo a fin de preservar el otro derecho o bien constitucionalmente protegido y c) el de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en que la afectación en el ejercicio del derecho lo sea en el menor grado posible en concordancia con la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho”*.

En el fallo testigo que se comenta, surge que se pondera -mejor dicho: se pesan- dos principios (o derechos fundamentales) de igual raigambre constitucional, pero contrapuestos. Uno de ellos es el derecho a la libertad del encartado (en este caso, de Guardo); el otro es el derecho a la seguridad física y psíquica de la denunciante, víctima de violencia de género. Como objetivamente, se constata que esta última reviste una condición de vulnerabilidad en un conflicto de esta naturaleza (violencia de género), forzoso es concluir que el

derecho debe asistir a esta mujer. Para ello, se pondera los derechos en colisión. En el caso planteado, es el derecho de la protección y seguridad jurídica de la mujer el que adquiere primacía, por sobre el derecho a la libertad de su agresor, al que si bien le asiste la presunción de inocencia, no por ello debe caerse en el facilismo de otorgársele sin más la excarcelación.

2 . Conclusión

A modo de *conclusión*, se puede considerar que la **ponderación**, como método práctico en lo concerniente a la interpretación y a la argumentación jurídicas, es el que merece nuestra mayor atención, acorde a los tiempos actuales, puesto que tiene la virtud de constituir y materializar una práctica objetiva del derecho, descartándola de todo subjetivismo. Ello es así, ya que en el acto decisorio (que puede ser judicial, administrativo o legal), se deben contemplar todos los planos: el normativo (y la doctrina jurisprudencial), el contextual (hechos, pactos), el finalista y el axiológico, sin olvidar el lógico. De aplicarse ese método, -tanto en la faz interpretativa como argumentativa- en todos los ámbitos estatales (en los tres poderes de gobierno), la práctica del derecho se tornaría segura, arribándose de ese modo a una solución justa, con la pretensión de ser inatacable. Para finalizar, cabe destacar que el operador de derecho (sobre todo el juez), con la práctica ponderativa y lejos de toda arbitrariedad o capricho, pesa los principios (derechos) en juego, haciendo prevalecer uno por sobre el otro, siempre dentro del marco contextual -del caso concreto y de la misma sociedad-, sin implicar en momento alguno, la invalidación del principio que se posterga en el caso sometido a su conocimiento.

Andrea Bazzano

Acerca del Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Introducción

En estas breves líneas de introducción pretendo explicar, de cierta manera, la elección del tema a desarrollar a lo largo de este humilde trabajo final para el curso señalado en la carátula. Que debo confesar que el tema escogido me genera un cierto interés, apenas por encima del resto de la temática abordada, relacionado con la reflexión a la arribo en cuanto a la aplicación histórica, y porque no, algunas veces abusiva de la cláusula 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica, en adelante CADH¹), que consagra la suspensión de garantías, garantías señaladas a lo largo del mismo plexo normativo convencional, como también qué interpretación debe dársele para la correcta aplicación de un artículo de excepción.

El presente ensayo intentará en un primer momento efectuar un análisis del texto normativo a través de la interpretación dada al mismo por la Corte (Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CoIDH-) en la Opinión Consultiva N° 8 (del 30 de enero de 1987²), explicación que fuera solicitada por la Comisión (Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH-), en uso de la potestad que le otorga la misma Convención conforme a la cual los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA pueden consultar a la Corte, en lo que les compete, sobre *“la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos”*

1 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

2 Opinión Consultiva descargada desde: <http://ellugdar.jussantiago.gov.ar/category/dd-hh/>

(art. 64.1). La Comisión es uno de los órganos enumerados en dicho capítulo (OC 8/87, AP. 8, “*admisibilidad*”).

Dicho análisis incluirá inexorablemente la citación y explicación de otros artículos conexos (29 y 30), además de los señalados en el inciso segundo del 27, haciendo una breve referencia a otra Opinión Consultiva (N° 6/86³) sobre el segundo de los artículos mencionados en el paréntesis. Asimismo se deberá hacer referencia a principios nucleares de los Derechos Humanos tales como el *ius cogens*, el de proporcionalidad y de razonabilidad, entre otros. No puede quedar afuera de consideración tampoco el Tratado de los Tratados, la Convención de Viena de mayo de 1969.

Y también me gustaría esbozar por último, algunas consideraciones acerca del período de mayor violación de Derechos Humanos en nuestro país, la dictadura cívico-militar producto del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976, situación de excepción si las hay, y que, aunque si bien el país no había ratificado aun la Convención de referencia (ya que lo hace en el año 1984, mediante Ley 23.054⁴, siendo que la CADH data del 22 de noviembre de 1969, y que recién pasa a formar parte de nuestro bloque de constitucionalidad, con supremacía en jerarquía al igual que nuestra Carta Magna con la reforma de 1994, Art. 75, inc. 22⁵), ha habido intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita “*in loco*” al país en el año 1979. Qué recomendaciones han brindado, y que ha pasado con nuestro país en los años posteriores en materia de impunidad y de reparación de derechos. Asimismo intentar efectuar un paralelismo entre dicho período con los parámetros exigidos por el artículo 27, con señalamiento de cuáles han sido los derechos vulnerados, la supuesta situación de emergencia aducida por el gobierno de facto, como a la vez la determinación proveniente del Informe de CIDH sobre las restricciones o límites al poder represivo del Estado.

3 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

4 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28152>

5 http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/normativas/const_nac_art_75_conveniosyptos.pdf

1 . El Artículo 27

El artículo en análisis consta de tres incisos en los que se define lo siguiente: en el primero encontramos detallada la situación que autoriza la aplicación de la suspensión de garantías, el segundo es el que fija de manera específica los límites que no pueden sobrepasarse, en particular, las garantías que no pueden ser suspendidas ni aún en el supuesto descrito en el primer inciso. Y por último, el tercer párrafo, que establece una obligación de hacer para los Estados, que tiene que ver con la publicidad de la aplicación de ésta cláusula de excepción.

El texto del artículo reza:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3° (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4° (Derecho a la vida); 5° (Derecho a la integridad personal); 6° (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9° (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad); y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

2. Su interpretación: la opinión consultiva n° 8 de 1987

El artículo 64.1 de CADH (que establece la competencia y funciones de la CoIDH), faculta a los Estados Miembros de la Organización a consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de Derechos Humanos en los Estados Americanos. El mismo artículo también autoriza a realizar este pedido de consulta a los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁶, reformada por el Protocolo de Buenos Aires⁷ (27 de febrero de 1967, ARTÍCULO XII, artículo 51, inc. e).

Es entonces en ese marco que la CIDH solicita para consideración de la Corte, durante su Decimosexto Período Ordinario de Sesiones que se celebrara del 24 al 30 de enero de 1987, una consulta que deriva en la pauta interpretativa del artículo de este trabajo en particular, aunque ello no resultara ser el eje de la Consulta, por supuesto, sino más la cuestión de las garantías judiciales.

El pedido de consulta tiene como pregunta central la de si: *¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana?*

Para llegar a ese interrogante, la Comisión parte de una serie de consideraciones que las expone extensamente en la Consulta efectuada, y que para responderla la CoIDH desmenuza, entre otros, al artículo de suspensión de garantías, y que es lo que se pretende destacar en este tramo del ensayo. Pero para ello, previo, deben esbozarse otras ideas conexas.

La primer referencia que resulta de la Opinión Consultiva (OC) citada tiene directa relación con aquella norma de la CADH que nos informa acerca de cómo se deben interpretar las disposiciones que ella misma contiene. La Corte lo hace a modo de recuerdo y cita el artículo 29 sobre normas de interpretación.

6 http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

7 http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-31_Protocolo_de_Buenos_Aires.htm

Se imita la metodología empleada por la Corte.

Artículo 29.- Normas de Interpretación.

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

- a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

A esta mención del veintinueve, aunque la OC no lo hace (solo hace una breve cita en el párrafo 24), entiendo que debe sumársele el precepto completo del treinta, que fija el alcance de las restricciones, como también algunas consideraciones sobre la exégesis del mismo dada por OC N° 6/86.

Entiendo que el 27 es un artículo de restricción de derechos y libertades, conforme a los parámetros allí dados, ya que al autorizar su suspensión importa una limitación o restricción de los mismos, y que por ende le resulta aplicable la norma de interpretación otorgada por el treinta que dice: “*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*”.

Al decir el 27 que el Estado Parte “...podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo...” interpreto que dichas disposiciones se adoptan a través de mecanismos legales (es decir, previstos con anterioridad en la legislación) que la mayoría de las veces se materializan en normas o *leyes* en el sentido que le da la OC N° 6 que será referenciada más adelante.

A su vez, conforme jurisprudencia de la misma CoIDH, existe

una obligación de lo que se denomina **control de convencionalidad** que deben efectuar los poderes del Estado⁸ mediante el cual se *cftequea* que ninguna *ley* dictada por el mismo Estado sea contraria a los lineamientos de la Convención. Es decir que a su vez, las *leyes* que se sancionen para poder restringir derechos y libertades, dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, deben necesariamente, para pasar dicho control, estar alineadas a lo dispuesto por el mismo Pacto.

A modo de señalar también el tratamiento escueto de este tema sobre control de convencionalidad, me parece acertado hacer alguna mención a la jurisprudencia nacional al respecto. En el fallo Mazzeo, considerando 21, la CSJN expresa, citando los términos de la sentencia de la CoIDH -Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile-, que: *“Que por su parte, la Corte Interamericana fta señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado fta ratificado una Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”*. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124).⁹

Retornando al breve análisis previo del artículo 30, se destaca que el mismo ha sido también desmenuzado en otra OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, sometida a la CoIDH por el gobierno de la Repú-

8 “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile” del 26 de septiembre de 2006. Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. En *Estudios Constitucionales*, 118.

9 <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Mazzeo-Julio-Lilio-y-otros-CSJN-13-07-07.pdf> -pag. 16/17

blica Oriental del Uruguay, solicitando que aquella se expida sobre qué debe entenderse por **leyes** a las que hace referencia la citada norma.¹⁰

En el párrafo 7 de la citada consulta, se expresan las consideraciones que originaron el pedido interpretativo por parte del Gobierno, quien ha expresado que: *“Cabe preguntarse acerca de la expresión leyes utilizada (en el artículo 30 de la Convención), en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.”* (párr. 2).

A modo de resumen, puesto que dicha norma no es el eje central de este trabajo, la Corte llega a la conclusión que la locución “leyes” a la que se refiere el treinta lo es en el siguiente sentido, desentrañado luego del previo análisis que se menciona a continuación.

La primera aclaración o trabajo que realiza el consultante es delimitar el contexto en el que debe ser leída la locución leyes y de donde entiendo también resulta la conexión con el tema escogido.

En el párrafo 18 señalan las condiciones que establece la misma Convención en sus artículos que autorizan la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades.

Las mismas son:

- a. Que se trate de una **restricción expresamente autorizada** por la Convención y en las **condiciones** particulares en que la misma ha sido permitida (es decir, el artículo 27).
- b. Que los **finés** para los cuales se establece la restricción sean **legítimos**, es decir que obedezcan a **“razones de interés general”** y no se aparten del **“propósito para el cual han sido establecidas”**. Este criterio teleológico establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por la **leyes** y se apliquen de conformidad con ellas.

Y a partir de ahí contextúa a la expresión en el párrafo 19 al decir que el vocablo ha de buscarse como término incluido **en un** Tratado Internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte.

10 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

En una aclaración que estimo sumamente importante efectuar y que demuestra aún más la relación con el artículo 27, es la establecida en los párrafos 21 y 22, y que siguiendo la línea de contextualización dada anteriormente y ubicando el vocablo en los Derechos Humanos, la CoIDH efectúa unas definiciones riquísimas para la materia. Cito textual ambos párrafos: *“El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los Derechos Humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los Derechos Humanos, en especial la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los Derechos Humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”*.

Por ello, la protección de los Derechos Humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los Derechos Humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”.

Me permito un comentario personal posterior. Mientras leía los párrafos transcritos, se me plantearon dos cuestiones que muy bien son señaladas por la misma Corte, y que de alguna manera terminan configurando las respuestas a los interrogantes internos planteados. La primera tiene que ver con la posibilidad, remota a mi entender, de que una minoría parlamentaria pueda influir en

la opinión pública. Entiendo que en los tiempos en que vivimos resulta ir prácticamente en el sentido contrario. Existe, yo no lo dudo, un manejo de la opinión pública que hasta casi quedaredundante decir que influye de manera determinante en el pensamiento y actuar colectivo. Y que ese manejo rara vez está en manos de los sectores minoritarios. Por lo general están en manos de lo que muchas personas han considerado en denominar como “*el poder real*”, que son los grupos económicos concentrados, y quienes marcan agenda sobre la base de sus propios intereses, económicos estos por supuesto, o en su mayoría al menos. Y que habitualmente, no siempre (no quiero pecar de demasiado pesimista), esos intereses suelen ser contrarios a los derechos y libertades fundamentales que se intentan proteger mediante el procedimiento legislativo como limite al poder, político por cierto, que es quien ejerce por voto popular, la conducción del Estado. No obstante, es la misma opinión consultiva la que en su parte final, entiende que el mecanismo que describe no es garantía de no violación a cláusulas indisponibles, pero que configura una piedra en el camino para que éste no esté tan allanado para abusos.

La segunda reflexión que se me ha presentado en la lectura de ese fragmento está precisamente relacionada con una de las últimas oraciones del párrafo 22 [*En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los Derechos Humanos*], y que entiendo (osando diría, dada mi poca formación en la temática), resulta ser al menos uno de los ejes centrales de los Derechos Humanos. Parte de la existencia de que puede haber leyes violatorias de Derechos Humanos, es decir, de que existen, y que de lo legal y lo justo hay muchas veces que no van juntitos de la mano, y que ello muchas veces tiene más que ver con su aplicación al caso concreto que con la normativa en sí. Haber dejado de lado el caso concreto durante mucho tiempo para concentrarnos en la norma como algo perfecto y que consagra todas las soluciones para los casos que se presenten, dejando de lado las particularidades de los actores de los mismos. Hay un ejemplo que utiliza el disertante del curso cuyo trabajo final es el presente, y que me parece aplicable en esta apreciación. Es como si uno va a un sastre para amoldarse a un traje que ya está hecho. El juez como mero aplicador de la norma y no creador de derechos. La aplicación del silogismo jurídico, la técnica de la subsunción.

Y, hablando de sastres, siempre me resuena la frase de que el poder político siempre encuentra un constitucionalista, o un legislador, a su medida. Y puede conseguir que se termine avalando los más aberrantes actos bajo la justificación de que son ordenadas por la ley, eximiendo de responsabilidad en nombre del mismo mandato. El quiebre de tolerancia en ese anclaje de pensamiento acotado de comprender al derecho como y sólo como norma, la que se adquiere legitimidad en la medida de que sea dictada por la autoridad, la que está investida de la misma por otra ley, y que la dicta mediante el procedimiento dado por distinta norma de similares características, resulta ser la Segunda Guerra Mundial. Los abusos cometidos particularmente por el nacional-socialismo y otros regímenes autoritarios, desembocando en el enjuiciamiento de quienes llevaron a cabo o participaron en semejantes genocidios y groseras violaciones de derechos fundamentales, ha demostrado lo insostenible de pensar un sistema que podía avalar en nombre de la legalidad una de las vergüenzas y períodos más oscuros de la historia de la humanidad. Para poder juzgar, para poder traer un poco de luz a semejantes atrocidades, había que cuestionar fuertemente el sistema que lo había permitido. Y obligadamente surge la mención obligada de la teoría de Radbruch *“la norma extremadamente injusta no es derecho”*.

En términos precisos de este autor, la fórmula surge del siguiente párrafo que cito: *“En un enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, surgido entre una ley impugnada por su contenido, pero de carácter positivo, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es entre justicia aparente y justicia real. Este conflicto lo refleja soberbiamente el Evangelio cuando, en una parte ordena: “Obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros”, y sin embargo en otro lugar manda: “Obedeced más a Dios que a los hombres”*.

El conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como falso derecho y ceder el paso a la justicia”.¹¹

11 Radbruch, G. (1999). *Relativismo y derecho* (p. 35). Bogotá: Temis. <http://iureamicorum.blogspot.com.ar/2009/02/formula-de-radbruch-y-lecturas.html>.

E ineludiblemente esto importa reconocer que existe un núcleo básico y fundamental, inherente a la condición de persona humana, ligada a su misma dignidad, que existe aunque no este expresamente legislado, y que importa un freno al poder que maneja las riendas estatales. Es el comienzo del paso del Estado Legal al Estado Constitucional, y más adelante, al Estado Convencional.

Resulta inevitable no irse por las ramas al tratar un tema tan interconectado, sistémico y rico como lo son los Derechos Humanos, que resultan impensados sin un contexto histórico en el que se gestan y adquieren importancia, como también para el entendimiento de su mismísima razón de ser. Además de la pretensión personal de que el presente trabajo no resulte simplemente una exposición de temas que son por demás de conocidos por el expositor del curso, sino también una expresión de mi propia cosmovisión tanto de la temática como asimismo del contexto histórico en el que me toca tratarla.

Volviendo a la breve referencia (que no terminara siendo tan breve) sobre la interpretación de la palabra leyes del Art. 30 dada por la Corte, la misma concluye diciéndonos cuál es el sentido en el que debe hacerse la exégesis de la locución en los párrafos 35 y 37. Los mismos expresan: *“En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo fue hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.*

La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.”

Y por último, me parece también importante señalar, ya que resulta ser la interpretación que conecta los artículos que vengo citando, lo que establece la Corte en el párrafo 14 de la OC 6/86, que expresa: *“El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Conven-*

ción (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado ftacia la supresión de uno cualquiera de los derecftos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derecftos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derecftos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras “al goce y ejercicio”, clarificó conceptualmente la cuestión.¹²

Retomando nuestra OC N° 8 sobre el artículo del presente trabajo, y ya habiendo tomado dimensión de la significancia del término leyes en la Convención, aquella expresa, puntualmente al referirse al punto dos del artículo

27 (27.2) y sobre la base del veintinueve, que aquel debe interpretarse de “buena fe”, teniendo en cuenta ‘el objeto y fin’ (cf. *El efecto de las reservas, supra 8, párr. 29*) de la Convención Americana y la necesidad de prevenir una conclusión que implique ‘suprimir el goce o ejercicio de los derecftos y libertades reconocidos en la Convención o a limitarlos en mayor medida que la prevista en ella’ (art. 29.a)” -apartado 16-

Luego de señalar la norma marco en materia interpretativa de las propias normas de la Convención, en el apartado N° 18 plantea una cuestión terminológica o de locución de las referencias utilizadas en el artículo de análisis, puesto que en sus tres párrafos hace alusiones distintas al mencionar la suspensión de garantías. Así, el primer apartado del veintisiete dice: “...suspendan las obligaciones contraídas...”; el segundo: “...suspensión de los derecftos...”; y el tercero de ellos menciona: “...uso del derecfto de suspensión...”. En razón de estas tres formas de denominar a la facultad, si podría así decirse, o derecho en términos del mismo artículo, otorgado a los Estados dentro de los límites que el mismo fija, es que lo primero que realiza la Corte al ingresar al análisis del veintisiete es delimitar

12 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante “Actas y Documentos”) repr. 1978, esp. pág. 274)

el sentido empleado de dichas locuciones.

El apartado citado reza: “El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es ‘Suspensión de Garantías’; el párrafo primero habla de ‘suspender las obligaciones contraídas’; el párrafo segundo de ‘suspensión de los derechos’; y el párrafo tercero de ‘derecho de suspensión’. Cuando la palabra ‘garantías’ se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para proftibir la suspensión de las ‘garantías judiciales indispensables’. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. La Corte estima útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sobre los cuales responde la presente consulta, sin perjuicio de las cuales la Corte utilizará la expresión empleada por la Convención de ‘suspensión de garantías’”.

Señala, en los dos párrafos siguientes, que el artículo se aplica siempre y solo sí: existe una situación de excepción en el Estado Parte que va a hacer uso del mismo.

Esas circunstancias anormales por las que puede atravesar una nación y que activan la opción de aplicación de la suspensión de garantías, se encuentran descritas y detalladas en la letra del veintisiete, y son:

1. Guerra
2. Peligro público
3. Emergencia que amenace la
 - a. independencia
 - b. seguridad del Estado Parte.

Esto configura una primera limitación de tipo contextual, es decir, describe la situación por la que debe atravesar el Estado al momento de hacer uso de esta *facultad*. Se advierte que todas ellas son de extrema gravedad y que, por supuesto, no es el contexto normal o habitual que suele imperar en el mismo.

Una vez que el Estado se encuentra en esa circunstancia, la Convención establece dos limitaciones más de tipo temporal y de proporcionalidad podría decirse. En términos del artículo es: “...en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación...”.

Es decir, que la situación (de guerra, peligro público o emergencia) es la que fija también el marco limitativo de la facultad de suspender garantías, suspensión que no podrá ser extendida en el tiempo, sobre todo cuando la situación de riesgo se ha aminorado o culminado, y menos aún perpetuarse indefinidamente. Y ese contexto también va a determinar la medida de la suspensión, en términos de proporcionalidad. No nos olvidemos que lo que está autorizando este artículo es nada más y nada menos que la posibilidad de que el Estado que te reconoce derechos fundamentales pueda, autorizado por el mismo cuerpo normativo que los consagra, suspender su goce y ejercicio. Y que toda restricción en materia de Derechos Humanos debe, necesariamente guardar proporcionalidad entre lo que se pretende priorizar mediante una ponderación, en detrimento del otro. Y esa proporcionalidad va a estar dada siempre que el derecho restringido no pierda su núcleo esencial de existencia, es decir, que al dejarlo de lado no quede desintegrado o inexistente, y que al hacerlo, lo sea en el menor grado de afectación para que pueda funcionar el derecho fundamental que se intenta priorizar.

Dicho en palabras más simples, y quizás hasta metafóricamente, que para hacer valer el *derecho ganador* en ese proceso de ponderación de derechos ante un conflicto o colisión de los mismos, no se termine *matando* al de *derecho perdedor*, y que a la vez quede lo menos *golpeado* posible para poder participar en otra colisión o conflicto.

Así lo explica la OC en su apartado 22, con mejor retórica que la mía, en los siguientes términos: *“Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.”*

Los límites no se agotan ahí, después de establecerse el encuadre contextual, proporcional y temporal, sigue *marcando la cancha*, y agrega: *“...siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color,*

sexo, idioma, religión u origen social."

El primer artículo de la CADH establece la obligación general y el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, como un límite al poder del Estado por sí mismo, 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.**

Es notable la similitud y relación entre estos dos artículos, lo que no resulta novedoso por cuanto la Convención es un tratado armónico, que debe ser leído, interpretado y aplicado como un sistema interconectado de normas, y no de forma aislada, puesto que ello derivaría en una errónea interpretación del mismo.

Entiendo que la referencia a que las disposiciones que se adopten en esa situación anormal que vive el Estado Parte, no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional, señalado en la primera parte del artículo, tiene relación con dos cuestiones. Una de ellas tiene que ver con la base de una sociedad democrática representativa. De tal forma lo explicita la opinión consultiva que se desarrolla, en la segunda parte de su párrafo 20 al señalar que: *"...Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del "ejercicio efectivo de la democracia representativa" a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona."*

La segunda cuestión entiendo que se refiere a ese núcleo indisponible de derechos, conocido con la locución *ius cogens*. Está íntimamente relacionado con los principios que imperan en una democracia. Es decir que aun en esa situación de excepción en la que se encuentra el Estado Parte, y que incluso, como dice la primera parte del párrafo 20 de la OC N° 8, puede que la suspensión de las

garantías sea, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática, no autoriza a disponer de la suspensión de todos los derechos. Hay un mínimo intocable que es garantía social de existencia de la humanidad y de una sociedad civilizada. La misma Corte señala que no puede hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos.

Sigue diciendo en el apartado 24 que la suspensión de garantías constituye por sí misma una (además de requerir anormalidad en el contexto que rige al Estado) una situación de excepción según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. En otros términos más personales: que no es lo normal en una nación vivir en constante estado de garantías suspendidas. Pero esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (cf. **La expresión “ leyes “ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32). Es de advertirse que todo lo antedicho no ha tenido ni la más mínima cabida en el período de la dictadura argentina, que es el tema a abordar en la segunda parte del presente.

Retomando el *ius cogens* o, menos frecuentemente, *jus cogens*, podemos decir que es una locución latina empleada en el ámbito del Derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de Derecho imperativo o perentorio que son imperativas,

esto es, **no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido**, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo. Con el *ius cogens* se pretende **amparar los intereses colectivos fundamentales del grupo social**, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento. Se contraponen a las normas de derecho dispositivo (*ius dispositivum*).

Por su parte, en el artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados¹³, al mismo tiempo que declara la nulidad de cualquier tratado contrario a una norma imperativa, se codifica por vez primera la noción de *ius cogens* desde la perspectiva de la relación entre el Estado y la norma misma. Incluso en el artículo 64 del mismo cuerpo legal se vuelve a reafirmar el carácter supremo del derecho imperativo con respecto a la norma positiva. Si bien, en la norma convencional no se expresa un catálogo de normas de *ius cogens*, sino que esta determinación se deja a la práctica y a la jurisprudencia internacional.

El artículo 53 junto al mencionado 64 establecen respectivamente que: *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”*

“Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

Incluso se ha llegado a hablar en algunas ocasiones de un *ius cogens* «reforzado» o de un «núcleo duro» del *ius cogens*, el cual contendría aquellas normas de derecho imperativo que protegen bienes jurídicos especialmente esenciales (la vida, por ejemplo).¹⁴

Esto me da el pie necesario para el ingreso en estudio del segundo inciso del veintisiete, que es el que va a determinar el núcleo más duro e indisponible de suspensión de derechos en casos de excepción.

13 http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

14 https://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens

Estos derechos son:

Artículo 3.- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica .

“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

Artículo 4.- Derecho a la vida.

“01. 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.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad a una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se aplicará a mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.”

Artículo 5.- Derecho a la integridad personal.

“01. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Artículo 6.- Prohibición de esclavitud y servidumbre.

1. “1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
 - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio Nacional que la ley establezca en lugar de aquel;
 - c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
 - d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”

Artículo 9.- Principio de legalidad y de retroactividad.

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

Artículo 12.- Libertad de conciencia y de religión.

“01. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones.”

Artículo 17.- Protección a la familia.

“01. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptaran disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Artículo 19.- Derechos del niño.

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la socie-

dad y del Estado”.

Artículo 20.- Derecho a la nacionalidad.

“01. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 23.- Derechos políticos.

“01. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades.

- a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

02. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

Retomando el análisis de la OC, dice su párrafo 21: “...resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso. Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia.”

El inciso segundo del veintisiete dispone límites al poder del Estado Parte para suspender derechos y libertades (párr. 23, OC N° 8). Límites tangibles y enumerados en catálogos de derechos insuspendibles.

Había señalado casi al comienzo del presente trabajo que el motivo

de consulta a la Corte sobre la interpretación de este artículo elegido radicaba en determinar el sentido con el que debía interpretarse la última parte del inciso segundo que establece: “...ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

Esta última parte es la que ha suscitado el interrogante acerca de si el hábeas corpus (cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1) está incluido en esa oración, como garantía judicial indispensable para la protección de tales derechos (en particular, el establecido en el Art. 5).

La CoIDH señala (párrafo 25), que no es su propósito hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías, sino que basta con explicar qué debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2. Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.

De que serviría citar todas las limitaciones, como también señalar taxativamente los derechos excluidos de la suspensión, si se permite suspender las garantías judiciales, los medios para hacer valer esos derechos, tornándolos en consecuencia totalmente ilusorios, y permitiendo, ergo, abusos estatales.

“El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.” (párrafo 26).

“...es necesario que también subsistan “las garantías judiciales indispensables para su protección”. El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.” (párrafo 27 segunda parte)

Es decir que, a diferencia de lo que realiza con la enumeración de derechos y principios que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia, las garantías que no han de suspenderse dependerán in-

separablemente de los derechos, enumerados que pretendan hacerse valer. O sea que la determinación de las no especificadas garantías será vislumbrada en el momento de que algún derecho o principios de los del 27.2 sea suspendido, y pretenda hacérselo valer mediante la garantía judicial pertinente para el ejercicio y goce del mismo.

“La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales “indispensables” para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de *aquellas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.*” (párrafo 28).

Esta no determinación de las garantías sino más bien su enunciación de tipo genérica, no hace otra cosa que imponer mayores limitaciones al poder estatal en casos extremos.

Concluye en cuanto a este artículo en los párrafos 29 y 30 que: *“A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.*

Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.”

El último inciso del 27, el tercero, no merece una mayor explicación dado que simplemente impone una obligación de informar a la comunidad internacional americana sobre la situación de excepción en la que se halla el Estado (“...de los motivos que *ftayan suscitado la suspensión...*”), sobre las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, y el tiempo límite de la suspensión. Todo ello debe ser comunicado, a través del Secretario General de la OEA¹⁵, de manera inmediata.

15 Cap. XVI, arts. 107 al 121 de la Carta de la OEA - http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm#ch1

3. Abusos del Estado. Dictadura Cívico-Militar argentina de 1976

Tal y como lo adelantara en la introducción de este trabajo final para el curso sobre actualización de Derechos Humanos, tengo la intención de terminar de graficar la temática elegida con uno de los que considero como ejemplo más claro de violación, no sólo de los términos que dicta el artículo 27, sino también del mismísimo estado de derecho democrático. Y he elegido un suceso vivido en nuestro país hace cuarenta años porque considero que debemos conocer los lugares a los que no queremos volver *nunca más*, como también por la importancia que ha significado en materia de Derechos Humanos en Argentina. A la vez de que me permite emitir algunas opiniones personales y conectarla con cierta realidad actual similar que nos está tocando vivir, sobre todo en la región latinoamericana. Suele decirse que la historia es cíclica, y retomando ello de que es necesario conocer la historia para no repetir los mismos errores, se ve que hay algunas cosas que no se aprenden más, y que la memoria, sobre todo en nuestro país, es muy frágil y volátil.

Entiendo que el tiempo más duro y sangriento que le ha tocado vivir a la Argentina se relaciona con la temática seleccionada por las siguientes conclusiones, algunas de las cuales ya se vislumbraron en la exposición anterior:

I. En primer lugar cabe preguntarse sobre ¿qué situación de mayor excepción a la democracia existe, que es hasta casi antítesis de la misma, si no es una dictadura militar?. Dictadura que irrumpe en el poder de manera inconstitucional, a través de un golpe [duro, a diferencia de los llamados golpes blandos de la actualidad en donde ya no se toman las armas sino que se utilizan herramientas más sutiles como los medios de comunicación y algunos sectores de los otros poderes, véase el caso de Paraguay con el presidente Lugo o Brasil con Dilma], de Estado, y que a partir de allí veda, no sólo el goce y ejercicio de Derechos Humanos y libertades fundamentales como lo señalara más arriba, sino que muchas veces produce el desintegro absoluto de Derechos Humanos, y que además bloquea todos los pilares del republicanismo, siempre por fuera del marco dado por la Carta Magna por supuesto.

II. En segundo término entiendo que configura por sí solo un claro y hasta burdo ejemplo de violación del artículo que he elegido para desarrollar, es decir, de lo que **no** debe hacerse, con la per-

tinente aclaración de que Argentina no había hasta ese momento ratificado el Pacto San José de Costa Rica, que data de 1969, y que fuera recién aprobado por nuestro país en el año 1984, ya habiendo retornado la democracia en el país con la elección presidencial en la que resulta ganador por voto popular Raúl Alfonsín, mediante ley 23.054, y que esperara una década para ser incluido como ley suprema al igual que la Constitución con la reforma de esta en 1994 a través de la incorporación de la norma establecida en el Art. 75, inc. 22. Pero es de destacarse que Argentina queda incluida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos en el año 1948, la que entra en vigencia el 13 de diciembre de 1951¹⁶. Dicha Carta, vigente al momento en que se instala a través de la fuerza personas no elegidas mediante el voto democrático, ya establecía en su artículo 53, inc. D a la CIDH como órgano de la OEA. Y en el Art. 106 establece su función principal que será la de “...promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.” Derivando, párrafo seguido, a una convención interamericana que será la que disponga la estructura, competencia y procedimiento de la misma. La CADH (69’) a partir del artículo 34, norma todo lo referente a la CIDH.

De todas maneras, es el mismo Informe el que hace referencia a la legislación internacional en nuestro país de protección de derechos fundamentales en el apartado “D”, señalando que la Argentina es miembro de organizaciones internacionales cuyas Cartas constitutivas consignan el respeto a los derechos de la persona humana (ONU, OEA), como también la participación del país en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo que legitima su intervención.

Consultado el extenso informe practicado por la Comisión en su visita *in loco* a la Argentina¹⁷, se extraen los siguientes aspectos más trascendentales.

Me parece atinado previamente establecer que es la visita *in loco* que realiza la Comisión en nuestro país. La autora Bertha Santoscoy, en la introducción de su trabajo “Las visitas *in loco* de la Co-

16 Referencia ya citada: https://es.wikipedia.org/wiki/Carta_de_la_Organizaci%C3%B3n_de_los_Estados_Americanos

17 <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.1.htm>

misión Interamericana de Derechos Humanos”, explica que debe entenderse por este mecanismo. De tal manera expresa: “*Las visitas in loco constituyen el método mas utilizado por organismos internacionales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de la Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros, para observar los estándares nacionales de protección de los Derechos Humanos... El objetivo principal de una observación in situ es elucidar los hechos denunciados, investigar las circunstancias que los rodean y consignar estos en un informe objetivo, el que posteriormente se presenta ante los órganos políticos de la organización y se hace público. De tal manera, la observación in loco cumple su cometido principal de observar e informar a la comunidad internacional sobre la situación de los Derechos Humanos que afectan a un determinado país.*”¹⁸

Como para ambientarnos en la intervención de este órgano de la OEA en nuestro país, la misma explica en las primeras líneas del informe de 1980 que su visita responde al hecho de haber venido recibiendo en los últimos años, denuncias de graves violaciones de Derechos Humanos en nuestra nación, incluso antes del pronunciamiento militar del 76’, habiendo expresado también al gobierno argentino su preocupación por tales denuncias. En ese marco resuelve elaborar un informe y comunicar al gobierno el interés de visitar la República Argentina a través de una observación *in loco*, por considerar que ese es el medio más idóneo para establecer con la mayor precisión y objetividad la situación de los Derechos Humanos en un determinado país y momento histórico.

Designa, de acuerdo a su reglamento interno (art. 39 de la CADH), una Comisión Especial para realizarla. La actividad se desarrolla entre los días 6 de septiembre de 1979 hasta el día 20 del mismo mes y año, particularmente situada en la provincia de Buenos Aires, Córdoba y Rosario, entre otros lugares a los que visitara o establecieran comitivas para recepción de denuncias.

Allí procede a entrevistarse con diferentes autoridades públicas, entre ellas el mal proclamado Presidente de la Nación Videla, y otros personajes de la época. También mantiene entrevista con ex presidentes, personalidades de entidades religiosas y de derechos, entre las que cita a la Madres de la Plaza de Mayo y la directiva del grupo Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Po-

18 <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/40.pdf>

líticas. Otras consultas realizadas fueron con organizaciones gremiales y sindicales, asociaciones de profesionales, entre otros que cita.

La Comisión invita en el comunicado de prensa oficial a todas las personas que consideraren que algunos de los derechos establecidos en la CADH les han sido desconocidos, y que puedan presentar la correspondiente denuncia. En total recaban la suma de 5580 denuncias.

Destaca el informe la colaboración brindada por el mismo Gobierno como así también la de los medios de comunicación del país. Paradójico (aunque nobleza obliga resalta que luego el Informe realiza una consideración especial sobre los medios) puesto que en la actualidad alguno de ellos, o sus más importantes directivos se encuentran sospechados e incluso imputados en paralizadas causas sobre complicidad civil con las atrocidades de la dictadura. Pero se ve que para mantener algunas apariencias ante la CIDH se mostraron muy colaborativos. Cabe destacarse en este punto que la mayoría de las violaciones a los DDHH cometidos en nuestro país en esa época oscura no lo fueron de manera pública. Centros clandestinos de detención, listas negras de personas a perseguir, detener, y desaparecer. La misma figura de los desaparecidos dan cuenta de que todas estas prácticas solo podían hacerse de tal manera, en la clandestinidad, y con la anuencia de algunos medios de comunicación encargados no solo de ocultar sino de ensalzar al mismo gobierno inconstitucional. También se logra ocultar todos estos delitos de lesa humanidad con fuerte represión estatal, y con la generación de miedo, con castigos *ejemplificadores* para amedrentar a quienes pretendan o pretendían derrocar u oponerse al llamado Proceso de Reorganización Nacional (PRN), instalando de tal forma en la sociedad el *no te metas*, o incluso hasta buscando algún tipo de justificación mediante el *algo fabricarán feccfto*. Nada, pero absolutamente nada justifica que el poder represivo del Estado actúe por fuera del marco legal (debido proceso legal con garantías judiciales constitucionales, Art. 18 CN), y someta a su propia población a las aberraciones cometidas durante la dictadura más sangrienta de nuestra historia. Agradece también la CIDH al pueblo argentino.

Luego de ello se permite formular consideraciones preliminares al gobierno de facto.

Destaca la grave situación de los desaparecidos durante la triste transición militar en el poder, delito éste de lesa humanidad, y que

podríamos sostener que recién en estos últimos años, por no decir en la última década (ganada en este sentido) se ha logrado poder investigar, juzgar y sancionar muchas de esas desapariciones, como también se ha podido recuperar los restos de personas víctimas de tales aberrantes delitos, como asimismo el restablecimiento de la identidad de más de 116 nietos recuperados por ese referente de los DDHH en nuestro país que son las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo. Precisamente en la fecha casi límite de entrega del presente se ha conocido la noticia de la recuperación del nieto número 120¹⁹.

Asimismo menciona la situación de quienes encontrándose detenidos (blanqueados por decirlo de alguna manera, puesto que muchas de las detenciones efectuadas en ese momento no figuraban en ningún registro), sus derechos como tales se encontraban vulnerados. Exige que se les permita ejercer la opción de salir del país y que se limiten las detenciones a un criterio de razonabilidad y temporalidad.

Consideraciones acerca de los métodos de investigación, específicamente refiriéndose a la tortura utilizada en los campos clandestinos de detención.

Señala un acápite específico sobre la situación del gobierno en Argentina, señalando primero el ideal constitucional (forma de gobierno representativa, republicana y federal -art. 1 CN-, además de democrática, con obviamente la correspondiente separación de poderes -ejecutivo, legislativo y judicial-), para después graficar la situación real que se venía dando en nuestro país desde 1930.

De tal forma señala: *“A partir de 1930 se vive una prolongada etapa de inestabilidad política y social que fta dado lugar a crisis institucionales profundas, a la instauración de gobiernos irregulares o de facto, al implantamiento de estado de guerra interno, del estado de sitio y de la ley marcial, a tentativas de orientación totalitaria o corporativa, a alteraciones en los procedimientos de organización de los poderes del Estado, a la promulgación de legislaciones represivas, y especialmente en los últimos diez años, al creciente surgimiento de la violencia terrorista de extrema izquierda y de extrema derecha, con métodos de lucha armada, todo ello en detrimentos de la vigencia del Estado de Derecho (párr. 2)... La organización política del Estado Argentino... se fta visto sustancialmente alterada por el*

19 https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1120805581313122&id=178051892255167&substory_index=0

pronunciamiento militar del 24 de marzo 1976, fecha en la cual las Fuerzas Armadas (FFAA), "visto el estado actual del país", procedieron a "facerse cargo del Gobierno de la República"... Para el logro de ello, resolvieron adoptar medidas relativas a la organización y funcionamiento de los poderes públicos, en el Acta para el Proceso de Reorganización Nacional (APRN), entre otras, las siguientes a) constituir una Junta Militar con los Comandantes Generales de las FFAA, "la que asume el poder político de la República"; b) declarar caducos los mandatos del Presidente de la Nación y de los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias; c) disolver el Congreso Nacional, las legislaturas provinciales, la Sala de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los Consejos Municipales de las provincias u organismos similares; d) remover a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, al Procurador General y a los integrantes de los tribunales superiores provinciales; e) designar el ciudadano que ejercerá el cargo de Presidente de la Nación... (párr. 3)."

Seguidamente hace una breve reseña de las normas del régimen jurídico vigente que consagraba las protecciones a derechos fundamentales, para señalar luego que a partir del 76' el ordenamiento jurídico constitucional se ve alterado por disposiciones emitidas por el nuevo Gobierno, las que afectan la plena observancia y ejercicio de los Derechos Humanos, no obstante que el Acta y el Estatuto del PRN decía o sostenía otra cosa.

Expresa también que en el momento en el que se produce el cambio de Gobierno el país se encontraba en Estado de Sitio (art. 23 CN), lo que ha facilitado la implementación de medidas severas en la conformación del régimen de seguridad nacional para lograr el propósito de erradicar la subversión. Asimismo también destaca que durante la dictadura, la misma ha proclamado leyes especiales que por la discrecionalidad de los poderes que otorgan han dado lugar a la aplicación de medidas arbitrarias las que han causado intimidación e incertidumbre. Concluye en este apartado "C", párrafo cinco que: "El ordenamiento jurídico establecido a partir del 24/03/76... configura un régimen que afecta la protección de derechos tan fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad y seguridad físicas, a la justicia y al proceso regular y otros derechos..."

Que aquí es donde encuentro particularmente una de las relaciones con el artículo seleccionado para este trabajo, además de las que ya se advierten por sí solas y no solo con dicho precepto sino con

los más elementales principios de los DDHH antes mencionados. Dicha conexión se la encuentra en el punto “E” sobre “Derechos Humanos, subversión y terrorismo”. Intentaré hacer un breve resumen de lo ahí mencionado. En una primera reseña establece que desde el primer momento en que se toma contacto con todas las autoridades -irregulares- del país, estos habrían intentado excusarse manifestando que la consideración del tema de los DDHH tiene vínculo directo con la necesidad de reprimir el terrorismo y la subversión como medio para preservar la seguridad nacional. Esto deriva a que la Comisión efectúe dos interrogantes que tienen que ver, una de ellas, con que la CIDH no tiene competencia para intervenir o investigar en situaciones de terrorismo o subversión, puesto puesto que los Estados soberanos de la OEA no le han otorgado jurisdicción para ello. Al contrario, señala que ello es competencia de los propios Estados, vedada a la CIDH puesto que se trata de hechos cometidos por particulares. En cambio, sí le corresponde a la Comisión la protección de las personas cuyos derechos han sido lesionados por agentes u órganos del Estado.

Y el punto nuclear se encuentra en el segundo interrogante planteado, en donde desmenuza los límites de la acción represiva del Estado (acápites E, b). La Comisión en estos párrafos señala que ella *“reiteradamente fta subrayado la obligación que tienen los gobiernos de mantener el orden público y la seguridad personal de los ftabitantes del país... En la vida de cualquier nación, las amenazas al orden público o a la seguridad personal de sus ftabitantes que emanan de personas o grupos que utilizan la violencia pueden llegar a tales proporciones que exijan suspender temporalmente el ejercicio de ciertos Derecftos Humanos”*.

La mayoría de las Constituciones de los países americanos aceptan tales limitaciones e incluso prevén algunas instituciones, como el estado de emergencia o el estado de sitio, para tales circunstancias. Por supuesto, que para que puedan adoptarse tales medidas deben mediar consideraciones de extrema gravedad, ya que su implantación debe obedecer precisamente a la necesidad de preservar aquellos derechos y libertades que han sido amenazadas con la alteración del orden público y la seguridad personal.

Sin embargo, es igualmente claro que ciertos derechos fundamentales jamás pueden suspenderse, como es el caso, entre otros, del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, o del derecho a un debido proceso. En otros términos, los gobiernos no

pueden emplear, bajo ningún tipo de circunstancias, la ejecución sumaria, la tortura, las condiciones inhumanas de detención, la negación de ciertas condiciones mínimas de justicia como medios para restaurar el orden público. Estos medios están proscritos en las Constituciones y en los instrumentos internacionales, tanto regionales como universales.

Cita las Convenciones de Ginebra de 1949 como instrumento que fija las reglas mínimas con respecto al tratamiento de prisioneros de guerra, las que prohíben matarlos o torturarlos.

Consagra renglón seguido, los Derechos Humanos vulnerados durante el Gobierno de facto, como también los casos reales de denuncias efectuadas sobre desaparición forzada de personas, detenciones ilegales, allanamientos con igual característica, torturas, entre otros. Destaca asimismo la gravedad que significa en materia de DDHH la situación de los detenidos desaparecidos en el país, lo que define que está afectando hondamente a la unidad y reconciliación de la sociedad argentina. Quizás marcaba uno de los momentos en la donde la hoy llamada *grieta* se encontraba con su herida más abierta, profunda y sangrando, y que en momentos como el actual parece volver a recrudecerse, luego de un periodo en donde se ha intentado recomponer, dentro del marco de una sociedad democrática, esas heridas que durante mucho tiempo, luego del retorno a la democracia en 1983, habían sido dejados de lado, inclusive con la justificación de recomponer a la sociedad argentina, *olvidando* lo sucedido (véase las leyes de obediencia debida²⁰ y punto final²¹, anuladas por el Congreso Nacional en el 2005, y convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -Fallo Simón²²-). El lema de memoria, verdad y justicia ha podido recién en la última década hacerse carne y poder ver resultados reparadores. Uno de ellos se vislumbra en que represores como Videla²³, entre muchos otros, sean juzgados y condenados por los crímenes cometidos, luego de un debido proceso legal con garantías judiciales pertinentes, oportunidad que no tuvieron las miles de personas desaparecidas en dictadura.

20 https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Obediencia_Debida

21 https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Punto_Final

22 https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Sim%C3%B3n

23 <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-220304-2013-05-18.html>

Sobre la temática de los desaparecidos, el informe de la CIDH es bien abundante en considerar, sobre este gravísimo hecho de violación de Derechos Humanos, en cómo se ha tratado dicho tema tanto desde los familiares de los desaparecidos, el mismo gobierno, la opinión pública (en donde destaca, y cito textual: “*A pesar de la importancia y significado que encierra este problema, el estado de la de la información pública no fta permitido que dentro del mismo país exista una conciencia generalizada de las implicaciones de lo ocurrido...*”), como asimismo la postura de la Iglesia Católica. También hace un recuento de la legislación existente en el país sobre la cuestión.

En lo extenso del informe de referencia la comisión desmenuza cada uno de los Derechos Humanos violentados (a la vida, a la libertad personal, integridad física, justicia y proceso regular, con particular énfasis en el hábeas corpus, el derecho a la libertad de expresión, opinión e información, derechos laborales y políticos), notándose a primera vista la similitud con los derechos establecidos como núcleo intocable del inciso segundo del artículo 27 de la CADH.

La Comisión, luego de su visita *in loco* y de toda la información recabada en un extenso trabajo en el que ha intentado escuchar la mayor cantidad de voces, y de recabar mediante tal procedimiento la mayor cantidad de evidencias, llega a las siguientes conclusiones y posteriores recomendaciones, las que estimo pertinente citar de manera textual, al menos la mención de la violación de derechos más graves. De tal manera dice:

“A la luz de los antecedentes y consideraciones expuestos en el presente informe, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe -1975 a 1979- numerosas y graves violaciones de fundamentes Derechos Humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, la Comisión considera que esas violaciones han afectado:

- a. al derecho a la vida, en razón de que persona pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos que por las razones expuestas en el Informe se puede presumir fundadamente que han muerto;

- b. al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición de del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad; al haberse prolongado sine die el arresto de estas personas, lo que constituye una verdadera pena; esta situación se ha visto agravada al restringirse y limitarse severamente el derecho de opción previsto en el Artículo 23 de la Constitución, desvirtuando la verdadera finalidad de este derecho. Igualmente, la prolongada permanencia de los asilados configura un atentado a su libertad personal, lo que constituye una verdadera pena;
- c. derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya practica ha revestido características alarmantes;
- d. al derecho de justicia y proceso regular, en razón de las limitaciones que encuentra el Poder Judicial para el ejercicio de sus funciones; de la falta de debidas garantías en los procesos ante los tribunales militares; y de la ineficacia que, en la práctica y en general, ha demostrado tener en Argentina el recurso de Hábeas Corpus, todo lo cual se ve agravado por las serias dificultades que encuentran, para ejercer su ministerio, los abogados defensores de los detenidos por razones de seguridad y orden público, alguno de los cuales han muerto, desaparecido o se encuentran encarcelados por haberse encargado de tales defensas.

Es decir que se advierte en lo expuesto que se han violado, en términos de la CADH, los siguientes artículos: 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales). A los que deben sumarse, aunque si bien no han sido consagrados de manera expresa en la breve reseña de las conclusiones de la CIDH, pero que esta sí los considera, y también de otros que no los considera expresamente pero que se han visto comprobados con posterioridad (como ha sido el caso de la apropiación de niños y niñas), produciéndose la violación directa de artículos como: el 15 (derecho de reunión), 16 (Libertad de asociación), 17 (protección a la familia), 19 (derechos del niño), 23 (derechos políticos) y 25 (protección judicial), por citar algunos, puesto que si se escarba un poquito más, puede decirse que casi todo el plexo convencional ha sido avasallado. Reiterando lo antedicho, se aprecia de manera significativa que algunos de los artículos men-

cionados son los que se encuentran en el inciso segundo del artículo 27, y que son los derechos que nunca, bajo ninguna circunstancia, puede el Estado suspender su goce y ejercicio, ni aun cuando se vea amenazada o vulnerada su independencia o seguridad, o en casos de emergencia o guerra. Ese grupo de derechos que ante la ponderación de protección entre ellos y los que tiendan a asegurar, valga la redundancia, la seguridad del Estado, aquellos ganan siempre.

El Gobierno de facto que asume el poder estatal prácticamente absoluto (de los tres poderes), por medios absolutamente ilegítimos (no por voluntad popular manifestada en las urnas), y que, mediante la excusa de lucha contra la subversión y el terrorismo interno, instala un terrorismo de Estado, autoritario y totalitario, que persigue, detiene, tortura, mata y roba hasta seres humanos, entre otras aberraciones. Un Estado ilegítimo e ilegal, inconstitucional e inconveniente, que se atreve a no solo romper ese núcleo indisponible de Derechos Humanos, sino que directamente los elimina, los desintegra, con fundamentos, si es que así puede llamarse, absolutamente desproporcionados e irrazonables. Entiendo entonces que para ejemplificar de alguna manera mediante un paralelismo efectuado de estos dos temas seleccionados, la dictadura sufrida en nuestra patria en aquellos años negros es uno de los ejemplos más evidentes de lo que significa no solo salirse de la estructura sentada por el artículo 27, sino directamente de toda la Convención Americana.

Respecto a las recomendaciones que la Comisión seguidamente efectúa al Gobierno, las que también resultan ser extensas y detalladas respecto de cada uno de los derechos que se ha evidenciado que han sufrido graves violaciones por parte del Estado, la más significativa y que puede aplicarse a cada uno de las violaciones efectuadas es la establecida en el primer punto que se refiere a la obligación que tiene el mismo Estado de investigar, enjuiciar y sancionar tales conductas, siempre en el marco de los parámetros que fija la ley.

El punto mencionado textualmente dice: *“En relación a aquellas muertes que fhan sido imputadas a autoridades públicas y a sus agentes, abrir las investigaciones correspondientes y enjuiciar y sancionar, con todo el rigor de la ley, a los responsables de esas muertes.*

Me permito nuevamente señalar una cuestión que no ha sido fuertemente ponderada por el Informe, quizás por ser una temática que resurgiera con posterioridad ante la ya evidencia de que no se

iban a recuperar las vidas de quienes se encontraban en condición de desaparecidos, y que importa una seria y gravísima violación a Derechos Humanos que afecta a diversos colectivos de personas, entre ellos, los que en mayor situación de vulnerabilidad²⁴ se encuentran son los niños que han sido sometidos a la apropiación por parte de las mismas autoridades estatales, con quita de su derecho a la identidad, derecho a la familia, y por supuesto, violación del catálogo de derechos consagrados en la Convención de los derechos del niño²⁵.

Considero, y a modo de cierre, que uno de los hechos más aberrantes que le ha tocado vivir al país, ha encontrado en los últimos años, y personalmente espero que se continúe, el consuelo de justicia, como cumplimiento de la recomendación antes mencionada.

4. Conclusión

Para terminar el presente trabajo, y si bien me he permitido en cada uno de los temas que se han ido desarrollando algunas consideraciones y conclusiones personales, en esta pretendo realizar una de manera global, es decir, intentando en estas breves líneas encerrar la idea de lo que se ha pretendido plasmar en este ensayo.

Haber elegido el artículo que he desarrollado me ha permitido ingresar a diversas reflexiones, como también poder relacionar la temática con un poco de actualidad e historia, en particular, del país en el que nos ha tocado vivir, y que personalmente, con todos los defectos de los que pueda adolecer, es un país en donde amo vivir, y en donde considero que hay un cúmulo de derechos y de libertades fundamentales, los que tienden a ampliarse constantemente, reitero, a pesar de algunas excepciones dolorosas, de los que me siento orgullosa, en cuanto prevén una protección a las *partes más vulnerables*.

Hablar de Derechos Humanos es hablar directamente de limitaciones al Poder Estatal. Los mismos nacen con ese propósito, generando a su vez una revolución en la manera de pensar al derecho,

24 http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124 Cap. 1, sección primera, N° 2.

25 <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf>

dándole la razón a muchos filósofos que ya habían comprendido de que existe un núcleo fundamental que deriva de la naturaleza dirían algunos, o de la propia dignidad del ser humano, que es intocable, universal, y que existe aun cuando el derecho positivo no lo consagre, y que no puede ser vulnerado sin desintegrar directamente a la misma entidad de la persona humana. Genera un cambio de paradigma, con todo lo que ello implica y en donde aún hoy se advierten resabios de la *vieja escuela*, dejando atrás al modelo positivista, no solo del derecho sino como paradigma global.

Ha corrido mucha sangre para obtener la consagración de todos estos derechos, los Derechos Humanos siempre implican ínsitamente una lucha, y aun hoy se advierte que los Estados siguen vulnerando derechos fundamentales de las personas, evidencia de ello lo constituyen las muchas sentencias dictadas por la CoIDH²⁶.

La selección del artículo que autoriza que el ejercicio y goce de algunos derechos puedan ser suspendidos, en protección de un bien superior estatal, con la limitaciones ahí señaladas, me ha permitido vislumbrar que incluso ante esa autorización el Estado comete abusos. Me hubiera gustado citar algo de jurisprudencia sobre la temática²⁷, pero he preferido explayarme sobre la cuestión nacional y la analogía con no solo el artículo *vedette* del trabajo, sino también en colisión con toda la normativa convencional americana. A decir verdad me he extendido un poco en lo señalado como parámetro del presente, pero mi interpretación ha sido de que ello significaba un piso mínimo de exposición. Así como el catalogo de DDHH es un piso mínimo inviolable, que los Estado Partes podrán ampliar, mejorar o especificar, pero nunca bajar la vara que marca la línea básica de protección a las personas.

26 <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

27 <http://ellugdar.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2016/02/Zambrano-V%C3%A9lez-vs.-Ecuador.pdf>

Carlos Alberto Ramón Gozal

Artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Cláusula Federal

1 . Planteamiento del tema

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en adelante CADH, fue ratificada por Ley 23.054 y publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984. Cabe señalar en primer lugar que conforme nuestro ordenamiento constitucional, los juzgados y tribunales ya sean del fuero federal u ordinario, se encuentran facultados para efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad, respecto a los actos emanados del poder administrador, aquellos emanados del poder legislativo e incluso de los actos administrativos no jurisdiccionales dictados por el Poder Judicial, si es que estos son contrarios a los principios y valores contenidos en la Carta Magna. A partir de la firma y ratificación de los Tratados Internacionales por parte de nuestro país y en especial de la incorporación de los mismos al plexo constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994, conforme al Art. 75 inc. 22 de la CN, no sólo se debe realizar dicho control, sino que además se debe confrontar la norma cuestionada, en orden al contenido de las convenciones internacionales ya que estas también componen el contexto constitucional.

El aludido control de convencionalidad, comprende la contemplación de los tratados sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo constitucional mencionado, y también de aquellos que no lo están pero que cumplen con los requisitos impuestos por la parte final de dicho artículo, es decir que sean ratificados por una ley del Congreso y no se contrapongan a los principios enunciados en el bloque rígido de la Carta Magna. En este sentido se ha dicho: *“Cuando un Estado fta ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se*

vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”¹

En base a ello, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y Otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (27/11/2012) sostuvo que “... tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los Derechos Humanos. En el precedente “Mazzeo” (Fallos:330:3248), esta Corte enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos” (considerando 20). Se advirtió también en “Mazzeo” que la CoIDH “*fta* señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado *fta* ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que

1 CoIDH, Fondo de Reparaciones, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso - Aguado Alfaro y otros - Vs. Perú” - Párrafo N° 128, Sentencia de fecha 24 Noviembre de 2006.

ftan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (Art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, ftabilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar. Examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.”

2 . Desarrollo

En lo que respecta al abordaje del Artículo 28 (Cláusula Federal) el mismo dispone:

Quando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas por las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicciones de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Quando dos o más estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

De la lectura del referido artículo se desprende en primer lugar que en cuanto a su redacción, el mismo tiene la apariencia de una obligación respecto del cumplimiento de la CADH en los Estados de estructura federal. Así, de acuerdo a su interpretación los poderes federales deben cumplir la CADH, sirviendo como una elegante introducción al segundo, donde esos mismos poderes fede-

rales deben tomar las medidas necesarias para que los estados que componen la federación (las Provincias en el caso de la Argentina) tomen a su vez las medidas que hagan efectivo el cumplimiento de la Convención dentro de su propio ámbito de competencia.

En ese sentido, se podría decir, que los dos primeros párrafos van de la mano, ya que la Obligación de Cumplimiento de la CADH por parte de un Estado, surge desde la **Ratificación** que haga dicho Estado a la misma.-

Por otra parte el segundo párrafo, más allá de su formulación en términos de una obligación de medios del Estado Federal al que nuestra Corte ha sabido sacarle provecho, introduce lo que tradicionalmente opera como una excepción de incumplimiento de un Tratado.

Esta solución, incuestionable desde el punto de vista de la unidad como sujeto de derecho internacional de los Estados y de la necesidad de no frustrar las expectativas de cumplimiento que de buena fe el resto de los estados mantienen sobre los acuerdos internacionales, suele plantear algunos inconvenientes a los países que poseen una estructura federal, como la Argentina, pues no todas las facultades se encuentran en cabeza del gobierno nacional sino que solamente cuenta con las que le fueron expresamente concedidas. Esta organización, que no se pretende criticar, es el origen de las dificultades.

En orden a ello, entiendo que el segundo párrafo del Art. 28 de la CADH, muchas veces generó y genera contradicciones en nuestro País, esto lo sostengo, porque en muchas oportunidades la CSJN, tomó dicho artículo cómo una excepción de incumplimiento de un Tratado.

Si este segundo párrafo del Art. 28 NO EXISTIERA, de conformidad con el Derecho Internacional Privado y con los Arts. 29 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, la CADH debe cumplirse en la totalidad el estado parte de que se trate, no pudiendo alegar las disposiciones de derecho Interno, cómo justificativo de su incumplimiento. Resulta imperiosa esta aclaración, porque en nuestro país, no todas las facultades se encuentran en cabeza del Gobierno Nacional, solo cuenta, con las que expresamente le fueron concedidas de conformidad con el Art. 123 de la CN.

En efecto, el federalismo argentino adoptado en el Art. 1 de la Constitución Nacional supone la coexistencia de distintos órdenes de gobierno con potestades constitucionales, políticas, admi-

nistrativas, tributarias propias y concurrentes, que se rigen por el principio sentado en el Art. 121 en virtud del cual, las provincias conservan todo el poder no delegado a la nación por medio de dicha Constitución Nacional. De esta manera, las provincias delegaron a la nación las competencias tributarias que se encuentra expresadas en los arts. 4, 75 inc. 1, 2, 3, entre otros de la Constitución Nacional, siendo tales potestades expresas y limitadas pero por el Art. 31 son supremas respecto a los órdenes provinciales.

La autonomía provincial, presupuesto del federalismo, se pone de manifiesto en la posibilidad que tiene cada provincia de dictarse su propia carta fundamental (arts. 5 y 123 CN), de darse sus instituciones locales, regirse por ellas y de elegir a sus autoridades sin intervención del Gobierno federal (art. 122 CN). En nuestro sistema federal las provincias, que conservan todo el poder no delegado por la Constitución Nacional al Gobierno federal (arts. 121 y 126 CN), gozan de una autonomía de primer orden, donde se encuentran en plenitud todos los rasgos característicos del concepto de autonomía, involucrando la descentralización política, de legislación, de auto-organización y de autogobierno pero con subordinación a un entesuperior.

En concordancia con lo expuesto señala Barrera Buteler que, tratándose de comunidades que son sujetos de la relación federal, la autonomía tiene caracteres particulares: *“... se trata concretamente de autonomía política en el ejercicio de todas las potestades propias del gobierno de una comunidad, en tanto no afecte a otras comunidades federadas, ni al bien común general”*. Por su parte, entiende Bas que la autonomía provincial consiste en la *“facultad de organizarse, en las condiciones de la ley fundamental, dictando sus instituciones con absoluta prescindencia de todo otro poder y de ejercer dentro de su territorio el poder absoluto y exclusivo de legislación y de jurisdicción con relación a todo otro asunto no comprendido en las atribuciones delegadas por la constitución al gobierno federal, respetando las garantías y limitaciones que la misma establece”*.

Es decir que en nuestro régimen federal las provincias en ejercicio de su autonomía se dan sus propias normas fundamentales, con independencia del gobierno federal pero cumpliendo con las condiciones impuestas por la Constitución Nacional (arts. 5 y 123 cn), la cual, como señala Cordeiro Pinto, ha limitado el poder constituyente originario de las provincias.

A esta altura, se podría expresar que nos encontramos hipotéti-

camente con un dilema de violación de normas, ya que por un lado, ante un incumplimiento de las normas internacionales es responsable el Estado Nacional y por el otro, ante una violación a los derechos Humanos las autoridades federales no la podrían evitar o hacer cesar, sin VIOLAR a su vez, las normas sobre organización Federal.

La solución a este dilema, es que la a mi modesto entender, esta sería una solución lógica, ya que las provincias están obligadas a cumplir la CADH, si la viola se produciría la apertura de la jurisdicción Federal para el restablecimiento inmediato en el goce del derecho violado.

Sin embargo, la CoIDH, interpreta esta cláusula de un modo diferente, en un caso donde nuestro país fue demandado, fallo de fecha 27-08-1988 Garrido y Baigorria (reparaciones), la Comisión solicitó expresamente a la Corte que se expidiera sobre el Art. 28 de la Convención. La misma, afirmó que nuestro país violaría el principio de Stoppel si se intentara alegar ahora esta cláusula teniendo en cuenta que *“desde el momento de la aprobación de la ratificación de la Convención, la Argentina se comprometió como si dicfta competencia en materia de Derecftos Humanos correspondiera al Estado federal”*, por lo que nuestro país NO podría haber alegado el Art. 28 cómo excepción de incumplimiento. Aclarando más aún lo expuesto, la Corte dijo: *“Según una Jurisprudencia centenaria y que no fta variado ftafta aftora, un Estado NO puede alegar su estructura Federal para dejar de cumplir una obligación internacional.*

En la Opinión Consultiva N^o 16, la Corte manifestó, que de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo. En esta inteligencia, la Corte concluye que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos, inclusive la consagrada en el Art. 36.1.b) de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados Americanos partes en las respectivas convenciones, *“independientemente de su estructura Federal o Unitaria”*. De lo expresado surge con palmaria claridad, que la Convención de Viena no tiene en la letra y el espíritu la intención de establecer una excepción, en cambio la CIDH sí la tiene (Art. 28).

Con el transcurso del tiempo, la Corte avanza sobre la cláusula citada, expresando que se va en una dirección que impide alegar

esta cláusula, para con ello, lograr que la excepción contemplada en el Art. 28 de la CADH, sea vencida por la propia regla.

Algunos entienden que la Cláusula del Art. 28 como un defecto de la CIDH (opinión que no comparto) estimo que dicha cláusula fue consensuada al momento de la redacción de la CADH, o sea fue una cuestión política, debido a que al momento de negociar y adoptar en texto de una Convención, la misma no se encuentra vigente y ningún Estado manifestó su consentimiento a obligarse, todo ello, con el fin de que la mayor cantidad de Estados manifiesten su consentimiento en obligarse por el tratado.

Si bien el Art. 28 de CIDH es una cláusula federal, y como tal está concebida para ser alegada por los Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional, la redacción del Art. 28 le permitió a la CSJN extraer provecho en la Resolución de casos internos. Poder Ejecutivo en los casos *Bebiacqua* y *Monteserín* utiliza el segundo párrafo del Art. 28 para su aplicación en el ámbito interno. En dichos casos el Estado Nacional con independencia de la competencia y responsabilidad que corresponda a las jurisdicciones locales, NO puede desligarse de las Obligaciones asumidas bajo el pretexto de que corresponden a aquellas darles cumplimiento.

Con relación a los Gobiernos Federales, muchas veces nos encontramos que los mismos deben responder por denuncias Internacionales, por faltas que son cometidas por sus estados Federados. (P.Ej.; Canadá; Brasil; Argentina; México; EEUU; Venezuela). Otros Países, a los fines de limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de DDHH, para restringir su responsabilidad internacional, se amparan en su estructura Federal. En Argentina, tenemos un caso que sirve de ejemplo, *Garrido Baigorria*, en el mismo, nuestro país, a la luz del Art. 28 Primer y Segundo párrafo de la Convención, acepto la consecuencia jurídica de los hechos.

Sabemos que en la Argentina, existen múltiples problemas; estructurales o coyunturales, relativos a la vigencia, respeto y garantía de los derechos que se producen a nivel Provincial. Tan es así, que la CoIDH, en las visitas que realizó para analizar las situaciones relacionadas con los Derechos humanos que se produjeron en distintas provincias (P.Ej. Neuquén; Río Negro; Santiago del Estero; Salta; Mendoza), además, en los últimos años la CIDH declaró admisible casos relativos a acciones u omisiones de Agentes de las provincias, (Santa Fé; Bs. As.; Chaco y Mendoza). También, la CoIDH tuvo que resolver casos que tuvieron su origen en provincias de

nuestro País, por ejemplo el ocurrido en la Provincia de Mendoza, GARRIDO-BAIGORRIA, donde la CoIDH por intermedio de la Sentencia de Fondo de fecha 2 de febrero de 1996 en el PunVPunto **24**. manifiesta: ***La Corte estima conveniente transcribir los dos párrafos siguientes de la contestación de demanda por la Argentina:***

El segundo de ellos, es el que se refiere al tema tratado; El Gobierno de la República Argentina acepta las consecuencias jurídicas que de los hechos referidos en el párrafo anterior se siguen para el Gobierno, a la luz del artículo 28 párrafos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que NO fue resultado posible para la instancia competente identificar a la o las personas penalmente responsables de los ilícitos de los que han sido objeto los señores Raúl Baigorria y Adolfo Garrido, de este modo, esclarecer su destino.

Debo destacar que a la luz de este fallo, el Embajador Humberto Toledo, Agente alterno de la Argentina, aceptó in toto su responsabilidad “internacional” y reiteró el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado Argentino en el caso de especie.

Debo expresar que la Corte sin apartarse de las reglas procesales, las cuales tienen carácter de orden público procesal, le otorgó a las partes (Gobierno Argentino, Comisión y los representantes de las Víctimas) un Plazo de Seis Meses, a los fines de que lleguen a un acuerdo sobre **“Reparaciones e Indemnizaciones”**. Lo que no significa que la CoIDH haya SUSPENDIDO el procedimiento, lo que a todas luces resulta inadmisibile.

La CSJN en el caso Girarldi Bramajo, sostuvo que la Jurisprudencia de la Corte debe servir de guía para la interpretación de los principios Convencionales.

No debemos olvidar, que los Países cualquiera sea la forma de Gobierno que tengan (Federal; Unitaria; etc.), no pueden ampararse por ejemplo en Argentina (forma de Gobierno Federal), para incumplir con sus obligaciones Internacionales. De lo cual se desprende, que una vez que se ratifica un Pacto; Convenio, etc., la Responsabilidad Internacional del estado, se rige, por el Derecho Internacional, independientemente de lo que disponga el derecho interno. Es más, la conformidad con las disposiciones de derecho interno NO excluye en absoluto que el comportamiento se califique internacionalmente ilícito. Ni siquiera la Constitución de un Estado puede utilizarse para LIMITAR el alcance de la responsabilidad internacional.

Puede ocurrir, que un acto lícito en el derecho interno puede ser una violación de un Tratado y lo que es ilícito en el derecho interno, puede no entrañar violación de las disposiciones de un Tratado.

Quedando palmariamente demostrado, que un Estado NO puede alegar disposiciones de derecho interno, como eximente de su responsabilidad internacional, por lo que, en principio, un estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, ya que es, sujeto de Derecho Internacional. En este entendimiento y desde el punto de vista de Derecho Internacional, la responsabilidad del Estado, se aplica por igual a los Órganos de la Administración Central y a los de la Administración Regional o Local (Provincias).

La CoIDH estableció que, según una Jurisprudencia Centenaria y que no vario hasta ahora, un Estado no puede alegar su Estructura federal, para dejar de cumplir una obligación internacional. (Caso garrido-Baigorrría, reparaciones, Sentencia 27 de agosto de 1998), por lo que, podemos expresar que la responsabilidad internacional por violaciones de Derechos Humanos causadas por agentes del poder público independientemente de la entidad (Nacional o Provincial) a la cual pertenezcan, en imputable al Estado de lo que se desprende que según el derecho internacional, las obligaciones de éste impone que deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su Incumplimiento el derecho interno. En consecuencia el derecho internacional es “indiferente” frente al federalismo, en el sentido que siempre el Estado Federal responde internacionalmente.

En lo que respecta a la doctrina sentada por la CoIDH resulta emblemático el Caso Etcher V.S. Brasil., en el cual la CoIDH refiere a la denominada “cláusula federal” establecida en el artículo 28 de la CADH, destacando claramente que *“según una jurisprudencia centenaria y que no fta variado ftafta aftora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”* Esta cuestión también fue abordada en su competencia consultiva, estableciendo que *“las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los Derecftos Humanos en los Estados americanos, [...] deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria”*. De tal manera, la Corte consideró que los Estados partes deben asegurar el respeto y la garantía de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana a todas las personas que estén bajo su jurisdicción, sin limitación ni

excepción alguna con base en dicha organización interna. El sistema normativo y las prácticas de las entidades que forman un estado federal parte de la Convención deben conformarse a la Convención Americana. (Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas).

Asimismo consideró que la eventual inobservancia de las obligaciones emanadas del artículo 28 de la Convención debe referirse a un hecho con entidad suficiente para ser considerado como un verdadero incumplimiento. En el presente caso, entendió que la manifestación del Estado en una reunión de trabajo, que ni siquiera estaría programada con antelación, y en un escrito sobre las dificultades en la comunicación con una entidad componente del estado federal, no significó ni acarreó por sí misma un incumplimiento a dicha norma. La Corte advirtió que durante el trámite ante ella el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir una obligación internacional. Según lo afirmado por el Estado, y que fue no desvirtuado por la Comisión ni por los representantes, esas expresiones constituyeron una explicación sobre la marcha de la implementación de las recomendaciones del Informe de Fondo de la Comisión. Con base en lo anterior, el Tribunal entendió que no encuentra que el Estado haya incumplido las obligaciones emergentes del artículo 28 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1 y 2 del mismo tratado.

En conclusión, si bien el segundo párrafo del Art. 28 está redactado como una obligación (circumscripita a que el Estado nacional prevea todo lo conducente para que el Estado local garantice la vigencia de la Convención en cuanto corresponda a su competencia), lo cierto es que una cláusula federal típicamente está destinada a operar como excepción de incumplimiento para el Estado parte que la alegue, al menos por un tiempo desde la ratificación o adhesión a la Convención (que tampoco se encuentra especificado).

En definitiva, estas cláusulas suelen introducirse como una excepción a las reglas generales antes explicadas que emanan de los artículos 29 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y por lo tanto permiten a un estado parte alegar su derecho interno como justificativo de un incumplimiento a la Convención (en los casos que la violación se produce en un ámbito de competencia exclusiva de un Estado local).

El límite a esta excepción, gracias a la forma oblicua en que fue establecida la cláusula federal en la Convención, sólo podría verifi-

carse si se demuestra que el Estado parte no ha tomado las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la CADH.

Puesto que además la cláusula establece que esas medidas deben tomarse de inmediato, podría discutirse si, transcurrido un plazo razonable (la categoría de “plazo razonable” opera siempre como un enemigo en materia de exigibilidad de cumplimientos) desde el ingreso de un estado a la Convención, la posibilidad de alegar esta excepción caduca. Ello depende de la consideración de esta cláusula como una obligación de medios o de resultado para el Estado parte.

A manera de conclusión, puedo manifestar que los Principios Generales del Derecho Internacional, implican que los Estados Federales partes, de la Convención Americana “son plenamente responsables” a nivel Internacional por las violaciones cometidas por acción u omisión por los Agentes estatales de sus provincias.-Con lo cual queda demostrado, que si el Estado Federal no adopta la legislación o las medidas necesarias exigibles de conformidad con los Arts. 1, 2 y 28 de la Convención Americana de derechos Humanos, incurrirá en **“Responsabilidad Internacional”**.

El Art. 28 tiene por objeto; clarificar, precisar y hacer más determinante, en forma inmediata y directa, la exigencia del cumplimiento de la obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos y libertades en el marco de los Estados Federales, con lo cual queda palmariamente demostrado que el Art. 28 **no altera o disminuye** el alcance de los Arts. 1 y 2 de la Convención, sino que “los complementa”.-Por lo que resulta imperativo que en Argentina se desarrolle un mecanismo efectivo para asegurar que tanto el Gobierno Federal como los Gobiernos Provinciales se hallen en condiciones de garantizar la vigencia de los Derechos reconocidos Internacionalmente, los que se encuentran insertos en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y el Art. 1 del Código Civil vigente.

Cláusula Federal

Introducción

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y luego de haber pasado por la Guerra Fría, y hasta llegar a la actualidad, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos han ido adquiriendo vital importancia en el conjunto de la sociedad mundial. Argentina se hizo eco de ello; tanto en su faz negativa, por las violaciones masivas de Derechos Humanos, como en su faz positiva, por la recepción de dichos instrumentos internacionales, otorgándoles a ellos la jerarquía constitucional, a partir de la reforma del año 1994.

La estructura federal de diversos Estados de nuestro continente repercute nacional e internacionalmente a la hora de cumplir los deberes establecidos en las normas de Derechos Humanos. Muchas veces, el Gobierno federal se encuentra en la situación de tener que responder a denuncias internacionales por faltas cometidas por sus Estados federados y de las que las autoridades centrales no comparten y de hecho condenan.

También es cierto que muchos países intentaron ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de Derechos Humanos o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional. También autoridades locales han pretendido desatenderse de sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el Gobierno federal y no por las provincias.

En nuestro país el reparto de competencias, entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales, ha sabido mostrar trabas para la aplicación y cumplimiento de los compromisos y obligaciones adoptadas en virtud de los Tratados sobre Derechos Humanos. Así, en el caso Garrido y Baigorria c/Argentina, nuestro

país expreso “*haber tenido dificultades debido a que es un Estado Federal y a que aquellos pertenecen al Poder Judicial, que es un poder independiente*”¹, esto haciendo referencia a la investigación que correspondía a las autoridades federales por una violación sobre Derechos Humanos en cárceles mendocinas.

En el caso de Argentina, existen sin embargo múltiples problemas, estructurales o coyunturales relativos a la vigencia, respeto y garantía de los derechos que se producen a nivel provincial. Por eso no sorprende que los órganos del sistema interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos, hayan debido prestar especial atención a esta situación ya sea a través de casos individuales o visitas a nuestro país. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) realizó varias visitas de trabajo al país en los últimos años para analizar la situación de los Derechos Humanos en distintas provincias argentinas o para tratar casos concretos relativos a dichas provincias. Así en el año 2002, la CIDH visitó Neuquén, Río Negro y Salta², en el año 2003, la Comisión visitó a nuestra provincia Santiago del Estero³ y en el año 2004 realizó una visita a Mendoza.

La cláusula federal no es un tema exclusivo del derecho internacional, porque en el plano nacional también suele presentarse y está encaminada a resguardar los derechos de las provincias frente a los avances del poder nacional, y ha sido receptada por la generalidad de las nuevas constituciones. Dispone que corresponde a las provincias el ejercicio de los derechos y competencias no delegadas al gobierno federal, promover un federalismo de concertación con la nación y las demás provincias, ejercer facultades provinciales propias en establecimientos nacionales en la provincia, concertar regímenes de coparticipación impositiva y descentralización previsional, realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional.

Lo cierto es que a veintidós años de la reforma constitucional de 1994 vale la pena reflexionar sobre algunas de las implicancias de la jerarquía constitucional otorgada a los instrumentos de De-

1 CoIDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, sentencia del 27/08/1998 párr. 34.

2 Ver Comunicado de Prensa N° 33-02, Comisión Interamericana concluye visita a la República Argentina.

3 Ver Comunicado de Prensa N° 23-03, Visita de Trabajo de la CIDH a la República Argentina.

rechos Humanos mencionados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución y en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el aspecto relativo a la estructura federal del país. Dado que los instrumentos incluidos en dicha norma, tienen jerarquía constitucional *“en las condiciones de su vigencia”* debe analizarse cuáles son dichas condiciones en el ámbito de las provincias y en particular cuáles son las obligaciones que surgen para el Gobierno federal y para las autoridades provinciales respectivas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el término *“en las condiciones de su vigencia”* significa *“tal como la Convención... efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De allí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”*⁴. La Corte Suprema también indicó en el caso Bramajo que *“la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”*⁵.

A modo de conclusión de este introito, se confía en la necesidad de resaltar que la efectiva aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos resulta dificultosa hoy en día pese a la cantidad de años que han transcurrido desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, piedra basal en esta cuestión. Dificultad que principalmente se da en el plano de lo judicial, donde es común que muchos jueces o muchas juezas, todavía no se encuentren con la pertinente preparación en la temática, y así prefieren aplicar normativa procesal propia de cada provincia (Art. 75 inc. 12 CN), en vez de la normativa constitucional o convencional, ante una posible colisión a la hora de la resolución de un conflicto. Se aclara que tal problemática, la padecen tanto los magistrados y las magistradas del fuero penal, como los que pertenecen al ámbito civil, comercial, administrativo, etc. La necesidad de esta aclaración radica en que lejos de lo que predica la creencia popular, los Derechos Humanos son de todas las personas, y no sólo del “delincuente”.

4 CSJN, Caso Giroidi Fallos 318-514, párr. 11.

5 CSJN, Caso Bramajo, Fallos 318:240.

1 . Artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos

La cláusula federal es una disposición específica que fija el alcance del tratado respectivo en el ámbito nacional. Así el Art. 28 de la Convención Americana de Derechos humanos reza:

“1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen ftaciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.”

Previo a este Tratado, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en sus artículos 37 y 41 respectivamente, contenían referencias sobre la cláusula federal. Dable es destacar que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su Art. 50 y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 28 expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial del Estado federal sin excepción o limitación de algún tipo.

Así se ha sostenido que este Art. 28 “contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”⁶. Ésta obligación de garantizar se encuentra muy relacionada con la del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir la de *“adoptar, con arreglo a sus procedimientos*

6 Corte IDH, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", OC-11/90, 10/08/1990, parr.34.

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para ftacer efectivos tales derecftos y libertades”, ya que una forma efectiva de eliminar los obstáculos que permitan garantizar el real goce y ejercicio de los derechos es mediante una revisión de toda la legislación interna. “Este aspecto exige que los Estados realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derecftos”⁷. Pero esta actividad no solo refiere a la sanción de nuevas normas, sino también, por ejemplo, a la derogación de normas que resulten incompatibles con la Convención.

La cláusula en estudio consiste entonces en una obligación especial para los Estados Federales, quienes no puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito ese comportamiento según el derecho internacional. Es un principio generalmente aceptado en el derecho internacional, que todo lo relativo a la responsabilidad internacional del Estado se rige por el derecho internacional independientemente de lo que disponga el derecho interno.

El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento. El Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca.

En derecho interno, por lo general el “Estado” se subdivide en una serie de entidades jurídicas distintas (ministerios, departamentos, unidades integrantes de una federación, etc.) que pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Pero en derecho internacional, un Estado no puede eludir su responsabilidad internacional por un simple proceso de subdivisión interna.

El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad

7 Pinto, M. (2004). *Temas de Derecftos Humanos* (3ª Ed.), cap. IV. Buenos Aires: Editores del Puerto.

jurídica separada. Por lo tanto, se considera al hecho del Estado según el derecho internacional como todo el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

El término “órganos del Estado” no se limita pues a los órganos de la administración central sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal. La responsabilidad internacional del Estado se aplica por igual a los órganos de la administración central y a los de la administración regional o local. Desde el punto de vista del derecho internacional, no importa que la división territorial forme parte de un Estado federal o sea una región autónoma específica, y tampoco importa que el derecho interno del Estado confiera o no al Parlamento federal la facultad de obligar a la división territorial a atenerse a las obligaciones internacionales del Estado.

“Como principio general del derecho internacional, los actos practicados por entidades federales u órganos de un Estado que violan una obligación asumida internacionalmente son atribuidos a este último al establecerse la responsabilidad internacional”⁸. Las obligaciones que el derecho internacional impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. El Estado federal será siempre el responsable internacionalmente de asegurar que las obligaciones asumidas sean cabalmente cumplidas por las unidades componentes de la federación.

Las provincias se encuentran igualmente obligadas a cumplir con las obligaciones internacionales. Como consecuencia de estos principios, la aplicación de las normas internacionales debe realizarse en la totalidad del territorio de la federación. Recogiendo este postulado, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prevé: *“Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.”*

En definitiva una lectura conjunta de los artículos 28, 1.1 y 2 de

8 CIDH, Informe No. 37/10, Publicación, Caso 12.308, Manoel Leal De Oliveira, Brasil, 17 de Marzo de 2010, párr. 143.

la Convención, implica que todo Estado Parte de la Convención con estructura federal en que no se encuentre garantizado el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de que las mismas se encuentren dentro del ámbito de competencias del Gobierno federal o de una de las unidades territoriales de la Federación, se encuentra en la obligación internacional de adoptar la legislación o las medidas que sean necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con este fin.

2 . La Cláusula Federal en la actualidad

La cláusula federal es cada vez más extraña en los tratados relativos a la protección de los Derechos Humanos. Dentro del propio sistema interamericano la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad no prevén una cláusula federal.

Con ello, podría entenderse que la previsión de la Convención Americana es una excepción antes que una regla general en el contexto de los tratados interamericanos de Derechos Humanos y por ende debe ser analizada, interpretada y aplicada de manera restrictiva. También se ha dicho que el artículo 28 de la Convención Americana representa “un anacronismo”⁹ pues no se inscribe dentro de la tendencia del resto de los tratados de Derechos Humanos de no incluir en su normativa una cláusula federal.

Tan solo la Convención de Belém do Pará ha previsto en su artículo 20 una cláusula que estipula: *“Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas. Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declara-*

9 Buergenthal, T. (1986). Inter-American System for the Protection of Human Rights. En T. Meron (Ed.), *Human Rights and International Law* (p. 445). Oxford: Clarendon Press.

ciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas."

Dentro del marco de las Naciones Unidas existe un claro predominio de las convenciones que no han previsto disposición alguna en materia de obligaciones o restricciones específicas para los Estados Federales. Así, entre otras la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura u otras Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no contienen cláusulas federales.¹⁰

3 . Conclusión

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho, dispensaría a los gobiernos nacionales de sus obligaciones bajo la Convención y podría dejar a las personas privadas de protección internacional. Estos principios implican que los Estados federales partes de la Convención Americana son plenamente responsables a nivel internacional por las violaciones cometidas por acción o por omisión por agentes estatales de sus unidades componentes. Además el Estado federal está obligado a adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias.

El artículo analizado tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y

10 Dulitzky, A. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (p. 694). Konrad – Adenauer – Stiftung.

libertades en el marco de los Estados Federales. No altera o disminuye el alcance de los artículos 1 y 2 de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales.

Los principios del derecho internacional y la interpretación de las normas convencionales demuestra la necesidad de que se avance de la situación actual en la que el Gobierno federal simplemente es en muchos aspectos reactivo ante denuncias internacionales, a uno donde se incorpore de una manera constructiva a las provincias, que permita la interacción la esfera provincial y federal de Gobierno y que en definitiva facilite hacer posible la internalización de las obligaciones internacionales por parte de las provincias.

Es así, que a partir de lo reseñado, se observa en déficit de trabajo en conjunto entre el Estado Nacional con el Provincial, y muchas veces entre éste último y el Estado Municipal. Lo que se propone es un sistema de integración que trabaje de manera preventiva, a los efectos de evitar que el país sea requerido y condenado. Por ello se hace necesario el desarrollo y la profundización de mecanismos efectivos para asegurar que tanto el Gobierno federal como los gobiernos provinciales se hallan en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos reconocidos internacionalmente.

Seguramente el gran desafío que se tiene por delante consiste en la preparación en la materia, principalmente de los grandes depositarios de la voluntad popular, como así también de los encargados de administrar e impartir justicia, aunque nada obsta a que toda la ciudadanía en general se forme y conozca sus derechos, ya que esta es la mejor manera de hacerlos valer. No se puede ejercitar con idoneidad lo que no se conoce.

Derechos Políticos y Sociales

Antonio Morelli

El Derecho a la Protesta: Estudio Comparado entre los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos

Introducción

El presente estudio tiene como objetivo la evaluación analítica del derecho a la protesta con el fin de encontrar una base jurídica que permita un avance en el alcance de valores democráticos en la comunidad internacional moderna. En el marco de un análisis comparativo, el trabajo desarrollará su enfoque sobre el derecho a la protesta a través de la experiencia jurídica de los sistemas regionales de promoción y protección de los Derechos Humanos, específicamente dentro del sistema europeo e interamericano, centrándose en la definición del derecho a la protesta a través de un análisis comparativo. En el derecho público moderno, el derecho a la protesta implica una cuestión de equilibrios delicados y prerrogativas constitucionales, cuya necesidad de delimitar claramente su perímetro es de suma importancia para el desarrollo de los principios democráticos en el estado de derecho. En los sistemas regionales, el análisis del derecho a la protesta se lleva a cabo a través de una definición interpretativa, fundada conjuntamente sobre las disposiciones normativas de la libertad de asociación y la libertad de reunión, dos pilares fundamentales de los derechos civiles y políticos. Bajo este punto de vista, el derecho a la protesta puede definirse como una forma de ejercicio colectivo de la libertad de expresión, el cual entraña un canal para las minorías de manera que sus instancias sean oídas. Sin embargo, cada sistema jurídico pluralista es el fruto de un delicado balance entre derechos y libertades. Por lo tanto, en determinadas circunstancias, es posible que un Estado deba aplicar restricciones al derecho a la protesta, las cuales son necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de una sociedad democrática. Consecuencialmente, el estudio propone buscar un equilibrio entre el papel de las mayorías y de las minorías en cada sistema jurídico y, a la vez, entre las garantías de los derechos

fundamentales y los principios democráticos. El resultado finalmente permite ensayar el grado de una democracia pluralista, en la cual los derechos sociales y las prerrogativas soberanas puedan desarrollarse en armonía.

1. Definición del Derecho a la Protesta

El derecho a la protesta puede definirse en el marco de una evolución del concepto de libertad de expresión. Sin embargo, tal definición podría ser limitante ya que una protesta involucra el ejercicio de otros derechos fundamentales que están relacionados directa o indirectamente con la esfera jurídica de cada persona. De hecho, toda la estructura del derecho a la protesta se construye sobre ciertos sólidos pilares legales: la reunión, la asociación, el trabajo, la educación, la cultura, y la expresión.¹ En este sentido, el derecho a la protesta se puede definir dentro de la categoría de los derechos sociales y colectivos. Dichos derechos son la expresión típica de un Estado social, y tienen como objetivo lograr no sólo obligaciones negativas, lo que es típico del constitucionalismo liberal, sino también obligaciones positivas a través de la prestación de servicios a los ciudadanos en la consecución del bien común y en un marco democrático. Dado que el derecho a la protesta es tan amplio en su alcance, en consecuencia, su protección legal debe ser proporcionalmente amplia y eficaz. Se reconoce que todos los ciudadanos tienen derecho a manifestar pública y pacíficamente tanto sus opiniones como sus quejas, con la única limitación del equilibrio con los demás derechos fundamentales, en un cuadro armónico del ordenamiento jurídico. En general, las limitaciones al derecho a la protesta implican el respeto al orden público, la paz social, la moral y los intereses generales.

En un sistema basado en el estado de derecho, la protección del derecho a la protesta es esencial en la garantía de los Derechos Humanos y los principios democráticos. De hecho, la mayoría de las protestas son el camino, y a veces, la única manera que tienen algu-

1 Rodríguez Veltzè, R. & Rojas Tudela, F. L. (2010). Criminalización y Derecho a la Protesta en Bolivia. En E. A. Bertoni (Comp.), *¿Es Legítima la Criminalización de la Protesta Social? Derecho Penal y Libertad de Expresión en América Latina* (p. 29). Buenos Aires: CELE.

nos grupos sociales para expresar una idea, una queja, o la necesidad de cambiar el estatus quo de sus países. A menudo, estos grupos no cuentan con los medios adecuados o los fondos necesarios para difundir su mensaje, y la protesta pública, generalmente llevada a cabo en las calles, termina siendo la única manera de hacer oír su voz. En efecto, en virtud de la “doctrina foro público”, es posible sostener que calles, avenidas o plazas son considerados como el espacio natural e histórico de las comunicaciones públicas para la reunión y expresión del pensamiento. La destinación y la tutela del espacio público para la expresión popular puede considerarse un principio emergente en el constitucionalismo moderno.² Por ejemplo, bajo la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, esto constituye la base para la discusión pública y un factor importante para el equilibrio entre las diferentes instancias en juego.³ De la misma manera, el Tribunal Supremo español sigue un camino similar, indicando cómo el espacio público no sirve sólo para garantizar la circulación, sino también la participación en la vida social.⁴

La mayoría de las veces, las protestas son el resultado de las manifestaciones contra los gobiernos nacionales, o una forma de reclamar derechos particulares para los que tienen un acceso limitado a la *res publica*. En ese sentido, la protesta termina siendo la manera de exponer un problema, una forma de expresión de la opinión pública o una necesidad de denuncia contra el poder público. Por lo tanto, el derecho a la protesta constituye el canal para desarrollar un debate *extra moenia*, a nivel social y político; es decir, afuera de las instituciones del Estado. Este fenómeno conlleva un equilibrio constante entre el papel del Estado y el concepto de la expresión disidente, cuyo resultado determina el grado de evaluación de un sistema democrático.⁵ Más concretamente, se trata de un equilibrio entre las fuerzas políticas de mayorías que gobiernan los Estados,

2 Para un análisis de la jurisprudencia sobre el tema, véase: *Erzonik v. City of Jacksonville*, 422 U.S., (1975), pp. 835-838; *Minnesota State Bd. For Community Colleges v. Knight*, 465 U.S., (1984), pp. 271-280.

3 Post, R. C. (1987). *Between Governance and Management: the History and Theory of the Public Forum*. En *Yale Law School Faculty Scftolarsftip Series* (p. 1769).

4 Véase, STCE, 66/1995, FJ3.

5 Bertoni, E. A. (Comp.) (2010). *¿Es Legítima la Criminalización de la Protesta Social? Derecfto Penal y Libertad de Expresión en América Latina* (p. 2). Buenos Aires: Universidad de Palermo.

y las minorías interesadas en hacer oír su voz y en el respeto de sus derechos. Como resultado, este es un debate sobre la esencia misma de la democracia *toutcourt*, si ha de considerarse como expresión exclusiva del sufragio público o, tal vez, un compromiso que pueda garantizar también otras expresiones de la voluntad popular.⁶

En términos concretos, cada Constitución y cada sistema jurídico reflejan esta tensión endémica en la búsqueda de una solución de compromiso. Por un lado, se trata de proteger el poder establecido y evaluar la gobernabilidad del país; por otro lado, se trata de garantizar el respeto del amplio despliegue de Derechos Humanos y fundamentales. Sin embargo, las soluciones no siempre son de fácil intuición y los conflictos que surgen a raíz de esta lucha sirven como un claro ejemplo de los obstáculos a los que se enfrenta el desarrollo de una democracia pluralista, obstando al disfrute de los derechos civiles y políticos garantizados universalmente.⁷

En otras palabras, es una cuestión de delicado equilibrio entre prerrogativas constitucionales que muestran la necesidad de una continua definición del perímetro de los derechos en juego. Es decir, la protesta es un canal abierto para expresar la disidencia política y reclamar por los derechos afectados, que, a la vez, necesitan coexistir en armonía con los demás derechos implicados en cada ordenamiento jurídico.⁸

Bajo esta luz, el marco legal del derecho a la protesta desempeña un rol de fundamental importancia en cada sistema jurídico, no sólo para orientar al Estado al respeto de las instancias de las minorías, sino también para garantizar el correcto funcionamiento democrático del estado de derecho. Dado que el origen de la protesta proviene de posiciones desfavorecidas, el derecho a la protesta merece tener una atención particular a nivel normativo.⁹ Por lo mismo, este derecho se rige por las constituciones nacionales, generalmente, a través de disposiciones específicas o bajo la interpretación conjunta

6 Gargarella, R. (2006). El Derecho a la Protesta Social. En *Derecho y Humanidades*, 12, 146.

7 Id., 142.

8 Rabinovich, E. (2011). Protesta, Derecho y Libertad de Expresión. En E. Rabinovich, A. L. Magrini & O. Rincón (Ed.), *Vamos a Portarnos Mal, Protesta Social y Libertad de Expresión en América Latina*, Documento No. 12-FES-C3 (p. 18). Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung.

9 *Ibidem*.

de los apartados que codifican la libertad de expresión y reunión.

Aunando a lo anterior, la estructura normativa doméstica se corrobora a nivel internacional y regional por tratados supranacionales, que garantizan una protección legal bajo el corolario de los derechos civiles y políticos. Este sistema conlleva una doble garantía que refuerza la protección y la promoción de esos derechos fundamentales.

En este punto, el análisis se centrará en el enfoque internacional y regional del derecho a la protesta en un equilibrio constante con los principios democráticos, con el fin de analizar su regulación e implementación en el sistema de protección europeo e interamericano.

2 . El Derecho a la Protesta a Nivel Internacional

A nivel internacional, cabe mencionar que, entre varios, dos instrumentos sirven a baluarte de los derechos fundamentales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos bajo los auspicios de las Naciones Unidas para construir una sólida estructura para la garantía universal de los Derechos Humanos. Estos dos instrumentos garantizan el derecho a la protesta mediante una combinación de la libertad de expresión y la libertad de reunión. Esas dos libertades constituyen la esencia última del derecho en análisis, determinando a la vez su disfrute y sus restricciones. De hecho, el derecho a la protesta puede definirse como un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, que constituye el canal utilizado por grupos particulares para transmitir su propio mensaje *urbis et orbis*.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁰ firmada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, regula respectivamente la libertad de expresión en su artículo 19 y la libertad de reunión en virtud del artículo 20. En la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),¹¹ firmado el 16 de diciembre de 1966,¹² protege la

10 Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en línea en la página: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>

11 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en línea en la página: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

12 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la

libertad de expresión bajo el artículo 19, y la libertad de reunión en virtud del artículo 21. A partir de la disciplina dictada por estos artículos, es posible llevar a cabo una interpretación que debe aplicarse al derecho a la protesta. En concreto, estos artículos prevén una obligación negativa general para los Estados nacionales a la no intervención en la esfera privada de los ciudadanos.

En otras palabras, cada Estado tiene una obligación negativa hacia la esfera privada de los ciudadanos, que se explicita en un deber de *no facere*. Eso implica una restricción a cualquier tipo de intromisión en la actividad de la búsqueda, recepción y difusión de la información.¹³ Todos los ciudadanos tienen derecho a llevar a cabo dicha actividad a través de las formas y las maneras que prefieren, ejerciéndola a nivel personal o colectivo. Sin embargo, este no es un derecho absoluto, sino sujeto a un conjunto de limitaciones, de conformidad con los valores fundamentales de cada ordenamiento jurídico. Estas limitaciones se fundan en un doble parámetro: por un lado, ciertas restricciones están relacionadas al respeto de los derechos de las otras personas involucradas; por otro lado, se vinculan a garantías de cuestiones de seguridad nacional pública, orden público, salud pública y moral. Otro sí, bajo el estado de derecho, estas son las únicas posibles restricciones aplicables al derecho a la protesta. Consecuencialmente, la posibilidad de comprimir el derecho en análisis es el resultado de un equilibrio entre derechos y libertades fundamentales, dentro del respeto de los principios en los que una sociedad democrática se construye.¹⁴

3 . El Derecho a la Protesta a Nivel Regional

Una vez delineado el marco del derecho a la protesta a nivel internacional, es ahora necesario, para el despliegue del presente aná-

Asemblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo 1976, actualmente ratificado por 167 Estados.

13 Rabinovich, E. (2011). Protesta, Derecho y Libertad de Expresión. En E. Rabinovich, A. L. Magrini & O. Rincón (Ed.), *Vamos a Portarnos Mal, Protesta Social y Libertad de Expresión en América Latina*, Documento No. 12-FES-C3 (p. 25). Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung.

14 Gargarella, R. (2008). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (p. 850). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

lisis, analizar los mecanismos de protección y garantía en los sistemas regionales, tanto en el marco europeo, así como en la región interamericana. El análisis se centrará en el papel de los convenios regionales en la regulación del derecho a la protesta, destacando a la vez el impacto que tienen a nivel doméstico en la estructura de los Estados para la protección de los Derechos Humanos.

Si en cada sistema ninguna de las cartas regionales regula expresamente el derecho a la protesta, como se ha indicado anteriormente, una protección aún puede garantizarse a través de una lectura e interpretación conjunta de las disposiciones sobre la libertad de expresión y la libertad de reunión. Siendo éstos dos pilares de los derechos civiles y políticos, sobre esta base es posible delinear la estructura legal necesaria para la protección del derecho a la protesta y analizar su núcleo imperativo y vinculante, así como sus excepciones y restricciones del caso.

El Sistema Regional Europeo

El Convenio Europeo de Derechos Humanos,¹⁵ firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, regula en su Sección I “Derechos y Libertades” a la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, las cuales son el fundamento del derecho a la protesta.

La libertad de expresión está regulada por el artículo 10 del Convenio, y representa el resultado de la antigua tradición liberal de los países de Europa, basado en una política de *laissez-faire*, típica de la categoría de los derechos de primera generación.¹⁶

15 Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en línea en la página: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

16 Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 10: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

La libertad de expresión es un derecho que pertenece a la esfera moral de cada individuo y por lo tanto necesita estar separado de cualquier interferencia de las autoridades públicas. Esta es una obligación negativa de nivel nacional que impone a los Estados no obstaculizar la actividad de mantener, recibir y difundir información, así como ideas. Si bien el artículo impone una fuerte garantía de la protección de la libertad de expresión, esto todavía no es un derecho absoluto, sino queda sujeto a ciertas condiciones, restricciones y sanciones impuestas por la ley. Esta es una condición impuesta por necesidad de armonía en un sistema democrático, que, para su correcto funcionamiento, impone ciertos límites al disfrute de los derechos y libertades.

En concreto, estos límites son en primer lugar una expresión de prerrogativas soberanas, así como de defensa interior y exterior de cada Estado. Sirven de ejemplo criterios de seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, prevención de desorden y crímenes. En segundo lugar, estos límites representan la necesidad de tener un balance entre derechos sociales, tales como la protección de la salud y moral, el respeto de la reputación y los derechos de los demás. Asimismo, estos límites también tienen como fin la tutela de algunos valores fundamentales del ordenamiento jurídico como el respeto del principio de confidencialidad y el respeto de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Por lo tanto, si bien el Convenio Europeo garantiza una sólida protección a la libertad de expresión, a la vez limita su pleno disfrute en algunas circunstancias específicas y convincentes, donde haya un interés de la misma o de mayor fuerza. En otras palabras, el artículo tiene como objetivo lograr un equilibrio entre las fuerzas que gravitan en torno a la libertad de expresión, sean fuerzas centrífugas o centrípetas, determinando un concepto más amplio o más estrecho de la democracia. En el primer caso, se garantiza la plena expresión con el fin de mejorar el debate público y el rol de las minorías; esto produce como resultado un concepto más amplio de democracia, con las garantías que todas las voces estén siendo escuchadas. En el segundo caso, en relación a la aplicación de restricciones, se intenta proteger el orden del sistema legal y social. En este marco normativo, toda restricción a la libertad de expresión debe adoptarse estrictamente bajo el principio de proporcionalidad para que se proteja el núcleo esencial del derecho. En la sentencia *Sunday Times c. Reino Unido*, la Corte decidió que, aun cuando fuera prescrita por ley, una restricción

debe estar justificada por una “necesidad social apremiante”, para cumplir con los estándares de protección del Convenio.¹⁷

Para que se garantice el derecho a la protesta, hay que sostener la posibilidad de que toda persona pueda reunirse para hablar a través de una expresión colectiva. Por lo tanto, en este punto, el análisis debe enfocarse hacia la libertad de reunión y de asociación, que está regulada por el artículo 11 de la Convención.¹⁸

Este es un derecho inherente a los derechos sociales y políticos del individuo, que constituye la primera protección de los derechos y libertades del individuo, en su forma agregada y colectiva. Es la expresión colectiva de un “*status libertatis*”, lo que constituye una atribución esencial de cada persona, para el goce de sus derechos de manera colectiva, libre de las limitaciones soberanas.¹⁹ Esta se entiende como una libertad de formar una unión con otras personas basada en intereses personales y con el fin de profesar ideales en el marco de una sociedad democrática. No está sujeta a ningún tipo de “*régime préventif*” o “*de police*”, que implique limitaciones a posteriori, pero aun así tiene ciertos límites.²⁰ Una vez más, este es el resultado de un equilibrio entre el conjunto de los principios de orden público en relación con los derechos de otras personas, así como el respeto de los demás valores constitucionales y fundamentales.

Como resultado del equilibrio, el análisis de las normas sobre libertad de expresión y libertad de asociación delinea los estándares que el sistema europeo atribuye a la protección del derecho a la protesta

17 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril 1979, para. 67.

18 Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 11: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

19 Jellinek, G. (1892). *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte* (p. 48), Freiburg: Mohr.

20 Constant, B. (1816). *Sobre la Libertad de los Antiguos Comparada a las de los Modernos*.

pacífica. Entonces, derecho a la protesta es un derecho garantizado a cada uno en su contexto agregado, con el fin de mejorar la expresión de todos los grupos sociales. Esa también es una forma de promover la participación y el fortalecimiento del proceso democrático en la región, a través de la garantía de un debate público multipolar.

La Corte Europea establece su línea en materia del derecho a la protesta basándose en una interpretación estricta de las normas del estado de derecho. En la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la protesta se realiza como un derecho colectivo, destinado a llevarse a cabo pacíficamente y sin necesidad de autorización previa.²¹ En un equilibrio constante entre la libertad de reunión y de expresión, el contenido del derecho a la protesta puede limitarse sólo con base en un criterio de necesidad, con el fin de proteger el núcleo esencial de otros derechos.²² En otras palabras, restricciones normativas o administrativas sólo pueden permitirse si son necesarias para el funcionamiento del sistema jurídico-institucional, inspiradas al pluralismo democrático, y proporcionales al interés legítimo seguido.²³ Además, las restricciones se justifican sólo y cuando haya casos de un interés apremiante y que se lleven a cabo en la forma menos restrictiva.²⁴ En el detalle, la Corte está facultada para llevar a cabo un riguroso examen de proporcionalidad, prestando especial atención a los casos relativos a la expresión como contribución al debate público.²⁵ Por lo tanto, una prohibición gubernamental no puede crear un “impacto desproporcionado”, obstaculizando la posibilidad de difundir ideas de interés público, especialmente si

21 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Schorsch v. Austria*, 13 de noviembre 2003, para. 39.

22 In *Handyside v. UK*, Aplicación no. 5493/72, 7 December 1976, para. 48, el Tribunal ha dispuesto que el significado intrínseco del principio de ‘necesidad’ se basa sobre una interpretación literaria, y no debe confundirse con otras expresiones, como por ejemplo la ‘admisibilidad’, ‘utilidad’, ‘razonabilidad’, ‘deseabilidad’, y se funda sobre la estructura de las características sociales.

23 Arai-Takahashi, Y. (2010). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (p. 109). Cambridge: Intersentia.

24 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril 1979, para 62; *Barthold v. Germany*, 25 de Marzo 1985.

25 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Barthold v. Germany*, 25 March 1985, para. 58-59.

conlleva el riesgo de aprisionamiento.²⁶ Entonces, en caso de que haya una necesidad de limitar el derecho, el principio de proporcionalidad es, por lo tanto, la directriz que la Corte utiliza para justificar la admisión de una restricción, de manera que el núcleo esencial del derecho quede intacto.²⁷ Esta línea de la Corte permite preservar el correcto funcionamiento del diálogo democrático.

De hecho, en la mayoría de los casos, debido a una falta de jurisdicción nacional o recursos administrativos, la protesta termina siendo el único camino para ciertos grupos de personas que quieren tomar parte en las decisiones públicas nacionales; es decir, para ser actores de una democracia participativa. Sin embargo, este es un instrumento que siempre necesita ser utilizado con un fin pacífico y de una manera pacífica, dentro del respeto de otros derechos fundamentales o intereses de las fuerzas en juego. Sólo de esta manera se permitirá corroborar los principios democráticos dentro del respeto del diálogo social y político. Finalmente, es el mismo principio democrático el que sirve de aguja de la balanza en cada sistema jurídico en la búsqueda de un equilibrio entre la protección y los límites de las libertades de expresión y asociación. En otras palabras, el hilo conductor que conduce el debate democrático a través del derecho a la protesta se rompe cuando la protección y preservación de los valores de una sociedad democrática están en juego. Consecuencialmente, la protesta representa una herramienta fundamental en una democracia liberal, pero todavía tiene que ser llevada a cabo de manera pacífica, para que cohabite con los demás principios democráticos en un constante balance de las prerrogativas de cada ordenamiento jurídico.

El Sistema Regional Interamericano

El sistema interamericano proporciona un conjunto de herramientas supranacionales con el fin de garantizar el respeto de los Derechos Humanos en la región. Una vez más, la protección del derecho a protestar necesita que se realice una interpretación conjunta entre la libertad de expresión y la libertad de reunión. Varios

26 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Hertel v. Switzerland, 25 August 1998, para. 46-47.

27 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Ezelin v. Francia, 26 de abril 1991; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Piermont v. Francia, 27 de abril 1995; Chorherr v. Austria, 15 de Agosto 1993.

tratados sirven para regular el alcance de estas dos categorías. En detalle, está la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.²⁸

La Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre²⁹ fue el primer instrumento jurídico internacional para la protección regional de los Derechos Humanos, adoptada en Bogotá en abril de 1949, simultáneamente con la fundación de la Organización de los Estados Americanos. El artículo IV regula el derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión del pensamiento que puede ser ejercida por cualquier medio o forma. Por otra parte, el artículo XXI regula la libertad de reunión, como el derecho de reunión pacífica, que puede tener lugar a través de la recolección pública o en asamblea.

En las fuentes del derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969 y en vigencia desde 1978, es uno de los pilares del sistema interamericano de protección y promoción de Derechos Humanos.³⁰ La Convención regula en los artículos 13 y 15, respectivamente, libertad de expresión y el derecho de reunión.

Ex artículo 13,³¹ bajo la rúbrica de la libertad de pensamiento y

28 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe I, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 febrero 2006, 16.

29 Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, disponible en línea en la página: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.american%20Declaration.htm>

30 Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en línea en la página: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.american%20Declaration.htm>

31 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. 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. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres

expresión, el sistema interamericano construye un aparato muy riguroso y detallado para la libertad de expresión, garantizando por primera vez una falta de censura previa a nivel internacional. La Convención determina un sistema de protección contra todas las formas directas o indirectas del Estado de limitar esta libertad, con el objetivo de garantizar su pleno disfrute. El sistema interamericano delimita por cuanto posible toda limitación al derecho en cuestión.³² En términos prácticos, cada restricción a la expresión necesita justificarse en virtud de instancias colectivas y es permitida sólo en caso de que esto balancee los factores en juego. Consecuencialmente, el principio de proporcionalidad debe ser respetado, con base en una necesidad legítima, por lo que toda limitación no puede exceder su límite necesario.³³

En general, las restricciones al derecho a la protesta remontan a fuentes administrativas o legislativas. Por un lado, las fuentes administrativas pueden imponer requisitos para el correcto disfrute del derecho subjetivo como la notificación previa a las autoridades, pero nunca el permiso.³⁴ Sobre esta base, no es posible imponer una prohibición *ex ante* al derecho a la protesta, ya que con el tiempo ésta podría amenazar el mantenimiento de la paz, la seguridad o el orden público.³⁵

En casos de limitaciones, es importante ensayar si el sistema ju-

y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre 1985, p. 50.

33 *Id.*, p. 46.

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de 2005, Las Manifestaciones Públicas Como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión, Capítulo V, p. 22.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de 2002, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 Rev. 1, p. 29.

rídico prevé una criminalización del derecho a la protesta, la cual sólo puede realizarse como *última ratio* en las medidas estatales, y en virtud de necesidad para la garantía de otros derechos.³⁶ En esos casos, bajo el criterio de la necesidad, la Corte Interamericana, a la luz de las disposiciones sobre la libertad de expresión y la libertad de reunión prevista a nivel regional, ha dispuesto que un ordenamiento jurídico sólo puede aplicar la normativa penalista para garantizar la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.³⁷

El modelo adoptado en los sistemas regionales interamericano y europeo para regular la libertad de expresión es muy diferente el uno del otro. Está claro que la Convención Europea sólo pretende indicar el núcleo esencial de la expresión, mientras que la Convención Americana profundiza la definición, delimitando el perímetro de ese derecho.

En el marco interamericano, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión completa la gama de herramientas para la protección del derecho en análisis. Se declara al contenido fundamental e inalienable de la expresión como la base para una sociedad democrática (principio 1). También se introduce una cláusula de no discriminación, que prohíbe cualquier tipo de posible discriminación basada en la raza, color, religión, sexo, idioma, opinión o la opinión política de las personas, así como en el origen y condiciones económicas y sociales (principio 2). Por otra parte, todo impedimento arbitrario debe considerarse como una violación de este derecho (principio 5). Específicamente, toda ley que prohíbe la expresión ofensiva contra funcionarios públicos debe considerarse como un obstáculo y, por lo tanto, una violación a la expresión e información.

Bajo el argot jurídico, esta cuestión cae bajo la expresión de leyes de desacato, expresando una clase de legislación que quiere delimitar el fenómeno de la denigración de la administración pública.³⁸ La Re-

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Kimel v. Argentina*, 2 de mayo 2008, para. 76.

37 Para un análisis jurisprudencial, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre 1985, p. 59; *Kimel v. Argentina*, Decisión del 2 de mayo 2008; *Ricardo Canese v. Paraguay*, Decisión del 31 de agosto 2004; *Palamara-Iribarne v. Chile*, Decisión del 22 de noviembre 2005.

38 Bertoni, E. A. (2009). *The Inter-American Court of Human Rights and the*

latoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA confirmó la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención, de conformidad con su artículo 13 sobre la libertad de expresión.³⁹ Las leyes de desacato son consideradas como instrumentos para reprimir el debate y como un obstáculo para el funcionamiento de las instituciones democráticas.⁴⁰ Sobre esta base, los ciudadanos deben poder tener la posibilidad de criticar y escrutarse las acciones de los funcionarios, en la medida en que atañe a la función pública.⁴¹ Vale la pena recordar que en muchos casos, la manifestación pública es la única manera en que algunos grupos de personas pueden expresar su propio descontento contra del Gobierno o instituciones públicas *toutcourt*. Por lo tanto, el cierre de esta válvula implicaría por un lado un efecto directo sobre el debate plural y, por el otro, un efecto indirecto sobre el correcto funcionamiento de la democracia misma. Por esta razón, cualquier restricción debe llevarse a cabo siendo la medida menos invasiva en la comprensión de la libertad de expresión, y con el fin de garantizar el pleno disfrute de derechos y libertades para toda la comunidad.

Por otra parte, a nivel regional, la libertad de reunión está amparada por el artículo 15,⁴² que establece el derecho de reunión se desarrolla pacíficamente y sin armas. Como en el sistema europeo, eso solo puede restringirse por ley, y en casos puntuales, en un balance con el interés de la seguridad nacional, orden público, salud o moral pública o los derechos y libertades de los demás.

En este marco normativo, la Comisión Interamericana destaca la necesidad de proteger el núcleo esencial del derecho a la protesta, el

European Court of Human Rights: a Dialogue on Freedom of Expression Standards. En *European Human Law Review*, 3, 16.

39 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Leyes de Desacato y Difamación Criminal, Capítulo V, para. 5; Capítulo VI, para. 12.

40 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 Rev., 17 de febrero 1995, p. 212.

41 *Id.*, 207.

42 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 15: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás."

cual no puede ser desnaturalizado y confundido por los desórdenes públicos.⁴³ Bajo estos parámetros, los Estados no pueden invocar las restricciones generales sobre el artículo 13 (libertad de expresión) ni el artículo 15 (libertad de reunión) de la Convención para limitar el disfrute natural del derecho a la protesta en la promoción del debate democrático.⁴⁴

Entonces, en conformidad con el estado de derecho, el sistema interamericano impone un límite estricto a toda restricción a la reunión. Una vez más, es el respeto del principio democrático que funge de contramedida al disfrute pleno, con el fin de preservar garantías soberanas y el correcto balance entre los derechos sociales en el desarrollo de la 'rutina social' de cada Estado.⁴⁵ Por lo tanto, por un lado, tanto la seguridad nacional, la seguridad pública, y el orden público, así como por el otro lado la salud pública y moral, constituyen factores indispensables en esta ecuación. Finalmente, esta ecuación es el resultado de un equilibrio constante entre todos los derechos fundamentales en juego.⁴⁶ Eso representa el común denominador para ambos sistemas regionales europeo e interamericano, en la medida en que enmarca una sistematización jurídica de la reunión, la cual debe ser realizada con fines y medios pacíficos. Por lo tanto, la necesidad de una reunión pacífica constituye un sólido baluarte para el mantenimiento del orden y la paz pública y a la vez proporciona un canal para promover el respeto de los derechos de la demás personas e instituciones involucradas. Sin embargo, esto no puede ser la base para la promoción únicamente de las instancias de las mayorías, ya que cada Estado tiene obligación a garantizar que todas las voces sean escuchadas.⁴⁷

43 Corte Suprema de Colombia, Decisión T-456-92, 14 de Julio 1992.

44 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de 1994, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos, para. III, IV.

45 Uprimny, R. & Sánchez Duque, L. M. (2010). Derecho Penal y Protesta Social. En E. A. Bertoni (Comp.), *¿Es Legítima la Criminalización de la Protesta Social? Derecho Penal y Libertad de Expresión en América Latina* (p. 49). Buenos Aires: CELE.

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de 2009, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 Rev. 1, 25 de febrero 2009, p. 56.

47 Gargarella, R. (2006). El Derecho a la Protesta Social. En *Derecho y Huma-*

En este punto la situación se desplaza desde el suelo prescriptivo a la aplicación del derecho a protestar, por lo que es necesario determinar cómo el derecho a la protesta está garantizado de manera efectiva a nivel legal y judicial en el hemisferio.

4 . Conclusiones

El análisis del derecho a la protesta proporciona una causa para una reflexión más profunda sobre el papel de los derechos fundamentales y humanos en las democracias modernas. En concreto, en los sistemas de protección europeo e interamericano, el derecho a protestar se determina a través de la libertad de expresión y la libertad de asociación. Este análisis permite destacar el correcto funcionamiento del aparato democrático, midiendo el espacio que los Estados dejan a la protección de las minorías, y de su posibilidad de llevar a cabo un debate social y político afuera de los canales institucionales. En la mayoría de las circunstancias, esto representa el único canal disponible para exponer un problema o una queja para esos grupos que tienen un acceso limitado a la *res publica*.

Entonces, el análisis sobre la protección y promoción del derecho a la protesta abre a consideraciones más amplias sobre las garantías de los sistemas jurídicos modernos hacia el pluralismo democrático. En la medida en que este derecho conlleve un vehículo de expresión de los derechos civiles y políticos, eso puede constituir una clave interpretativa del grado de efectividad y representatividad de cada sistema democrático.

En conclusión, el derecho a la protesta representado solamente un importante instrumento para la realización de un “libre mercado de las ideas”,⁴⁸ sino también un refuerzo del papel de los derechos fundamentales y humanos, en relación con todas las esferas sociales, que es el reflejo de las democracias modernas liberales y pluralistas. De hecho, *ubisocietas, ibi ius*.

nidades, 12, 146.

48 La metáfora del libre mercado de ideas se basa en las teorías filosóficas de John Milton, en su obra ‘Areopagítica’ de 1644, y también de John Stuart Mill, en su libro, ‘Sobre la Libertad’, de 1859. Ese concepto fue utilizado más adelante como fundamento argumentativo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en sus fallos, desde el caso *Abrams contra Estados Unidos*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

Eduardo José Ramón Llugdar

Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre personas privadas de la libertad (A propósito del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras)

Introducción

El caso elegido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH o Corte o Tribunal Regional) para desarrollar en el presente trabajo es: "*Pacheco Teruel y Otros vs. Honduras*" - Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 27 de Abril de 2012, en el que se fijó y ratificó estándares vinculados respecto a las condiciones generales que deben observar los Estados sobre las personas privadas de la libertad ambulatoria por motivos fundados en ley.

En particular se trató de una petición contra el Estado de Honduras en representación de víctimas y familiares de internos de la Celda Nº 19 del Centro Penal de San Pedro Sula en el que perecieron 107 personas, como resultado directo de una serie de deficiencias estructurales del establecimiento carcelario, lo que conforme la presentación inicial era de conocimiento de las autoridades pertinentes.

En vista de lo antes expresado, el caso se enmarca en el contexto general de las políticas de seguridad pública y las políticas penitenciarias dirigidas a combatir las organizaciones criminales denominadas "maras", que son pandillas juveniles dedicadas a delinquir con conexiones regionales, a lo largo de Centroamérica.

Así la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) solicitó a la CoIDH que declare la violación de los arts. 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 7 (Derecho a la Libertad Personal); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o Pacto de San José de Costa Rica), en relación con los Arts. 1.1 y 2 de la misma. Por otra parte la CIDH solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de ciertas medidas de reparación.

1. Breve descripción

Los hechos refieren a que las condiciones de detención en la barbotina o celda N° 19 del Centro Penal de San Pedro Sula, eran contrarias a la dignidad humana. Ello por cuanto existían situaciones graves de sobrepoblación y hacinamiento, y no contaba con ventilación ni luz natural. Entre otras cosas, el servicio de agua era inadecuado, la alimentación de los internos era deficiente y no recibían adecuada atención médica; también el sistema eléctrico era deplorable, y merced a una sobrecarga se generó un cortocircuito que provocó un incendio.

Al carecer de mecanismos idóneos para prevenir y afrontar incendios y no contar el personal penitenciario con procedimientos e instrucciones a aplicar llegado el caso, más allá que no sea a alertar al cuartel de bomberos y disparar a suelo para evitar desbordes, el hecho derivó en una tragedia de gran magnitud al no poder salir de la celda los internos por espacio aproximado de una hora, lo que concluyó con un gran número de muertos por asfixia por sofocación y quemaduras graves.

Durante el proceso quedó acreditado que más allá de las deficiencias estructurales del Penal, las condiciones de detención se agravaron por el incremento de los niveles de sobrepoblación, generado a partir de reformas penales adoptadas en el marco de las políticas de “Tolerancia Cero de Combate a la Violencia”.

La CoIDH determinó la responsabilidad internacional del Estado Hondureño, quien reconoció conforme los elementos aportados como prueba las deficiencias de su sistema penitenciario. El Tribunal Regional argumentó en el considerando 24 que era de público conocimiento con anterioridad y posterioridad a los hechos, la ocurrencia de otros incidentes de gravedad en establecimientos carcelarios del país, habiendo acontecido hechos el 5 de Abril de 2003 en la Granja Penal de “El Porvenir”, la Ceiba, donde fallecieron 69 personas; el 14 de Febrero de 2012 en la Granja Penal de “Comayagua”, donde murieron 367 personas; y el 29 de Marzo de 2012, en la misma cárcel de San Pedro Sula, donde lo hicieron 13 personas más.

También observó la CoIDH que a partir de la reforma criminal, la policía inició una práctica común de detenciones por sospechas y arrestos masivos con base en la apariencia de las personas y sin orden previa de autoridad competente, conforme a un informe del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el que se

reporta el incremento de la población carcelaria, que agravaron los problemas estructurales existentes en los establecimientos, en especial aquellos destinados al encierro de personas acusadas de pertenecer a las “Maras”. Da cuenta el informe que a la época de los acontecimientos la capacidad de los 24 centros penales del país, era de 8.280 plazas que a 2004 se incrementó a 10.931 internos y en 2008 a 11.723.

Además de las deficiencias de infraestructura del Penal donde ocurrieron los hechos, ya mencionadas, la Corte admitió que los guardias penitenciarios mantenían un ambiente de hostilidad y de amenazas hacia los internos y en las inspecciones que se realizaban a las celdas, llegando incluso a cometer robos y a destruir objetos personales de los reclusos, y en ocasiones los internos eran sometidos a castigos colectivos, según testimonios de algunos familiares.

En lo concerniente a la celda N° 19, el incendio se inició entre horas 01:30 y 02:00 am del 17 de Mayo de 2004, procediendo los policías penitenciarios de guardia a realizar varios disparos de advertencia. Los sobrevivientes al siniestro afirmaron que los guardias, al tomar conocimiento del hecho llegaron al portón principal de la celda, pero no las abrieron en forma inmediata sino que frente a los gritos de auxilio sólo efectuaban disparos e insultaban. A la 01:55 el Director llamó al Cuerpo de Bomberos y a la central de la Policía Nacional solicitando ayuda mientras se trataba de ubicar al Alcaide encargado de la custodia de la llave de la celda. Aproximadamente a las 02:30 hs los internos lograron abrir el portón interior de la celda en cuestión utilizando una pesa hecha de cemento con la que hacían ejercicios y se dirigieron al recinto exterior de la misma. Posteriormente el Director del centro llegó a la celda y ordenó que se abriera el segundo portón, al momento en que llegaban los bomberos. El saldo fue de ciento siete internos muertos, entre ellos al menos ciento uno a causa de inhalación de dióxido de carbono, cinco por quemaduras graves, no acreditándose internos heridos o muertos por el accionar de un arma de fuego.

En cuanto a los familiares tuvieron que padecer la espera en la entrega de los cuerpos durante varios días. El reconocimiento se realizó en forma apresurada y sin estudios de ADN con la simple comparación de fotos de los carnets de identidades y otros documentos con los cadáveres, lo que llevó a incurrir en errores a la hora de su entrega, agravando aún más el padecimiento de los familiares.

En lo que hace a los procesos judiciales en los tribunales nacio-

nales, las diligencias se iniciaron el 17 de Mayo de 2004. El 11 de Agosto de dicho año, el Fiscal General efectuó un requerimiento contra el Director del Centro Penal siniestrado, por los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas y violación de los deberes de funcionario. Al día siguiente se le impuso la medida cautelar sustitutiva de detención, consistente en la presentación periódica al Juzgado cada quince días y prohibición de salir del país.

El 1º de Septiembre de dicho año, el Juez de Letras dictó el sobreseimiento definitivo a favor del Director del Penal, por entender que la prueba presentada por Fiscalía no era determinante para comprobar su responsabilidad por el deterioro de sus instalaciones eléctricas. Además entendió que este hizo todo lo que estaba a su alcance para prevenir el siniestro. El 6 de Septiembre, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de Apelación en contra de dicha resolución, el que fue desestimado con fecha 22 de Noviembre por la Corte Apelaciones que confirmó lo decidido por el Juez Aquo.

A raíz de esta decisión, el 17 de Diciembre el Órgano Acusador interpuso Acción de Amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que fue rechazada mediante sentencia del 27 de Septiembre de 2005, no constando que los órganos del Estado hayan emprendido nuevas diligencias o se hayan seguido otras líneas investigativas, ni medidas penales, administrativas o disciplinarias, de otras autoridades o funcionarios, distinto del entonces director del centro Penal.

2. Los derechos afectados y deberes del Estado conculcados

En el considerando 58, la CoIDH declaró la responsabilidad internacional por violación de Derechos Humanos del Estado Hondureño respecto de los derechos que fueron descriptos en las peticiones elevadas por la CIDH en su informe de fondo, basado en el allanamiento y reconocimiento de dicha responsabilidad por el propio Estado. Sin embargo estimó necesario referirse a los derechos violados en el caso y realizar consideraciones sobre el deber de prevención del Estado en condiciones carcelarias y en relación a los familiares de las personas fallecidas.

Acorde a lo antes expresado, se pueden extraer los derechos que la Corte consideró afectados, como los siguientes: el Art. 4. 1 (derecho a la vida) por la muerte de las 107 víctimas; los arts. 5.1, 5.2,

5.4 y 5.6 (derecho a la integridad personal); los arts. 7 y 9 (derecho a la libertad personal y principio de legalidad y de retroactividad). También consideró violados los arts. 8 y 25 (garantías judiciales y tutela judicial efectiva), todos ellos en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

En cuanto a los deberes del Estado conculcados, la CoIDH estableció la inobservancia del deber de prevención en las condiciones carcelarias como inherente al deber de respeto y tutela estatal sobre todos los sujetos que se encuentran bajo su jurisdicción, y en especial a aquellos que tienen su libertad ambulatoria restringida por un ejercicio de la potestad estatal.

3 . Desarrollo de los fundamentos empleados por la CoIDH justificatorios de su decisión

Sobre los derechos violados

Anteriormente se identificaron los derechos fundamentales que el Tribunal Regional consideró violados, por lo que se pasa brevemente a hacer referencia a los argumentos empleados que sustentan la decisión.

En cuanto al derecho a la vida, entendió que la muerte de las ciento siete víctimas fue consecuencia de una cadena de omisiones de las autoridades estatales, siendo la más significativa las condiciones específicas del Pabellón N° 19 y la demostrada y reconocida negligencia de las autoridades y personal del Penal para prevenir el incendio).

En lo referente al derecho a la integridad personal consideró que el Estado es responsable de la violación de los arts. 5.1 y 5.2 de la CADH en razón de que los detenidos padecían condiciones de detención inadecuadas por la existencia de tratos crueles, inhumanos y degradantes lo que se refuerza por la forma en que murieron dichos internos, que resulta incompatible con la integridad personal y el respeto a la dignidad humana. Sobre los arts. 5.6, este fue incumplido al no permitírsele a los internos realizar alguna actividad productiva al estigmatizarlos por el sólo hecho de considerarlos de la Mara “Salvatrucha”. Respecto del Art. 5.4, entendió que esto se configuró sobre 22 internos que se encontraban en prisión preventiva por el delito de asociación ilícita y a quienes hacían compartir celda con internos condenados. Por último entendió la CoIDH que

el Estado violó el Art. 5.1 de la Convención, también respecto del grupo de 83 familiares individualizados, por el injusto trato y sufrimiento generado por el maltrato dado a los fallecidos durante el incendio, la demora en los trámites de identificación y reclamo de los cadáveres en la morgue, como así, la inacción de las autoridades en esclarecer y establecer responsabilidades por los hechos.

Relacionado a las violaciones de los arts. 7 y 9, la CoIDH fundó la responsabilidad estatal en atención a que el Estado reconoció que el decreto legislativo 117/2003 que reformó el Art. 332 del Código Penal Hondureño, más conocido como “Ley AntiMaras”, no precisó los elementos de la acción que se considerarían punibles, lo que condujo a que la función persecutoria del Estado se realice de manera arbitraria y discrecional por parte de las autoridades. Ese margen discrecional posibilitó detenciones arbitrarias de personas por la simple sospecha perceptiva sobre la posible pertenencia a una Mara. Lo que importó la inexistencia de mecanismos legales, criterios de verificación adecuados y efectivos de la conducta típica ilícita, justamente por la falta de claridad en la tipificación de la norma penal, no cumpliendo la norma con la exigencia mínima de extremar precauciones para que el poder punitivo del Estado se administrara con respeto de los derechos fundamentales, afectando el principio de legalidad del Art. 9 de la CADH por lo que las detenciones en base a dicha norma resultaron arbitrarias conforme los términos del Art. 7.3 de dicho instrumento, todo con relación a las obligaciones y los compromisos del Estado contenidos en los arts. 1.1 y 2 del Pacto en cuestión.

Por último en orden al respeto y tutela de los derechos y las garantías y protecciones judiciales consagrados en los arts. 8 y 25 de la CADH, el Estado también reconoció que los hechos del caso se mantienen en la impunidad, violándose el derecho de los familiares de las víctimas generando lo que la CoIDH definió como “acciones propicias para la repetición crónica de violaciones de Derechos Humanos”. Además consideró el Tribunal que toda la actividad procesal desplegada por las autoridades judiciales hondureñas se concentró en la responsabilidad penal del entonces Director del Centro Penal de San Pedro Sula al tiempo del incendio, por lo que resulta lógico que luego de su sobreseimiento deberían haber investigado otras responsabilidades de agentes estatales, lo que no se hizo, faltando al deber de investigar con la debida diligencia. También tuvo en cuenta la CoIDH que habiendo transcurrido más de

siete años sin que se pudiera determinar la responsabilidad de un hecho que desde el comienzo se establecieron las causas, excedió todo plazo razonable para este tipo de investigaciones, privando a los familiares de las víctimas de un recurso efectivo para esclarecer lo sucedido y determinar las responsabilidades correspondientes, verificándose también su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y compromisos conforme al Art. 1.1 de la CADH.

Sobre los deberes estatales incumplidos

Al respecto, la CoIDH entendió que acorde a lo establecido por el Art. 5.1 y 5.2 de la CADH y conforme a lo sentado en el caso “Neira Alegría y otros vs. Perú” del año 1995, toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad personal. Además, el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los privados de la libertad ya que en razón de dicha circunstancia se encuentra en una posición especial de garante respecto a las mismas en virtud de que sus agentes penitenciarios ejercen un control total sobre estas personas. Esto obliga al Estado a asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos condiciones mínimas para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse por su condición de detenidos ya que no tienen ninguna vinculación con la privación de libertad. En vista de ello concluyó que Honduras no cumplió con el deber de prevención de las condiciones de detención y carcelarias ya que de los hechos del caso quedó demostrado que en la celda o pabellón número 19 existía superpoblación y hacinamiento, no contaba con ventilación ni luz, el servicio de agua era inadecuado y al momento del hecho directamente no contaban con agua corriente. Además los internos no recibían atención médica debida, su alimentación era deficiente y no contaba con áreas para las visitas ni con programas de recreación y rehabilitación.

Ello sumado a que el sistema eléctrico era deplorable y su sobrecarga generó un cortocircuito que provocó el incendio, es la prueba evidente de la negligencia estatal incurrida para la observancia del deber de prevención, ya que no era desconocido para las autoridades, los déficit señalados, todo lo que se vio agravado por no tener un protocolo especial para siniestros como el acaecido, siendo las

únicas instrucciones para el personal llamar a los bomberos y disparar al suelo, convirtiéndose de ese modo la celda en una verdadera trampa mortal al no poder abandonarla por un lapso mayor a una hora.

Análisis del Fallo en cuestión

A criterio del refrendante el caso “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras” es el más completo fallado por la CoIDH en el cual establece claros estándares de los deberes de prevención que deben observar los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) respecto a las condiciones de detención, de aquellas personas privadas de su libertad por razones fundadas en ley.

En el mismo se resalta que toda actividad estatal en dicho sentido debe velar para la irrestricta observancia del principio “pro homine”, y deja bien en claro cuáles son los deberes que deben realizar todos los Estados parte para conformarse en orden a la CADH.

La doctrina que sienta al respecto es más que clara y no deja lugar a dudas, porque no sólo resuelve la cuestión particular generada por las peticiones y denuncias de los familiares de las víctimas sino que el Tribunal aprovecha para concentrar distintos estándares establecidos desde que entró en funcionamiento en diferentes casos que le tocó intervenir, más los que incorpora en la causa en tratamiento fijando un verdadero estándar general, como “*res interpretata*”, a saber: a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios; b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición; c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia; d) la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente; e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario; f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales de-

ben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos; g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias; h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene; i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad; j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano, y k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas.

Como puede apreciarse la enumeración que realiza la CoIDH va más allá del caso concreto, formulando postulados claros y precisos de contenidos mínimos que los Estados miembros deben observar en su función de garante al diseñar y aplicar políticas penitenciarias, debiendo prevenir a través de protocolos efectivos, eficaces y eficientes, situaciones críticas que pueden poner en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia.

Resulta evidente el mensaje de la Corte, en el sentido de que en todos los casos, sea cual fuere la causa, las condiciones de detención deben ser compatibles con la dignidad de la persona humana y para ello los Estados deben adecuarse a los estándares internacionales de Derechos Humanos, tanto los establecidos en las recomendaciones de los “soft law”, y con más razón en los “hard law” como lo son los fallos de la CoIDH.

También queda claro, el grado de vulnerabilidad en que se encuentran aquellas personas privadas de su libertad ambulatoria, aunque ello resulte de una situación contemplada en la ley, puesto que las restricciones al derecho a la libertad personal no puede afectar su núcleo esencial al extremo de suprimirlo o aniquilarlo, y mucho menos los otros derechos que los reos, más allá de su condición especial, tienen por el hecho de ser seres humanos, los cuales no comprenden las restricciones vinculadas a la libertad ambulatoria, como ser la vida, la integridad personal, el derecho o facilitación al contacto familiar, etc.

Fuera de ello, y en orden a los derechos violados, la CoIDH en el fallo vuelve a ratificar su doctrina en relación al derecho a la vida, la integridad personal, las garantías judiciales, la tutela judicial efectiva y especialmente recalca el concepto de victimización secundaria que se conforma en el entorno familiar de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos, que si bien no son los sujetos principales del producto del incumplimiento estatal, son también víctimas por los padecimientos que sufren como consecuencia de la violación de los derechos del principal afectado.

4 . Conclusión

Conforme a lo desarrollado, se puede afirmar que la sentencia de fondo, reparaciones y costas, recaída en el caso “Pacheco Teruel”, es la más clara y completa fijación hasta el momento de doctrina y estándares por parte de la CoIDH, en relación a las condiciones carcelarias y de detención de sujetos en conflicto con la ley penal de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Antenor José Ferreyra

Experiencias argentinas para derrotar la impunidad

Introducción

En consideración a lo aprendido a lo largo del Curso de Actualización en Derechos Humanos, he elaborado la siguiente monografía: *“Experiencias argentinas para derrotar la impunidad”*, como Trabajo Práctico Final, procurando concretar una síntesis de lo asimilado y lo consultado además, en otros autores.

El presente trabajo se refiere a las dificultades y herramientas que la experiencia argentina fue encontrando en el largo y tortuoso proceso de la lucha contra la impunidad.

En este camino se rescatan algunas conclusiones arribadas en esa disputa en la que transitara el pueblo y sus organizaciones, especialmente las vinculadas a los Derechos Humanos, acompañadas por juristas inmersos en la búsqueda de instrumentos tendientes a lograr los objetivos de Memoria, Verdad y Justicia.

Estas conclusiones –que a los fines de esta monografía las mencionaré como no centrales- tienen que ver con tácticas y estrategias judiciales. Ellas constituyen hipótesis de trabajo aplicables a los países de la región, a la América Latina y al Caribe, y a cualquier otro donde se pueda juzgar crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, lo central –y a la vez novedoso- de esta monografía consiste en proponer una metodología de trabajo que una a todos los abogados de la región en un proyecto que, describiendo similitudes y diferencias, establezca criterios sobre cómo sintetizar la información especializada que circula y cómo debe encararse el trabajo, con la vista colocada sobre el abogado litigante en causas de lesa humanidad y su interacción con un grupo de expertos en la materia.

Tanto a las conclusiones no centrales como a las centrales se arriba a través de la actividad litigante en más de 30 años en Argentina con frutos inigualables a nivel internacional.

Cabe destacar que mucho me ha servido mi participación en juicios por delitos de lesa humanidad realizados en Santiago del Estero, Argentina, como así también en las reuniones provinciales y nacionales de abogados querellantes, donde pude escuchar cómo se debatían tácticas y estrategias a medida que las defensas de los genocidas avanzaban en nuevas propuestas jurídicas.

1. Desarrollo

Propuesta genérica sobre objetivo, táctica y estrategia

Los objetivos, tácticas y estrategias que se plantean son:

- a. En los juicios por delitos de lesa humanidad debe resaltarse la existencia de un plan sistemático y generalizado, en el cual la estructura de poder y mando generaba una clara cadena de responsabilidades, en que el autor mediato tuvo mayor responsabilidad política.
- b. Uno de los objetivos fundamentales debe ser la celeridad en el desarrollo de los juicios, respetando las normas del debido proceso, especialmente las que acreditan la existencia del plan y su metodología.
- c. El objeto principal de los procesos es la reparación histórica, verdad, memoria, justicia, especialmente que la sociedad registre lo ocurrido, a través de una sentencia condenatoria, no importando tanto el monto de la pena como la existencia misma de la sentencia.
- d. Es menester la unificación de los juicios, tratando de realizar procesos universales (“megacausas”). Pero también debe garantizarse que cada lugar, cada rincón del país, tenga su propio juicio para que la sociedad local sea reparada.
- e. Los ideólogos y sus cómplices civiles fueron autores mediatos que tuvieron dominio sobre las fuerzas armadas. Además de perseguir penalmente a los cuadros superiores y a los autores inmediatos, constituye un objetivo primordial la persecución a los empresarios que se beneficiaron con el Terrorismo de Estado, a los capellanes que participaban de las sesiones de torturas, y a los jueces y fiscales que garantizaron la impunidad.
- f. El paramilitarismo no debe quedar impune, pues forma parte del mismo plan.
- g. El accionar de las fuerzas armadas necesariamente tuvo conse-

cuencias no centrales pero sí previstas, tales como los botines de guerra y delitos sexuales. La realización de estas conductas en forma generalizada y sistemática en casi todos los países del continente, constituye crimen de lesa humanidad.

Propuesta Central sobre Metodología de Trabajo

Los países de América Latina han pasado por situaciones diversas, pero atravesados por un plan común a toda la región. Un importante rol de los organismos de Derechos Humanos debiera ser de fortalecimiento y contribución para aquellos países que están iniciando los juicios por delitos de lesa humanidad, integrando un equipo de expertos que pueda intercambiar experiencias. Esta asistencia jurídica e intercambio de experiencias sería un formidable aporte en la lucha contra la impunidad en el continente.

Plan Sistemático y Reparación

La Memoria, la Verdad y la Justicia son temas preocupantes y objeto de obligada reflexión en las débiles democracias latinoamericanas, así como su conflictiva relación con la impunidad, en particular referencia al juzgamiento de los responsables del plan criminal desplegado durante las últimas dictaduras.

Este “plan criminal” diseñado en la Escuela de las Américas para la Región, configuró un tríptico: “secreto – clandestinidad – impunidad”, características éstas que son propias del Terrorismo de Estado.

El tema central, en la etapa de juzgamiento, debiera consistir en que el procedimiento de conocimiento y decisión se corresponda con la universalidad del genocidio, del “plan criminal”, para que no se pierda la dimensión y significado institucional de estas causas. Para comprender la acción represiva y establecer la cadena de responsabilidades, debe ubicarse al plan como una de las herramientas tácticas destinadas al sometimiento de las soberanías.

Resulta un compromiso con la memoria histórica de nuestros pueblos y como una prevención para lo futuro, tal como reiteradamente lo expresara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instrumentar en conciencia y en acto la expresión “Nunca Más”. Para ello hay que desterrar por completo la idea de la impunidad, sólo así puede erigirse la justicia en elemento reparador. En la medida que se comprenda que el plan de exterminio no fue producto individual ni fruto de la casualidad, sino que obedeció a las razones expresadas, habremos garantizado el tan ansiado “Nunca Más”.

Antes de retirarse, todas las dictaduras dictaron sus propias leyes de impunidad y el poder económico que se nutrió de aquellas, aseguró la continuidad de su dominio, por ello, incluso gobiernos constitucionales elegidos por el voto popular, mantuvieron o dictaron legislación que impide o dificulta el juzgamiento del genocidio.

Ante el dictado de las leyes de impunidad (Obediencia Debida y Punto Final), y los indultos, los organismos de Derechos Humanos y sus abogados recurrieron a los Juicios por la Verdad (que tenían por objeto el derecho a saber el destino de las víctimas), y a los Juicios por Apropriación de Bebés. Asimismo se recurrió a las denuncias ante los organismos internacionales por denegación de justicia en el país.

Con la derogación de las leyes de impunidad, y la declaración de inconstitucionalidad de los indultos, se abrió la posibilidad de realizar los Juicios Penales.

Para la realización de estos juicios se tuvo que tener sumo cuidado en los mecanismos de protección de los testigos, especialmente para con los testigos-víctimas.

La impunidad puede ser definida como *“La falta, en su conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana”*.¹

No cabe duda que nos enfrentamos a un entramado que intenta evitar los juicios contra el poder, un poder que se ha adueñado de la vida y la muerte y que no dudó en recurrir a la utilización de la violencia como método de solución de conflictos para afianzar sus intereses de clase. Es un error confundir los cambios de estrategia, con un presunto abandono de la violencia como método. Del mismo modo que es un error el minimizar las consecuencias económicas y políticas producto del ejercicio de esa violencia.

El poder económico, beneficiario del genocidio, mantiene su estructura en esta etapa en que los países de la región han recuperado la institucionalidad. Ahora acude a nuevas formas para derrocar gobiernos constitucionales, como por ejemplo los golpes blandos.

Bien puede afirmarse que los tradicionales golpes militares son sólo tácticas empleadas por el capital monopólico para preservar o multiplicar su poder. Ejemplo de ello lo constituye la sustitución de las fuerzas armadas por policías para intentar provocar golpes de

1 Corte IDH – Caso de Tribunal Constitucional – sentencia del 31/01/01.

Estado en Ecuador y Venezuela, o el empleo de medios alternativos desestabilizadores, como el fallido intento de los sojeros en Argentina y Bolivia. Lamentablemente el ensayo de “golpe institucional” ha prosperado en Honduras y Paraguay.

Las empresas que monopolizan los medios de comunicación han acompañado tanto a las más sangrientas dictaduras, como a estos procesos destituyentes, legitimando a los gobiernos irregulares en la medida de sus intereses de clase.

Éxitos y debilidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los tribunales internacionales han reaccionado contra los crímenes de masa, poniéndose a la cabeza de los órganos judiciales nacionales en el continente.

Las acciones “in loco” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos² y, especialmente, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como “Barrios Altos”³ contra el Estado de Perú, cuyo criterio resulta aplicable a cualquier otro instituto procesal que pretenda extraer de la justicia a una persona o grupo de personas responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos, se han erigido en barreras contra el Terrorismo de Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así, ha generado jurisprudencia sobre el estrecho vínculo existente entre *las causas penales y el acceso al derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares*.⁴

En la República Argentina, luego de la amnistía e indultos dictados por los gobiernos post dictatoriales, la prolongada lucha de los organismos de Derechos Humanos y el necesario auxilio de un destacado número de abogados abrió paso a una jurisprudencia

2 V.gr: Chile (1974), Argentina (1978)

3 La Corte dispuso que “...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que prendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los Derechos Humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”.

4 Corte IDH – Caso Bárnaca Velázquez – sentencia de 25 de noviembre del 2000; Corte IDH – Caso Velázquez Rodríguez - sentencia del 29 de julio de 1988; Corte IDH – Caso Almonacid Arellano – sentencia del 26 de septiembre de 2006.

que, paulatinamente, reconoció que el derecho a la reparación incluye el tríptico: *memoria-verdad-justicia*.

El Sistema Interamericano no fue ajeno a este desarrollo, indicando a la Argentina que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y deben repararse. En el “Caso Córdoba”, interpuesto por un grupo de víctimas de esa provincia argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), luego de interpelear al Estado, logró que las partes llegaran a un acuerdo amistoso que culminó con la sanción del Decreto 70 del año 1991, que estableciera el derecho a la reparación económica, pese a que los tribunales nacionales habían decretado su prescripción⁵. Ésta es la primera norma jurídica que otorga una reparación económica a las víctimas, también la primera en ser obtenida a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶.

Lo expresado no debe hacernos perder la perspectiva de que la CIDH es un órgano autónomo de la OEA, organismo legitimante de las innumerables intervenciones del imperialismo en la región. Somos conscientes de la crisis de la CIDH, cuyo presupuesto depende del aporte de la OEA⁷, importante regulador de sus decisiones en las que la defensa de las empresas de noticias ocupa un espacio considerable, especialmente a partir de la irrupción de los gobiernos llamados latinoamericanistas o bolivarianos. Hoy, debido a su magro presupuesto, el órgano debate si debiera aceptar donaciones que condicionen su libertad, lo que podría ser el principio del fin.

No obstante estas debilidades, la historia de la CIDH nos mues-

5 El Código Civil argentino establece la prescripción bi-anual para reparar daños y perjuicios. Este tiempo había transcurrido con exceso. En un reciente caso la justicia laboral argentina condenó a una empresa por un despido por causas políticas durante la dictadura declarando que estos casos estaban vinculados al plan sistemático por lo cual, siendo delitos de Lesa Humanidad, la acción de reparación es imprescriptible.

6 La petición a la C.I.D.H. fue elevada en febrero de 1989, las audiencias internacionales celebradas en mayo y octubre de 1990 y febrero de 1991, en la que el Gobierno Argentino y los peticionarios acordaron una fórmula de salida del proceso jurisdiccional. En la sesión 1975 del 83 período de Sesiones, la CIDH aprobó el informe N° 1/93, poniendo fin a la litis por vía del Art. 49 del Pacto de San José (solución amistosa fundada en el respeto a la recuperación de la verdad histórica y de la memoria colectiva).

7 La CIDH y la Corte IDH, en conjunto, tienen sólo un 5% del presupuesto de la OEA.

tra un balance altamente positivo para los pueblos que luchan por su liberación. Por su parte la jurisprudencia de la Corte IDH ha enriquecido la doctrina en materia de Derechos Humanos por encima de la sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de las cortes nacionales.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, instrumento principal de aplicación de los órganos del Sistema Interamericano, ha constituido un importante aporte al desarrollo del derecho de los pueblos en nuestro continente.

1.5. Los juicios de Lesa Humanidad en Argentina en el contexto internacional

En el marco de esta lucha, la Argentina está dando un formidable ejemplo al mundo al estar juzgando el genocidio, desde la famosa Causa 13, de 1984, o Juicio a las Juntas. La Corte Suprema, en fallos de los últimos años, ha sentado la doctrina de que en materia de Derechos Humanos la Corte IDH es el intérprete final de la Convención Americana.

Hoy, pese a que falta un enorme camino a recorrer, con centenas de juicios realizados, con más de 2000 imputados, y más de 600 condenados, miles de casos instruyéndose, lo destacable del caso argentino es que el juzgamiento está a cargo de jueces naturales elegidos por el procedimiento constitucional y respetando el principio de legalidad. Es decir, que no son tribunales especiales, como ha sido el juicio de Núremberg, de la ex Yugoslavia, o Ruanda. Son los tribunales del Estado de Derecho, exigidos por la lucha del pueblo y sus abogados, los que se atrevieron a derrotar la impunidad y dar una respuesta a la memoria colectiva.

Los magistrados, fiscales y abogados querellantes argentinos, en estos últimos 30 años tuvieron que sentarse a estudiar el Derecho Penal Internacional de Derechos Humanos, estando hoy a la vanguardia de una construcción jurídica absolutamente novedosa que busca dar respuesta a los crímenes de masa (al decir de Zaffaroni) y castigar a los miembros de la empresa criminal conjunta (expresión de Roxín).

Los juicios en la República Argentina, en audiencias habilitadas al público en general, se han extendido a lo largo y a lo ancho del país, mostrando el mapa judicial que cada provincia ha concretado o está haciendo, en ocasiones verdaderas megacausas, con centenares de testigos, docenas de víctimas y de imputados, audiencias

orales de diez o más horas que se prolongan por más de medio año. Se dio la situación que no todos los funcionarios judiciales estaban preparados para enfrentar tamaño compromiso y en no pocos lugares se carecía de abogados entrenados.

Es por eso que al principio se intentó formar una Red de Abogados de Derechos Humanos, buscando el intercambio de experiencias y las respuestas a cada planteo de las defensas de los genocidas. Ahora existen felizmente experiencias de encuentros nacionales y regionales de abogados de Derechos Humanos, donde participan también las víctimas.

2. Conclusiones

Desde estos espacios, se puede resumir la experiencia transitada en:

- a. En los juicios debe exponerse claramente la existencia de un plan sistemático y generalizado, en el cual la estructura de poder y mando genera una clara cadena de responsabilidades. El autor mediato no sólo tenía mayor responsabilidad política, sino también de acción típica. Responsabilidad, por otra parte, más fácil de acreditar que la del autor directo.
- b. Uno de los objetivos fundamentales debe ser la celeridad en el desarrollo de los juicios y el respeto por las normas del debido proceso⁸. En este camino pueden utilizarse las pruebas sustanciadas en otros procesos, ya que la existencia del plan y su metodología ha sido reconocida por la Corte Suprema.
- c. El objeto principal de los procesos es la reparación histórica, verdad, memoria, justicia, especialmente el registro en la sociedad de lo que había ocurrido. Para ello es importante arribar a la sentencia condenatoria. No importa tanto el monto de la misma, sino la existencia misma de la sentencia.
- d. Es menester la unificación de los juicios, tratando de realizar procesos universales. Pero también que cada lugar, cada rincón del país tenga su juicio para que la sociedad local sea reparada. Es decir, en cada lugar un juicio, y un juicio en cada lugar.
- e. Los ideólogos y sus cómplices civiles fueron autores mediatos que tuvieron dominio sobre las fuerzas armadas. En la etapa

⁸ Una de las consignas de las Madres de Plaza de Mayo fue “darles a los genocidas el juicio que ellos no les dieron a nuestros hijos”.

actual, el objetivo es la persecución a los empresarios que se beneficiaron con el Terrorismo de Estado, a los capellanes que participaban de las sesiones de torturas, a los jueces y fiscales que garantizaron la impunidad.

- f. El paramilitarismo de los años anteriores al Golpe de Estado no debe quedar impune, pues formaba parte del mismo plan, tal como reconociera en su indagatoria prestada en Córdoba el criminal L. B. Menéndez⁹, Jefe del III Cuerpo del Ejército durante la dictadura.
- g. El dictador ultra-católico Jorge R. Videla, reconoció el importante apoyo de la cúpula eclesiástica al Golpe de Estado y consolidación del gobierno que encabezara. También reconoció que el accionar de las fuerzas armadas necesariamente tenía consecuencias indeseadas en obvia referencia a los botines de guerra¹⁰ y delitos sexuales.
- h. Estas expresiones del principal referente del genocidio no deben dejarse pasar por alto al realizar la imputación, especialmente de los delitos contra la integridad y libertad sexual que, hoy se sabe, ha victimizado a la mayor parte de las mu-

9 En su declaración indagatoria, Menéndez uno de los cuadros de la organización genocida, expresa: "Hace cincuenta años la Argentina fue atacada por subversivos marxistas que por orden y cuenta de la U.R.S.S. y su sucursal americana Cuba, se proponían convertir nuestra República en una dictadura comunista. Frente a esta agresión que se llama Guerra Revolucionaria nuestro país ensayó primero aplicar a los agresores la ley común; ante su fracaso creó la Cámara Federal Penal en el año 1970, que fue disuelta y suprimidas todas sus sentencias en 1973; volvió entonces a la ley común sin resultados; recurrió al terrorismo de Estado con las tres AAA. La subversión desbordó todos estos sistemas, por lo que en el año 1975 la Nación Argentina ordenó a sus Fuerzas Armadas "aniquilar la subversión marxista". Es que la Guerra Revolucionaria es una guerra total ante la cual sólo cabe defenderse con todos los elementos. Y así como el Código Penal no pudo vencer en la guerra, no se pueden encerrar los acontecimientos de una guerra en el Código Penal. Por otra parte este es el primer caso en la historia del mundo en el que los compatriotas juzgan a sus soldados victoriosos, que lucharon y vencieron por y para ellos. Es incomprensible que las instituciones de la República para defender las cuales luchamos y que existen porque triunfamos nosotros, nos juzguen hoy para su regocijo y peor, para beneficio de quienes quisieron y quieren destruir esas instituciones republicanas y cambiarlas por su burdo remedo comunista."

10 Debe aclararse que existían algunas normas que regulaban la forma de tratamiento de los bienes pertenecientes a las personas asesinadas o secuestradas, pero los robos se hacían habitualmente en exceso de estas normativas y con conocimiento de los cuadros superiores.

jes sometidas a encierro o desaparición forzada de manera generalizada y sistemática en todo el continente. Bien puede concluirse de ello que en tanto los victimarios fueron en su mayoría hombres, los crímenes más graves fueron consumados contra mujeres.

Por último, insisto con la propuesta, aprendida en diferentes reuniones de querellantes, que deben ser los abogados militantes en las diversas organizaciones históricas de Derechos Humanos quienes deban abordar las querellas; que se debe contar con un equipo móvil de expertos que se constituya en cada lugar donde se inician los juicios para apoyar a los Equipos locales de abogados y a las víctimas, y luego prestar asistencia en la construcción de los alegatos.¹¹

Los países miembros de América Latina han pasado por situaciones diversas, pero atravesadas por un plan común a toda la región. Un importante aporte de los abogados argentinos debiera ser de fortalecimiento y contribución para aquellos países que están iniciando los juicios por delitos de lesa humanidad, integrando un equipo de expertos que pueda intercambiar experiencias, para que el “Nunca Más” sea una realidad en nuestro continente. Esta asistencia jurídica e intercambio de experiencias sería un formidable aporte en la lucha contra la impunidad en el continente.

11 Los juicios orales suelen durar entre 6 meses y un año. Se ha considerado que la semana de inicio, en la que se dirimen las excepciones previas y se organiza la prueba, y la semana de cierre en que se realizan los alegatos, constituyen los momentos más complejos y definitorios en los procesos orales de Lesa Humanidad.

Fabiana del Valle Díaz

La igualdad y la no discriminación como principio y Derecho Humano fundamental

Introducción

Antes de iniciar el modo en que abordaré el presente trabajo creo necesario desgranar los motivos de la elección del tema del mismo. Hace un año decidí participar del Taller de “Trato adecuado a las Personas con Discapacidad- Acceso a la Justicia” que se dictó en el Poder Judicial Provincial organizado por el Dr. Eduardo José Ramón Llugdar. En este taller, uno de los temas fundamentales es el referido al “Principio de Igualdad y No Discriminación”. Al leer los artículos relacionados me di cuenta que sólo tenía una idea sobre lo que significaba ese principio y que esa noción era totalmente limitada y circunscripta al derecho constitucional nacional. La lectura de las Convenciones, Pactos y Protocolos Internacionales, de las Observaciones formuladas por los Comités Internacionales, en especial, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, precisaron el concepto, contenido y alcance del Principio en el derecho internacional. Pero mi interés aumentó al participar del Curso de Actualización sobre Derechos Humanos, en donde a través del análisis de los fallos y de las Opiniones Consultivas de la Corte Americana conocí la doctrina del tribunal regional, el ámbito de aplicación del artículo 24, su relación con el artículo 1.1 de la Convención y los criterios que permitirán en cada caso saber si estamos en presencia de un trato desigual o una discriminación arbitraria.

¿Y si me preguntan cuál es el fin de este conocimiento?, la respuesta será que ese conocimiento me habilita para cumplir correcta y eficazmente mi función de Secretaria del Poder Judicial, interpretando, adaptando y corrigiendo normas, prácticas y actitudes que en su aplicación resulten discriminatorias. Pero no sólo porque es un deber exigido por las Constituciones Nacional y Provincial y por la misma Convención Americana, conforme la doctrina de la

Corte Americana, sino por mi condición de Persona Humana, titular de los Derechos Humanos y participe de la misma Dignidad, fundamento de este Principio de Igualdad y No Discriminación.

Ahora bien, por eso en este trabajo analizaré los antecedentes, el ámbito de aplicación, el concepto, contenido y alcance del Principio de Igualdad y No Discriminación consagrado en el Artículo 24 y su relación con el Artículo 1.1. Luego los Criterios de Interpretación sobre la Discriminación o Distinción Arbitraria, siguiendo por los fallos de la Corte Interamericana referidos a este Principio y por último, a la noción de la Dignidad Humana, conforme a la Doctrina de la Iglesia Católica.

1 . Antecedentes

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación está consagrado en todas las disposiciones constitucionales de los países del mundo y en la mayoría de los Tratados Internacionales.

Así en nuestra Constitución Nacional, el Artículo 16 reza lo siguiente: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. TODOS SUS HABITANTES SON IGUALES ANTE LA LEY...”*. Asimismo, entre las atribuciones del Congreso, en el Artículo 75 inc. 23 dice: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

En igual sentido nuestra Constitución Provincial en el Artículo 18 establece: *“TODAS LAS PERSONAS SON IGUALES ANTE LA LEY, GOZAN DE LA MISMA DIGNIDAD Y MERECEAN IDENTICO RESPETO.*

La presente Constitución NO ADMITE DISCRIMINACIONES POR RAZONES O SO PRETEXTO DE RAZA, ETNIA, RELIGION, IDEOLOGIA... NI CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA QUE IMPLIQUE DISTINCION, EXCLUSIÓN, RETRACCION O MENOSCABO. La Provincia procurará la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad, impida el pleno desarrollo de la persona y la

efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad. Promueve medidas de acción positiva que garanticen la IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución.....”

En cuanto a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se pueden mencionar: la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás Tratados Internacionales y regionales.

La Corte Interamericana en la *Opinión Consultiva n° 18/03 “Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”*, ha sostenido que este principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los Derechos Humanos tanto en el derecho internacional como en el interno y que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. Dice que hace parte del *jus cogens*, es decir, que es una norma imperativa de derecho internacional general cuya aplicación no depende del acuerdo de los Estados y que no admite disposición en contrario. También ha dicho que es una norma *erga omnes*, que debe impregnar todas las actuaciones del Estado y que genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

Ahora bien, a pesar de que la formulación de este principio parece sencilla, en el sentido de que se debe tratar a los iguales de la misma manera y a los distintos de manera diferente, en la realidad, su aplicación y discernimiento no resulta claro.

Así pues, no resulta fácil dotar de contenido concreto al mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales, porque existen infinidad de semejanzas y diferencias entre las situaciones o las personas que dificultan su aplicación ya que en algunos casos será necesario corregir desigualdades de resultados y oportunidades o bien en otros, será necesario establecer a qué o a quién se debe tratar igual.

Por esto es necesario establecer el ámbito de aplicación, el concepto, contenido y alcance del principio de Igualdad y No Discriminación que surge de los Artículos de la Convención Americana y que ha sido interpretada y precisada por la Corte Americana y los Comités Internacionales a través de los fallos, de las opiniones

consultivas elaboradas a instancias de las consultas de los Estados miembros y las observaciones generales.

Aclarado esto, será necesario precisar qué es un trato discriminatorio y cuáles son los criterios de interpretación que nos permitan descubrir los casos de trato desigual o discriminatorio.

2. Ámbito de aplicación, concepto, contenido y alcance del principio de igualdad y no discriminación

Ámbito de Aplicación

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen este principio a través de dos tipos de cláusulas. La primera consagra la igualdad como una garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades establecidos en los Tratados Internacionales. La segunda establece la igualdad como un derecho independiente que está garantizado en sí mismo y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad. Es decir, en el primer caso, es una cláusula subordinada de igualdad, mientras que en el segundo se trata de una cláusula autónoma.

En este sentido, la Convención Americana establece este principio en dos artículos. El primero, contiene una cláusula subordinada de igualdad, cuando dice: *Artículo 1.1 “Los Estados Partes de 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 índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

El segundo, constituye una cláusula autónoma y dice: *Artículo 24 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.”*

Respecto de estos dos artículos, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 4/84 sobre “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización” dijo respecto al artículo 1.1, “que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado” y que “todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es por se incompatible con la misma”.

Y respecto al artículo 24 estableció que “aunque las nociones no son idénticas, en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De modo que la prohibición de discriminación del artículo 1.1, respecto de los derechos y garantías, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, comprometiéndose los mismos a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”. Según esta Opinión Consultiva, la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. Así, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1 se restringe a los derechos consagrados en la misma Convención, el artículo 24 extiende esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Partes al condenar todo trato discriminatorio de origen legal”. En el caso “Yatama vs. Nicaragua”, la Corte sostuvo que el artículo 24 “no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”. A su vez en el caso “Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela”, la Corte especificó que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna violaría el artículo 24.”

En conclusión, el artículo 24 consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la Convención, por esto genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados y consagra una garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.

Concepto, contenido y alcance

Del análisis del artículo 24 surge que existen dos nociones de igualdad. La primera parte del artículo se refiere a la *“igualdad ante la ley”*, la segunda se refiere a la *“igual protección de la ley sin discriminación”*. Esta última es consecuencia de la primera.

Cada una de estas nociones obedece a distintos momentos históricos de la humanidad. La igualdad ante la ley corresponde a la

noción de igualdad formal prevaleciente durante el siglo XVIII y se basa en la idea de que la ley debe aplicarse a todos los individuos con independencia de sus características. El artículo 16 de nuestra Constitución Nacional es una prueba de ello. A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la *Observación n° 16* dice que “los Estados partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y ante la ley” y que la igualdad ante la ley implica que “los órganos administrativos y jurisdiccionales deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres”. Ahora bien, la noción de igual protección de la ley sin discriminación está relacionado con la idea de extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, como los esclavos, la clase trabajadora, las mujeres, las personas con discapacidad, entre otros.

Sin perjuicio de lo expresado, a pesar de las diversas nociones de igualdad del artículo 24, los términos “igualdad, igual protección y no discriminación” han sido utilizados de manera indistinta en las diversas situaciones o casos que fueron analizados por la doctrina y jurisprudencia internacional. Por esto es dable afirmar que la igualdad es entendida como ausencia de discriminación y que el respeto al principio de no discriminación conduce a una situación de igualdad. En este sentido la Corte Interamericana, en la *Opinión Consultiva 18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”,* fta dicfto que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los Derechos Humanos y que “el elemento de la igualdad será difícil de desligar de la no discriminación”.

En relación con la noción de igualdad la Corte Interamericana ha señalado que esta igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí reconocen a quienes no se consideran incursos en esa situación de inferioridad (cfr. *Opinión Consultiva 04/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”*). Asimismo, reafirma que “No

es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

De esta definición se pueden observar dos elementos: el primero es el reconocimiento de una conexión esencial e inmediata entre la *igualdad y la dignidad humana*; el segundo es que el establecimiento de *privilegios, por un lado y de trato discriminatorio por el otro constituyen las dos formas básicas de vulneración del derecho a la igualdad, en tanto las mismas resultan incompatibles de la dignidad como elemento común al género humano.*

En conclusión, la noción de discriminación ocupa el lugar principal y esencial para comprender la noción de este principio y derecho fundamental de Igualdad ante la Ley e Igual Protección de la Ley. Razón por la cuál es necesario analizar y precisar qué es lo que se entiende por “*Discriminación*”, puesto que ese discernimiento nos permitirá descubrir un trato discriminatorio y por lo tanto violatorio del artículo 24.

3 . Trato igual y no discriminatorio

Hasta ahora ha quedado establecido que la igualdad y la no discriminación son dos caras de la misma moneda. También se ha dicho que la igualdad importa tratar igual a los iguales y distinto a los diferentes. Asimismo, se ha definido a la igualdad como un concepto relacional, porque su estudio parte de la determinación de una relación, característica o elemento común entre dos situaciones, personas o grupos poblacionales; que la igualdad exige el mismo trato para entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales.- Si bien todas estas ideas que en lo teórico resulta claras, en la práctica, en la vida cotidiana y a la hora de determinar qué casos, qué situaciones son iguales y cuáles diferentes se hace difícil su aplicación y diferenciación porque ninguna situación es totalmente igual o diferente.

Para saber determinar o escudriñar el carácter análogo o diferente de las situaciones la Corte Interamericana se ha valido de números fallos en donde han plasmado el concepto de discriminación arbitraria y los criterios de interpretación de las situaciones consideradas trato discriminatorio o distinción arbitraria.

3.1. *Discriminación arbitraria*

Así la Corte ha expuesto que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, es decir, una *distinción carente de justificación objetiva y razonable*. En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 14 del Convenio Europeo establece que todos los derechos deben ser garantizados *“sin distinción alguna”* y que el principio de igualdad de trato es violado si la distinción no tiene una *“justificación objetiva y razonable, es decir, si la distinción es arbitraria”* (cfr. TEDH. Caso “relating to certain aspects of de laws on use of languages in Education in Belgi- um, 23/07/68).

Sin embargo, al analizar el tema de la igualdad y no discriminación es esencial estar consciente del hecho que no todas las distinciones de trato comportan una vulneración del derecho a la igualdad, es decir que, no toda distinción puede ser considerada discriminación. Al respecto la Corte ha expresado que *“no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción puede considerarse ofensiva a la dignidad ftumana”*. Por esto, la Corte ha admitido la legitimidad de algunos tratos diferenciales. Ejemplo de esto es que la Corte ha señalado que un Estado puede otorgar trato distinto a los migrantes documentados de los indocumentados o entre migrantes con los nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los Derechos Humanos. En otras situaciones ha expresado que *“existen desigualdades de ftecto que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que estas situaciones contraríen la justicia. Por el contrario pueden ser un vestículo para realizarlo o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”* (cfr. Opinión Consultiva 04/84).

Lo arriba señalado sucede cuando el Estado debe proteger a ciertos grupos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, que le impide o dificulta el real goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General nº 18 referida a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dice que *“el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados partes adoptar **disposiciones positivas** para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación profibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el cual la situación general de un cierto sector de su población impide u*

*obstaculiza el disfrute de los Derechos Humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se dé un cierto trato preferencial, en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una **diferenciación legítima** con arreglo al Pacto”.*

Ahora bien, si no toda distinción implica discriminación, ¿cuál tratamiento diferente es discriminatorio y violatorio del principio de igualdad?. Este interrogante ha sido contestado por la misma Corte en la *Opinión Consultiva 04/84* en estos términos: *“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de situaciones de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.*

En igual sentido, la Comisión Interamericana ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando: a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue. También ha dicho que una distinción basada en criterios razonables y objetivos persigue un propósito legítimo y emplea medios proporcionales al fin que se busca.

4. Criterios de interpretación de una discriminación arbitraria

Legitimidad del fin perseguido y razonabilidad y proporcionalidad del medio empleado

De la doctrina de la Corte Interamericana y de la Corte Europea arriba expuesta, surge que a los fines de determinar si cierta

diferenciación en el trato es o no discriminatoria, se debe buscar criterios de interpretación que se infieren del mismo análisis de las situaciones en estudio, del fin perseguido por la distinción y de la razonabilidad y proporcionalidad del medio empleado para alcanzar el fin.

Así, en primer lugar se debe evaluar la *legitimidad del fin perseguido por la distinción*. Respecto de este criterio, la Corte ha afirmado que los fines no pueden ser “*arbitrarios, capriciosos, despoticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana*”. Es decir, que la legitimidad de un fin se determina en función de su correspondencia o no con la única e idéntica naturaleza humana. En conclusión, el fin perseguido no debe ser contrario a la Persona Humana.

En segundo lugar, se debe analizar la *relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido*. Esto significa que se debe determinar los perjuicios sufridos por quienes son excluidos de la medida y sopesarlos con la importancia del objetivo perseguido. Así la Corte Europea en el caso contra Bélgica (del 23/07/1968) determinó que “*la ley en cuestión era contraria al artículo*.”

14 del Convenio porque a pesar de perseguir un fin legítimo exigía a quienes querían una educación en francés, sacrificios que resultaban desproporcionados en comparación con la importancia del fin perseguido, como el verse obligados a asistir a colegios por fuera de la región en la que habitaban”. En otro sentido, la doctrina establece que una de las medidas que puede estar acorde con el principio de igualdad serían las que establecen beneficios a favor de quienes se encuentran en una situación desfavorable y que se dirigen a corregir esa desigualdad de facto. Al respecto, en la Opinión Consultiva n° 18/03 sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes, la Corte Interamericana mencionó como ejemplo de distinciones objetivas y razonables “*aquellas basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deben ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran*”. Por último, el Comité de Derechos Humanos en el caso “*Jacobs vs. Bélgica*” fue más preciso en su explicación sobre este criterio. En esta causa un hombre reclamó por una violación a su derecho a la igualdad, en razón de la aplicación de una ley de cupos que buscaba favorecer a las mujeres en el acceso a cargos públicos. Este organismo determinó que la distinción hecha

entre candidatos en función al sexo obedecía a un fin legítimo, *asaber, promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres* en los órganos consultivos del Estado; que el medio empleado era proporcional y razonable y acorde con el objetivo de la ley.

En síntesis, las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho a la igualdad como los demás derechos y principios fundamentales que puedan verse afectados en la decisión. Por eso, las medidas deben ser proporcionales.

Así pues, para que un trato diferenciado sea válido debe tener un propósito legítimo y debe ser proporcional, en el sentido que no implique afectaciones excesivas a otros derechos legalmente protegidos. La proporcionalidad del medio se determina mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); también de su necesidad en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para obtener el fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción y en especial del principio de igualdad.

Criterios prohibidos de distinción

Además de los criterios de interpretación arriba señalados que nos permiten determinar la existencia o no de una distinción arbitraria o discriminatoria, la Convención Americana establece otros *criterios prohibidos de distinción*, los cuales se encuentran mencionados en el artículo 1.1, porque a pesar de que el término *discriminación* contenido en el artículo 24 *ha sido definido como una distinción arbitraria, también se define la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, la propiedad, el nacimiento, o cualquier otra condición social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*. Es decir que, en la definición de *discriminación* están comprendidos los *criterios prohibidos* por el artículo 1.1. Conclusión que es reafirmada por la Corte Interamericana cuando señala que el sentido de

la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado a la *luz de lo que menciona el artículo 1.1.*

La doctrina sostiene que estos criterios prohibidos tienen las siguientes características: a) tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona, como la raza, la convicción religiosa, el sexo, de la cual ella no se puede desprender porque hacen a su naturaleza humana; b) están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación; c) se identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación y d) no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.

Además, debemos decir que no se trata de una enunciación taxativa, cerrada, porque de acuerdo a su texto, además de las categorías, raza, sexo, origen nacional, se agrega “cualquier otra condición social”, lo que permite incluir a otros estándares de Derechos Humanos que en el futuro puedan ser considerados por las Personas Humanas como criterios de discriminación. Un ejemplo de esto, es la discriminación por razón de la discapacidad de una Persona Humana.

En la *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, la Corte Interamericana en materia de discriminación indicó que no son admisibles los tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna Persona por motivos de *género, raza, color, idioma, religión o convicción... O cualquier otra condición social.* Además, el empleo de una calificación basada en estos criterios, denominados sospechosos, exige que el Estado demuestre las razones concretas que condujeron a utilizar estos criterios. Esto significa que se establece una presunción de ilegitimidad de la distinción basada en los mismos. Por lo cual a falta de fundamentación suficiente y adecuada por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la medida no supera el examen de convencionalidad. El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera razonabilidad. Debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin socialmente imperioso y debe justificar por qué es necesario acudir a él para cumplir esos fines.

5 . Fallos de la Corte Interamericana sobre discriminación

Caso de las niñas Yeany Bosico vs. República Dominicana

En la presente causa, la Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con la finalidad de que la Corte declarara la responsabilidad internacional de la República Dominicana por la presunta violación de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) del mismo instrumento convencional, en perjuicio de las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi, en relación con los hechos acaecidos y los derechos violados desde el 25 de marzo de 1999, fecha en que la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

A estas niñas nacidas en la República Dominicana, con ascendencia haitiana, les fue negada la declaración tardía del nacimiento, en razón de no haber presentado la documentación requerida por el Estado. En el proceso la Corte constató que la legislación dominicana exige distintos requisitos para la inscripción del nacimiento según la edad de las menores y que en esta causa el Estado exigió el cumplimiento de requisitos previstos para los mayores de 12 años cuando las niñas Yeany Bosico tenían 10 meses y 12 años. Por esto la Corte dijo que *“bajo la legislación aplicable, las niñas Yeany Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad que pudiera justificar el agravamiento de las exigencias para el registro de su nacimiento. La aplicación a las presuntas víctimas de los requisitos que no les correspondían como menores de 13 años de edad, fue violatoria de la regulación interna sobre la materia y les impuso una carga de prueba desproporcionada e-indevida”* (cfr. párrafo 165). Asimismo, en el párrafo 166 la Corte expresó que *“al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al*

margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos”.

Por esto, la Corte concluyó que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, en tanto no otorgó la nacionalidad a estas niñas “*por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente*” (cfr. párrafo 174).

Para finalizar, cabe decir que quedó claro que a las niñas se les negó el registro por razón de su ascendencia haitiana, fundamento respaldado por diversos informes que constataban la discriminación de los haitianos en República Dominicana.

Caso Yatama vs. Nicaragua

Esta causa se refiere a las condiciones legales que impusieron las leyes electorales de Nicaragua para participar en las elecciones que impidieron a las comunidades indígenas de participar en los procesos electorales. Esto se dio porque el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua dictó una resolución el 15/08/2000 que provocó la exclusión de la participación de los candidatos del partido regional YATAMA del proceso electoral municipal previsto para el 15/11/2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur. A través de esa resolución se aplicó a los candidatos de este partido que representaba a las comunidades indígenas los mismos requisitos para el resto de los ciudadanos, sin tener en cuenta las particularidades y costumbres de las poblaciones indígenas. Así se les exigía que las agrupaciones indígenas tenían que constituirse como partidos políticos y presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de circunscripción territorial. Ante esto, la Corte expresó que el Estado no justificó que la medida atendiera a un “propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo” y que “constituía una restricción desproporcionada” que implicaba un límite innecesario al derecho a ser elegido” de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas. En este caso la Corte explicó y estableció los parámetros que se debía tener en cuenta para analizar cómo el Estado debía efectuar la reglamentación de los derechos políticos, en condiciones de igualdad y sin discriminación. Así dijo que el Estado debe garantizar el ejercicio de los derechos políticos, no solo en condiciones de igualdad formal sino de igualdad real, teniendo en cuenta la situación de debilidad y vulnerabilidad de algunos grupos sociales. Para esto

dijo que había que tener en cuenta que las víctimas de este caso, representaban a personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica Nicaragüense, quienes se regían por sus leyes, costumbres y formas de organización que los distinguían del resto de la población y que los hacía vulnerables. El hecho de haberlos obligado a formar partidos políticos para participar en las elecciones, organización que no es una forma de representación conocida para ellos, implicó una discriminación y una violación a las normas internas de Nicaragua, en especial su Constitución, que exige que el Estado nicaragüense debe respetar la forma de organización de estas Comunidades del Atlántico.

Caso Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela

En este caso la Corte se pronunció sobre la situación de tres de los cinco magistrados de una Corte de Venezuela que fueron destituidos en un proceso disciplinario por haber dictado una sentencia frente a la cual se declaró la existencia de error inexcusable. Si bien la decisión fue adoptada unánimemente y todos fueron sometido al proceso disciplinario, solo tres fueron sancionados con la destitución, ya que las otras magistradas habían cumplido con los requisitos de la jubilación. Se basaron en una doctrina de la sala constitucional que les impedía imponer la destitución, a fin de resguardar el derecho a la jubilación. Al respecto, la Corte analizó las tres peticiones planteadas por los peticionarios, es decir por los magistrados destituidos diferenciando la cuestión en tres ítems: a) *¿existía discriminación en la sanción de destitución?*: sobre esto, indicó que *“la cuestión que se plantea entonces es si el cumplimiento de los requisitos de la jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma”*. A esto dijo que *“la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de las funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución”* (cfr. párrafo 196). Asimismo, entendió que los cinco magistrados debían considerarse *“idénticamente situados frente al proceso disciplinario. Sin embargo el tribunal no tiene competencia para decidir si procedía o no la mencionada sanción y a quién tenía que aplicarse. Por esto, no es posible afirmar que el derecho consagrado en el artículo 24 permita a las víctimas exigir una sanción idéntica a la propia en contra de las otras magistradas”*, por lo cual, concluyó que no existió violación del artículo 24. La

otra cuestión fue *¿existía discriminación en el acceso a nuevos cargos en el Poder Judicial respecto de los peticionarios?*: Sobre esto la Corte dijo que es verdad que los peticionarios no pudieron acceder a nuevos cargos en el Poder Judicial como si lo hicieron las otras magistradas en razón de haber sido sometidos al proceso disciplinario que dio lugar a la sanción de la misma naturaleza. Pero había que analizar si esta situación constituyó una violación del Artículo 23.1 c) de la Convención. Al respecto dijo que “*dicfto artículo no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a ftacerlo en “condiciones generales de igualdad”*. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “*los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos*” y que “*las personas no sean objeto de discriminación*” en el ejercicio de este derecho. En este caso, los criterios que impidieron el acceso al Poder Judicial de los tres magistrados cumplían con estos estándares, puesto que el proftibir el reingreso a la función pública a quienes ftan sido destituidos es un requisito objetivo y razonable que tiene como fin el garantizar el correcto desempeño del Poder Judicial. Tampoco puede considerarse como discriminatorio, por sí mismo, el permitir el reingreso de quienes ftan accedido a jubilación. Dado que la Corte ya indicó que no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse (*supra párr. 200*), tampoco puede analizar las consecuencias que dicfta situación ftubiere generado. Por lo tanto, en el presente caso, en cuanto al acceso a nuevos cargos al Poder Judicial, la Corte no encuentra discriminación alguna ni en el acto normativo que lo regula, ni en el acto que lo ejecutó. En consecuencia, los fteftos sub iudice no se consideran violatorios del artículo 23.1.c de la Convención” (*cfr. Párrafos 205 y 206*). Por último, la tercera cuestión fue *¿existía discriminación en la aplicación de la ley procesal?* Al respecto la Corte señaló que las peticiones de los representantes no debían ser analizados bajo la órbita del artículo 24 sino la del artículo 1.1.. En ese momento la Corte estableció el ámbito de aplicación de estos artículos, tal cual ya fuera reseñado en el acápite correspondiente de este trabajo. Así entendió que en virtud de que los alegatos de las víctimas comprendían una supuesta discriminación en la garantía judicial de ser oído dentro de un plazo razonable, el asunto debía analizarse bajo los artículos y 8.1 de la Convención.

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile

Este caso se refiere a la remoción de la custodia (tuición) de las hijas de la Señora Karen Atala y el otorgamiento de la custodia provisional a su padre, motivada por la orientación sexual de la madre y su convivencia con una pareja del mismo sexo. También la Corte se expidió sobre un proceso disciplinario contra la Señora Atala por su condición de jueza y en el que se agregó prueba relacionada con su orientación sexual.

En el proceso la Corte primero identificó cuál era el fin perseguido con la remoción de la custodia de las niñas. Según ella el fin perseguido fue la *“protección del interés superior de las niñas”* e indicó que éste es un fin legítimo. Pero a pesar de la legitimidad de este fin, la Corte dijo que no hubo una adecuación entre el logro del fin y el medio que usaron para alcanzarlo, esto es, la remoción de la tuición de las niñas en razón de la orientación sexual de su madre. Según la Corte, la sola referencia a ese fin, sin que se pruebe, en concreto, los daños que la orientación sexual de la madre podía provocarles a las niñas, no era una medida idónea para restringir el ejercicio de los Derechos Humanos de esta Persona. Esto quiere decir que los tribunales chilenos no determinaron ni precisaron cuáles eran esos perjuicios causados a las Niñas por la orientación sexual de la Señora Atala o cuáles eran esas afectaciones que dañaban el *“interés superior del niño”*. Y fue más explícita cuando dijo que *“no son admisibles consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas ftomosexuales o el impacto que estos presuntamente pueden tener en las niñas y niños”*. A esta conclusión se llegó luego de que la Corte analizara los dichos de los magistrados de la Corte de Chile, a los cuales los consideró prejuiciosos y de establecer que la *“orientación sexual”* de una Persona constituye un criterio de discriminación previsto en el Artículo 1.1 de la Convención Americana.

Ahora bien, en relación al proceso disciplinario seguido a la Señora Atala, la Corte dijo que no sabía cuál era el fin perseguido que justificara la indagación de la orientación sexual de la víctima, pero que si era el de proteger la *“imagen del poder judicial”*, era un fin ilegítimo y que por lo tanto no podía justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Asimismo, estableció que la orientación sexual no puede constituir fundamento para iniciar un proceso disciplinario porque no había relación alguna entre el

correcto desempeño del cargo por parte de la persona y su orientación sexual.

6. La dignidad humana según el cristianismo y la Iglesia Católica

Cuando se habló en este trabajo sobre la discriminación arbitraria y los criterios de distinción, se expuso, de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana que la noción de igualdad se desprende directamente de la *“unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona”*. Asimismo, que todo tratamiento diferente no debe ser contrario *“a su única e idéntica naturaleza humana”*.

Al leer esto que, si bien la suscripta lo sabía, surgió la inquietud de averiguar *qué es la unidad de naturaleza humana y que es la dignidad humana desde el punto de vista del cristianismo y de la Iglesia Católica* porque esa es la religión que profeso y porque creo y sostengo que es esa profesión de fe la que durante mi vida me ha permitido encarar cada una de las actividades que realizo sin dejar de respetar las distintas creencias de las personas que viven y trabajan con la suscripta y sin desconocer las distintas definiciones que las ciencias, la filosofía y la moral han dado sobre la Persona Humana y su Dignidad.

Así se puede decir que en la doctrina el concepto de dignidad humana fue mencionado por Kant (en el año 1785) de la siguiente manera: *“El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la ftumanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”*. O bien decir que en su etimología la palabra *“dignidad”* deriva del latín *“dignitas”*, que significa *‘excelencia, nobleza, valor’*, por lo que digno es lo que tiene valor y merece respeto. En otras palabras, podemos definir a la dignidad humana como un valor interno e indiscutible que le corresponde al hombre en razón de su ser, por su sola condición humana, una cualidad intrínseca e innata al ser humano.

En el mismo sentido, Roberto Adorno en su artículo *“Bioética y dignidad de la persona”* expone que *“La dignidad intrínseca se refiere al valor que posee todo ser humano en virtud de su mera condición humana, sin que ninguna cualidad adicional sea exigible.*

Se trata de un valor que está indisolublemente ligado al propio ser de la persona y por ello es el mismo para todos y no admite grados. En este sentido, todo ser humano, aun el peor de los criminales, es un ser digno y, por tanto, no puede bajo ninguna circunstancia, ser sometido a tratamientos degradantes o inhumanos, como la tortura o la esclavitud". También afirma Dorando Michelini que "el concepto de dignidad humana remite al valor único, insustituible e intransferible de toda persona humana, con independencia de su situación económica y social, de la edad, del sexo, de la religión, etcétera, y al respeto absoluto que ella merece".

Ahora bien, ¿qué dice el Cristianismo y la Iglesia Católica sobre el Hombre, la Persona Humana y su Dignidad inherente?. Para responder a este interrogante me remití a leer el texto del Concilio Vaticano II, que en su Capítulo I habla sobre la Dignidad Humana. Así este documento nos dice que es cierto que todos los bienes de la tierra deben ordenarse en función del Hombre porque él es el centro y cima de todos ellos. Pero ¿quién es el Hombre para que esto deba ser así? ¿qué es el Hombre?, ¿cuál es su naturaleza e importancia? Respondiendo estos interrogantes nos dice que según la Biblia el Hombre ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza y que por Dios fue constituido señor de la entera creación visible para gobernarla y usarla para sí glorificando a Dios. Que fue hecho varón y mujer, siendo ésta la primera comunión de personas humanas, por esto se afirma que el hombre es un "*ser social*". También expresa que el hombre es una unidad de cuerpo y alma, que tiene una inteligencia que lo hace superior al universo material, la cual se perfecciona por medio de la Sabiduría que le da Dios a través del Espíritu Santo que le permite ver su realidad temporal y a su vez trascendente porque toda su vida y toda su acción está encaminada a alcanzar la perfección que se encuentra en Dios su Creador.

Asimismo, el cristianismo afirma que en la conciencia del hombre existe una ley que le dice que debe hacer el bien y no el mal, que en la obediencia a esa ley consiste la dignidad humana. Que la fidelidad a esa conciencia lo une a los demás hombres para buscar la verdad y resolver con acierto los numerosos problemas que se le presentan. Pero la obediencia a esa ley interior deber ser libre, es decir, que el hombre debe buscar su bien y el de los demás hombres movido por su convicción personal y despojado de sus pasiones. Pero este hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, es también hermano de los otros hombres no solo por su misma naturaleza hu-

mana sino por su naturaleza divina que fue rescatada por Jesucristo, Hijo de Dios, quien se hizo hombre para poder restaurar la filiación divina que fuera destruida por el pecado. Por esto participó de toda la vida social de su tiempo, sometiéndose voluntariamente a las leyes de su patria, pero también re dignificando las instituciones políticas y sociales a través de la instauración de un nuevo Reino basado en el Amor a Dios y al prójimo, por ser este último hijo de Dios y hermano suyo.

Ahora bien, al hablar sobre la igualdad entre los hombre nos dice que esta *igualdad se fundamenta en su misma naturaleza y origen, es decir, porque el Hombre es un Ser dotado de alma racional y creado a imagen de Dios y porque redimido por Cristo disfruta de la misma vocación e idéntico destino.*

Por último, hace la siguiente afirmación: *“Es evidente que no todos los ftombres son iguales en lo que toca a la capacidad física y a las cualidades intelectuales y morales. Sin embargo, toda forma de discriminación en los derecftos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión debe ser vencida y eliminada por ser contraria al plan divino. En verdad es lamentable que los derecftos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se le niega a la mujer el derecfto a escoger libremente esposo y de abrazar el estado de vida que prefiera o se le impide tener acceso a la educación y a una cultura iguales a las que se conceden al ftombre. Más aún, aunque existen desigualdades justas entre los ftombres, la igual dignidad de la persona exige que se llegue a una situación social más ftumana y más justa...”* y esta exhortación: *“Las instituciones ftumanas, privadas o públicas, esfuércense por ponerse al servicio de la dignidad y del fin del ftombre. Lucften con energía contra cualquier esclavitud social o política y respeten, bajo cualquier régimen político, los derecftos fundamentales del ftombre”.*

7. Conclusiones

Habiendo finalizado el desarrollo del presente trabajo, la suscripta considera que ha podido dimensionar y entender el concepto, aplicación y la importancia de este Principio y Derecho Humano fundamental de Igualdad y No Discriminación. La igualdad

ante la ley, la igual protección ante la ley y la no discriminación son dos caras de la misma moneda. Descubrir las situaciones de trato discriminatorio o de discriminación arbitraria permiten al operador jurídico sancionar esos actos, normas o actitudes contrarias al Principio y Derecho Humano Fundamental de Igualdad y No Discriminación, así como elaborar nuevas normas o disposiciones que se adecuen con este Principio y hasta reformular prácticas y tratos desiguales y discriminatorios en la vida social y judicial.

La Convención Americana, los fallos, doctrina, las observaciones generales y las opiniones consultivas de la Corte Americana o de los Comités Internacionales establecen los criterios de interpretación para descubrir las diferenciaciones o tratamientos legítimos o bien las distinciones arbitrarias porque se basan en fines que son contrarios a la *“razón, a la justicia o que persigan fines arbitrarios, despóticos, capriciosos, fines que en suma, son contrarios a la unidad y dignidad de la naturaleza humana”*. Asimismo, en ese distinto tratamiento se debe analizar *la relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido*. Es decir, *las razones legítimas para fundar estas diferencias de trato deben procurar, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho a la igualdad como los demás derechos y principios fundamentales que pueden verse afectados en la decisión o en la norma. Por eso las medidas deben ser proporcionales*.

Sin embargo, los criterios de interpretación arriba señalados no son los únicos para discernir o fundar un trato distinto. La Convención en el artículo 1.1. enumera los criterios prohibidos de distinción. Así pues, toda norma, situación, actitud o resolución que tenga como fundamento algunos de estos criterios sospechosos, como la raza, el idioma, la opinión política, el sexo, la orientación sexual, la enfermedad de una Persona Humana será siempre considerada discriminatoria porque atenta contra la Naturaleza y Dignidad Humana.

De este trabajo también surge el ámbito de aplicación del artículo 24 y la del Artículo 1.1., pero su interpretación y comprensión debe ser realizada de manera integral y orgánica, a los fines de garantizar a las Personas Humanas el efectivo, y en condiciones de igualdad, de todos los Derechos Humanos consagrados en la Convención y en particular el de Igualdad y No Discriminación.

Por último, tal cual ya lo dije en este trabajo, el fundamento, la razón de ser y existir de este Principio y Derecho Humano es la

Unidad de Naturaleza y Dignidad Humana, que para la suscripta está fundada en el origen del Hombre, Hijo de Dios, ftecto a su imagen y semejanza. Un ser que tiene cuerpo y alma, con una inteligencia y sabiduría que viene de su Creador. Naturaleza humana y divina que lo hace hermano de los otros hombres y por lo tanto obligado, por su conciencia natural, religiosa y moral de respetar al otro y a sus Derechos Humanos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Concilio Vaticano II, 50 Años Después.* (2012). Editorial Santa María, Ágape Libros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1984). *Opinión Consultiva N° 04/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la Naturalización,* solicitada por el Gobierno de Costa Rica del 19/01/84, extraída de internet.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva n° 18/03, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos del 17/09/03, extraída de internet.
- Dulitzky, A. E. (2003). *El Principio de Igualdad y No Discriminación: Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana,* extraído de la página del Curso de Actualización en Derechos Humanos dictado por el Dr. Eduardo José Ramón Llugdar.
- Internacional Bar Association. (2010). *Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia: Un manual de Derechos Humanos para Jueces, Fiscales y Abogados. Parte 2, Capítulo 13: El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación en la Administración de Justicia, Londres,* extraído de Internet el 06/09/2015.
- Observación General N° 16. *La Igualdad de los derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.* Extraída de internet.
- Observación General N° 18. *No Discriminación.* Extraída de internet.
- Steiner, C. & Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Konrad-Adenauer-Stiftung.

Marcela Verónica Rocca

La expropiación como limitación al Derecho de Propiedad Privada en el SEDH y el SIDH

Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XX se han venido desarrollando y consolidando, progresivamente, los llamados sistemas de protección de Derechos Humanos, denominación atribuida específicamente al Sistema Europeo y al Sistema Interamericano. Se entiende por sistema de protección la suma de instrumentos internacionales que consagran determinados Derechos Humanos con el conjunto de organismos supranacionales encargados de vigilar y asegurar el cumplimiento de los mismos

En este marco, el derecho de propiedad como Derecho Humano fue conformado por dos aristas principales: la primera como ese grupo de cosas necesarias en términos razonables para el desarrollo del sujeto; mientras que la segunda como el producto del trabajo personal e intelectual de la persona, es decir las cosas materiales o inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas. Esta categoría de Derecho Humano se refiere a derechos que hacen a la dignidad humana y cuyo respeto está íntimamente relacionado con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida¹.

Se trata de un núcleo vital de relaciones que no pueden ser alteradas legítimamente por ningún tercero. En base a ello, la legitimidad de una medida pública está dada por el respeto de éste núcleo de derechos, a partir de los cuales todos los seres humanos pueden, potencialmente alcanzar sus expectativas. El derecho de propiedad debe ser considerado parte de esta categoría en la medida que es un medio para realizar ese proyecto de vida.

1 Del voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo y reparaciones del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni-pto 4.

De este concepto sin duda se desprende, que el derecho a la propiedad privada es de vital importancia en las sociedades actuales. La propiedad ha acompañado al desarrollo de lo que conocemos como Estados de Derecho, pero al mismo tiempo se enfrenta a las necesidades que pueda demandar la sociedad y que puede significar una facultad del Estado para administrar su supremacía sobre los particulares propietarios para dar respuesta a esas demandas.

Aplicando los conocimientos alcanzados en el presente curso sumados a los adquiridos en la videoconferencia sobre *“El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y su Paralelismo en el Sistema Interamericano”* brindada por LLM Antonio Morelli se enfocará este análisis en la práctica forense de los dos sistemas de protección de Derechos Humanos el TEDH y pero particularmente el de la CoIDH.

El Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH (*Protección de la propiedad*) reza:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.”

A su turno el Artículo 21 de la CADH dispone (*Derecho a la Propiedad Privada*):

- “01. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del ftiombre por el ftiombre, deben ser proftibidas por la ley.”*

De la lectura de ambos artículos se observa que difieren en la forma de definir el título del derecho, aunque no en el concepto, ya que ambos se refieren a la misma noción de propiedad privada tal cual es entendida hoy en día. Como se observa el contenido de ambos derechos es muy similar. Adquiere relevancia el hecho de que

el artículo del CEDH no cita la indemnización. En cuanto al tercer punto del artículo 21, expone un contenido bastante abstracto que más podríamos considerar un principio de orden social. Prohíbe la usura y la explotación del hombre sobre el hombre e interpele a los Estados a tenerlo en cuenta a la hora de legislar.

1 . Alcance del Derecho a la Propiedad Privada

Tanto el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH como el artículo 21 de la CADH reconocen el derecho a la propiedad y ambos se traducen en la protección de la posesión de los *bienes* de las personas y el uso y disfrute de éstos.

Según la jurisprudencia del TEDH, el artículo 1 del Protocolo núm. 1 contiene tres normas distintas: (1) la primera es el principio de respeto a la propiedad, que es enunciado en la primera frase del primer apartado y reviste carácter general (“*Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes*”); (2) la segunda, contenida en la segunda frase del mismo apartado, se refiere a la privación de la propiedad y la somete a determinadas condiciones (“*Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional*”); y (3) la tercera, contenida en el segundo apartado, reconoce a los Estados el poder de regular el uso de los bienes de conformidad con el interés general (“*Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas*”). Considera que las tres normas están interrelacionadas y que la segunda y la tercera, que son casos concretos de afcción al derecho a la propiedad, deben interpretarse a la luz del principio general consagrado en la primera. Es un derecho que no goza de un carácter ni mucho menos absoluto, sino que puede ser limitado o restringido por el Estado, aunque siempre supeditado a una causa de *utilidad pública* o *interés general*.

La jurisprudencia de la CoIDH interpreta el derecho a la propiedad de forma muy similar, estableciendo tres normas en esencia iguales, y añadiendo una cuarta norma: el primer punto del artículo 21 enuncia (1) que “*toda persona tiene derecho al uso y goce de*

sus bienes”, lo cual equivale al principio de respeto de la propiedad, y (2) que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”; el segundo punto enuncia (3) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones “de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” y (4) que dicha privación se hará “mediante el pago de una indemnización justa”. Esta última norma es una obligación inherente al segundo párrafo del artículo 21. En este punto es donde existe mayor divergencia con el artículo 1 P. 1 del CEDH. Obliga al Estado a pagar una indemnización en todos los casos de privación de la propiedad.

Asimismo se advierte que ambos artículos hacen referencia al concepto de *bienes* en vez del concepto de *propiedad*. Consideran que los bienes serán aquellos valores, materiales o no, que están incorporados y forman parte del patrimonio de una persona. En muchas ocasiones emplean ambos términos (*bienes* y *propiedad*) indistintamente.

En cuanto a la CoIDH, en su jurisprudencia ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que sirve como base sólida a la hora de catalogar qué es o qué no es un *bien* dentro del sistema interamericano. Los bienes son, según la CoIDH, tanto cosas materiales apropiables como objetos intangibles, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Dentro de este concepto se engloba lo que la CoIDH ha denominado *derechos adquiridos*, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Los *derechos adquiridos* serán aquellos que, aunque no son bienes actuales de la persona, sí forman parte de su patrimonio al haberse consolidado en cumplimiento de la legislación interna. Aunque son bienes intangibles, sí son determinables; por lo tanto, y en aplicación del principio de irretroactividad de la ley, no podrán ser modificados o restringidos por ninguna acción jurídica posterior a haber sido adquiridos.

Resulta de especial relevancia los sujetos a los que se les reconoce como destinatario de la protección o tutela. Ello en relación que tanto el CEDH, como el TEDH le otorgan legitimación como peticionario a la Persona Jurídica o de existencia ideal.

En el caso de la CADH las personas jurídicas no han sido reconocidas expresamente en el enunciado del artículo, sin embar-

go, según la CoIDH esto no restringe la posibilidad de que, ante determinados supuestos, el individuo pueda solicitar la protección del derecho a la propiedad privada a través de una “figura o ficción jurídica creada por el sistema de Derecho”, es decir, a través de una persona jurídica, como es el caso de los accionistas de una empresa. Argumenta que, en general, los derechos y obligaciones atribuidos a personas jurídicas van a resultar en derechos y obligaciones para las personas físicas (individuales) que las componen y que actúan en su nombre o representación², los que ejercerán sus derechos individuales de forma mediata e indirecta. En particular el tema fue tratado en la O.C. N-22/16 (solicitada por la República de Panamá) donde la CoIDH concluye que de una interpretación del artículo de la Convención Americana, de buena fe, acorde con el sentido natural de los términos empleados en la Convención y teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la misma, se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano. Sin embargo ha reiterado que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de ellas pueda acudir al sistema interamericano para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.

A pesar de no ser materia de análisis en el presente trabajo final el derecho comunitario o colectivo, no es de soslayar su importancia en el marco del derecho propiedad, sumado al hecho que la CoIDH se ha convertido en referencia internacional de la defensa de los Derechos Humanos de los indígenas en general y del derecho a la propiedad comunal indígena en particular.

En base a ello ha desarrollado una jurisprudencia que sitúa a los territorios indígenas bajo el amparo del artículo 21 apoyándose sobre tres reglas de interpretación: (1) carácter evolutivo de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, (2) sentido autónomo de dichos instrumentos, que no pueden ser

2 CoIDH, Caso Cantos Vs. Argentina (Excepciones Preliminares). Sentencia de 7 de septiembre de 2001.

equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno, y (3) principio pro homine, reflejado en el artículo 29.b de la CADH, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos. Así, tomando en consideración estas normas de interpretación, concluyó que el derecho a la propiedad comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.

En otras sentencias la CoIDH se adecuó al sistema dentro del cual se inscribe (tanto a ordenamientos internos como internacionales) y, en un ejercicio de interpretar la CADH a la luz de los instrumentos internacionales en los cuales los países son parte, acudió en varias ocasiones al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, concretamente a los artículos 13 –“los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”– y 14 –“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. De acuerdo a estos criterios interpretativos la CoIDH fta establecido que el artículo 21 protege la propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”. Un elemento característico del derecho comunal indígena es su reconocimiento como derecho colectivo, cuyo ejercicio corresponderá a la comunidad en su conjunto, aunque los beneficiarios finales sean cada uno de los individuos pertenecientes a la comunidad.

Esta “relación especial” (así es como lo define la CoIDH) de las comunidades indígenas con sus territorios va más allá de la posesión y la producción; comprende elementos culturales, de integridad e incluso espirituales. El disfrute de los territorios es una condición esencial para asegurar la vida individual de los miembros de la comunidad y la supervivencia de la comunidad como tal. Por un lado, la tierra es el medio de subsistencia primario de los indígenas al ser grupos comúnmente cazadores, pescadores o recolectores y por ofrecerle los recursos materiales empleados tradicionalmente por la comunidad.

Por otro lado, es signo de su identidad cultural que han transmitido de generación en generación, que les diferencia de la sociedad

nacional y que debe ser respetada acorde con el artículo 1 de la CADH. Asimismo es un derecho peculiar porque, por un lado, su protección es condición para garantizar otros derechos protegidos por la CADH, como los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la salud y a la libre circulación y residencia. Asimismo, el derecho a la propiedad privada genera otros derechos no recogidos en la CADH pero sí reconocidos por la CoIDH como inherentes a éste, tales como los derechos de consulta o a la identidad cultural.

La interpretación evolutiva de la CoIDH ha hecho extensivo a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad privada. El mismo concepto de propiedad privada interpretado del artículo 21 visto anteriormente es aplicable a la propiedad indígena, esto es, un derecho que integra todos los bienes materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de la persona, comprendiendo todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor; cobrando especial relevancia estos últimos, y caracterizado por el carácter predominantemente colectivo de los bienes. Este concepto si bien no responde al concepto tradicional de propiedad, sí lo hace respecto a la necesidad de protección de comunidades y pueblos cuyos vínculos con sus tierras ancestrales garantizan la supervivencia de su identidad cultural. Uno de los elementos más representativos citado por la CoIDH a la hora de ponderar el derecho, y que le confiere tal dimensión, es el que no se debe afrontar el derecho de propiedad indígena desde una visión de productividad. Este criterio trasluce a lo largo de toda la jurisprudencia sobre la propiedad comunal indígena.

2. Limitación y restricción del Derecho a la Propiedad Privada

El derecho de propiedad es un derecho que puede ser subordinado, es decir que está sujeto a la dependencia de otro derecho o principio. En este caso, se refiere a que la ley puede relativizar este derecho en pos del interés social.

Efectivamente, uno de los elementos más representativos que se desprende de los artículos de ambos sistemas supranacionales es que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, como tal, acepta limitaciones, aunque sometidas a ciertos requisitos. Re-

quisitos a los que se deben adecuar tanto, por un lado, las medidas de control del uso y disfrute o de regulación de la propiedad como, por otro, las medidas de privación o expropiación del bien.

A la hora de considerar una posible restricción del derecho a la propiedad, el TEDH se encarga en primer lugar de determinar si ha existido una injerencia en la propiedad del demandante. Para ello dilucida si el hecho ha supuesto o no un control o una privación de la propiedad. Para tomar una decisión a este respecto, tiene en cuenta el objeto final de la medida y trata de enmarcarla en alguna de las tres normas que conocimos anteriormente y que son intrínsecas al artículo 1. Si bien clasifica el objeto de la injerencia, el resultado va a ser siempre el mismo: la vulneración de la primera norma, es decir, el respeto pacífico de los bienes. Las condiciones requeridas para que esa injerencia no vulnere el CEDH también van a ser en lo sustancial las mismas, independientemente del tipo de conducta.

La CoIDH, por su parte, también analiza si ha habido una injerencia y su objeto, limitándose (en la mayoría de los casos) a determinar si ha existido una privación o un control del uso.

Cuando la injerencia tiene por objetivo la desposesión del bien, el TEDH lo analiza desde la regla extraída de la segunda frase del primer apartado del artículo 1, esto es, como una privación de la propiedad, definida por Barcelona Llop como “*la pérdida efectiva del poder de disposición sobre el bien*”. Considera que “si la injerencia provoca únicamente la merma de algunas de las facultades características del dominio o un menoscabo patrimonial importante, pero el interesado ha podido vender el bien, o utilizarlo de algún modo, o arrendarlo, o donarlo, o hipotecarlo, etc., el Tribunal no

aprecia la existencia de una privación”. El TEDH considera en su jurisprudencia que a la hora de pronunciarse sobre la situación real no sólo debe analizar si ha habido una expropiación formal sino que, tomando todos los hechos en su conjunto, debe hallar si ha habido una expropiación *de facto*. Concretamente, dice que “*debe ir más allá de las apariencias y constatar la realidad de la situación*”³.

La CoIDH se pronuncia de forma casi idéntica a la hora de precisar si alguien ha sido privado de sus bienes. Afirma que el examen no se debe limitar a comprobar si hubo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe ir más allá de la apariencia y

3 TEDH Sporröng y Lónnroth c. Suecia, 23/9/1982, ap. 63, series A, núm. 52.

comprobar “*cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada*”⁴. Así, se puede llegar a la conclusión que detrás de lo que aparentemente es un control del uso de la propiedad, en realidad es una expropiación *de facto*, que en el caso de la CADH se sitúa dentro del punto 2 del artículo 21. Las garantías ante una expropiación formal y una de hecho no diferirán. Por otro lado, el TEDH reitera en varias ocasiones que la pérdida de la posesión del bien no siempre es una privación, sino que puede ser un control del uso.

Como se ha señalado, las tres normas del artículo 1 se encuentran interrelacionadas. Tanto la regulación del uso como la expropiación de la propiedad conllevan la vulneración del principio de disfrute de la propiedad, y en ambos casos los principios aplicables por parte del TEDH van a ser similares.

El TEDH ha insistido en su jurisprudencia que el derecho a la propiedad requiere medidas positivas por parte de las autoridades públicas. Concretamente, en el *asunto Broniowski c. Polonia*, declaró que “*las obligaciones positivas que se derivan del artículo 1 pueden suponer para el Estado medidas necesarias para proteger el derecho a la propiedad*”⁵. Estas medidas serán necesarias allí donde el particular legítimamente las espere como medio necesario para garantizar el disfrute de su propiedad privada. Afirma que los principios aplicables para justificar tanto una injerencia como una obligación positiva no difieren sustancialmente. Considera que estas obligaciones incumben incluso en los casos de relaciones entre personas privadas, como puede ser la función de garantizar las normas procesales en un conflicto de deuda entre particulares. Del mismo modo, el TEDH remarca que el Estado no puede eludir responsabilidad trasladándola a personas privadas. Así, cuando la conducta sea causada por un particular, se debe comprobar si el Estado tendría alguna obligación atribuible por el artículo 1.

Aunque la CoIDH no hace referencia de forma directa a esta noción de obligaciones positivas, en su jurisprudencia sí se puede apreciar esta exigencia al castigar, por ejemplo, que las autoridades no ejecutaran una sentencia emitida por los tribunales internos en el *caso Cinco Pensionistas c. Perú*, o que el Estado permitiera con su aquiescencia la incursión de un grupo paramilitar que destruyó

4 CoIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Fondo y Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 124.

5 TEDH, Broniowski c. Polonia (GS), núm. 31443/96, ap. 143,2004-V.

las propiedades de los pobladores de una aldea, en el caso *Masacres de Ituango c. Colombia*.

Una vez que se ha constatado la injerencia, ambos tribunales comprobarán si ésta se ajusta a lo establecido en el derecho a la propiedad. El TEDH considera que para que la injerencia sea compatible con la norma general enunciada en la primera frase del artículo 1 debe guardar un *justo equilibrio* entre el interés general perseguido y el derecho a la propiedad privada en cuestión. Además, la injerencia debe respetar el principio de legalidad y no ser arbitraria. Considera que la exigencia del justo equilibrio está reflejado en la estructura del artículo visto en su totalidad y que engloba a las demás normas.

La CoIDH, por su parte, sostiene que se podrá restringir el derecho a la propiedad siempre que las restricciones hayan sido previamente establecidas por ley, sean necesarias, proporcionales y tengan el fin de lograr un objetivo legítimo. Para el caso concreto en que haya habido una privación de la propiedad, considera que la injerencia debe fundarse en razones de utilidad pública o interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y adecuarse la ley, es decir, respetar los requisitos del 21.2.

Como se observa, en ambos sistemas se marcan unas exigencias similares. Y para determinar si la restricción al derecho a la propiedad ha cumplido esas condiciones ambos tribunales suelen seguir un esquema similar, aunque adaptándose al caso concreto; a saber: **(1)** si la medida que ha significado la restricción ha sido legal, **(2)** si ha perseguido un fin legítimo y **(3)** si ha sido proporcional

Legalidad

El requisito de legalidad es el primero a tener en cuenta a la hora de valorar una injerencia en el derecho a la propiedad y adquiere una relevancia principal. Que la injerencia se adecue al derecho es una exigencia necesaria para continuar con el análisis de la interferencia en el derecho a la propiedad. No en vano, el TEDH reitera en varias ocasiones que el primer y más importante requisito es que la interferencia por parte de una autoridad pública debe ser legal. Por este motivo, cuando llegue a la conclusión de que la conducta del Estado no ha respetado la ley o no tenga suficiente fundamento jurídico, tal hecho es suficiente para concluir que se ha producido una violación del artículo 1, sin que sea necesario entrar a valorar los otros requisitos.

Por su parte, la CoIDH también considera requisito imprescindible respetar el principio de legalidad. Del mismo modo que en el sistema europeo, una conducta ilegal tomada por sí sola es suficiente para determinar que ha habido violación del artículo 21. La CoIDH toma algo más de competencia para comprobar que la conducta haya sido de acuerdo a la ley interna y, sobre todo, que haya respetado el debido proceso legal protegido en los artículos 8 y 25 de la CADH. Según la CoIDH, cualquier medida de restricción de la propiedad que no satisfaga los requisitos mínimos (estándares mínimos) del debido proceso legal contraviene la ley, y las consecuencias que se deriven de ella serán consideradas ilegales⁶. Determina que no es necesario que toda injerencia al disfrute de la propiedad esté señalada en la ley, sino que basta con que dicha ley y su aplicación respeten el contenido esencial (núcleo esencial) del derecho a la propiedad⁷. También analiza la posible arbitrariedad de los poderes públicos a la hora de interpretar o aplicar una ley.

Fin legítimo

Como se ha expuesto, el Estado puede regular el uso de la propiedad o incluso apropiarse de la propiedad privada, pero siempre que persiga un fin legítimo (*legitimate aim*). Por fin legítimo el TEDH entiende una razón de *utilidad pública* para los casos de privación de la propiedad del artículo 1 o de *interés general* para los casos de regulación del uso de la propiedad. Como se advierte, ambos términos no difieren en lo sustancial. Cuando el Estado interfiera en la propiedad privada por causa de utilidad pública o interés general se considerará que persigue un fin legítimo amparado por el artículo 1. En cuanto a las *obligaciones positivas* que se desprenden del contenido del artículo 1, la inacción por parte del Estado debe tener una justificación legítima.

El TEDH establece una amplia interpretación sobre qué debe entenderse por *utilidad pública* e *interés general* en el *asunto James y otros c. Reino Unido*. Aclara que una medida de restricción realizada en el marco de una política legítima de orden social, económico o de otra índole que responda a la utilidad pública no tiene por qué beneficiar a la generalidad de la población.

6 CoIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Fondo y Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 124.

7 CoIDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo). Sentencia de 6/5/2008. Serie C No. 179, Párr. 65.

Asimismo considera que elaborar una legislación relacionada con el derecho a la propiedad implica, el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales para lo cual los Estados deben gozar de cierto margen de apreciación. El TEDH respetará la concepción de utilidad pública que empleen los Estados a la hora de elaborar una legislación salvo que de su análisis se revele manifiestamente carente de fundamento, sin base razonable. Mientras el legislador no sobrepase este límite el TEDH no se pronunciará sobre si éste ha elegido la mejor forma de tratar el problema o si debería haber ejercido su poder de forma diferente.

Por su parte, la CoIDH también analiza indistintamente el par de términos que recoge el artículo 21. Constata que las razones de *utilidad pública o interés social* (análogo al *interés general* del TEDH) comprenden a todos aquellos bienes que, por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática⁸. Considera que los conceptos de *orden público y bien común* derivan de la noción de interés general, y a su vez serán éstos los que fundamentarán que la adopción de una determinada ley pueda adquirir dicho fin de garantizar el interés general. Además, para su justificación estarán siempre sujetas a una “*interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática*”⁹.

Un claro ejemplo de fin legítimo sería aquel perseguido por las medidas cautelares de aprehensión de bienes durante el proceso penal. La CoIDH considera que a través de estas medidas las autoridades buscan: (1) evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, (2) procurar el éxito de la investigación penal, (3) garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o (4) evitar la pérdida o deterioro de la evidencia. Siempre que la medida se adecue a alguno de esos cuatro objetivos, tendría fundamento suficiente de utilidad pública para garantizar el proceso penal. En el *caso Cftaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* considera que estas medidas son adecuadas y eficaces para disponer de la evidencia necesaria para investigar delitos de tráfico de estupefacientes. Al igual que el TEDH, considera que la protección del medio ambiente representa

8 CoIDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo). Sentencia de 6/5/2008. Serie C No. 179, Párr. 65.

9 CoIDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo). Sentencia de 6/5/2008. Serie C No. 179, Párr. 65.

una medida de utilidad pública. En el caso *Salvador Cftiriboga c. Ecuador* declaró que la creación de un área de recreación y protección ecológica en Quito significaba un fin legítimo que justificaba la expropiación de propiedades. También establece que en una grave crisis económica, dada la compleja situación de afección a diversos derechos de los ciudadanos, se puede considerar que la restricción o el control de la propiedad es una medida admisible por la CADH para superar dicha situación y, en principio, puede aceptarse como necesaria.

En el caso de nuestro país, no hay que soslayar la reserva efectuada al Art. 21 de la CADH, donde debe considerarse no sólo si existe una violación en el caso concreto, sino también si existe una cuestión inherente a la política económica. Así fue establecido “*El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de “utilidad pública” e “interés social”, no lo que éstos entiendan por indemnización justa*”.¹⁰

El rol que juega esta reserva frente al Derecho Humano no es tarea fácil de determinar, interpretarla en términos estrictos significaría que, siempre que haya cuestiones políticas, el asunto quedaría fuera del ámbito de protección. Esta interpretación parece desacertada, en primer lugar nuestra CSJN ha dicho en varias oportunidades que corresponda revisar si, en el caso, se han conculcado derechos establecidos en la CN, sin perjuicio de la bondad o no de la medida adoptada por otros poderes. Lo que no puede hacer nuestra CSJN y también está vedado a la CoIDH es la valoración política económica del gobierno. **Es decir, sólo si esta política violenta el derecho en términos irrazonables o, simplemente, lo aniquila, la CoIDH podrá decir que se ha violado la CADH.** Un punto trascendental es establecer bajo que medida valoramos la razonabilidad del acto criticado. Es aquí donde la realidad social adopta un papel estelar, y va a ser el parámetro básico para determinar si el acto cuestionado es, o no, razonable.

10 El instrumento de ratificación se recibió en la Secretaría General de la OEA el 5 de setiembre de 1984, con una reserva y declaraciones interpretativas. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969.

En síntesis, cuando no exista prueba o argumento que acrediten que una injerencia tuviera su fundamento en una razón de utilidad pública o interés social, se considerará que el único fin era privar de la propiedad o controlar su uso, y se declarará vulnerado el derecho a la propiedad sin que sea necesario analizar la proporcionalidad de la interferencia. Una vez que se determine que ha perseguido un fin legítimo, habrá que analizar la proporcionalidad de la medida para concluir si la aplicación ha sido adecuada.

El instrumento de ratificación se recibió en la Secretaría General de la OEA el 5 de setiembre de 1984, con una reserva y declaraciones interpretativas. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969.

Proporcionalidad

Tal como lo expresa Robert Alexy¹¹, los principios en derecho tiene diferente peso y ante el conflicto entre estos, la solución debe buscarse en dicha dimensión y en cuanto a su validez. La operación ponderativa se encuentra embebida de los principios de la proporcionalidad, integrante esta del principio de razonabilidad, la que se nutre a su vez, de otros subprincipios, como el de adecuación, el que permite apreciar que el desplazamiento aplicativo al ejercicio de un derecho sea lo más adecuado para la preservación de otro derecho o bien protegido por el derecho internacional de los Derechos Humanos; el de necesidad, que lleva a determinar que no existe otra forma menos gravosa que el desplazamiento de un derecho para la conservación de otro derecho fundamental; y el de proporcionalidad propiamente dicho, que lleva a que en el juicio de desplazamiento contenidos en los anteriores, se realice un ejercicio hermenéutico tal que pueda armonizar una menor afectación del derecho desplazado, buscando a la vez en forma compatible, la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho; operaciones todas estas que van de la mano con una apropiada valoración de los derechos concretos, base de la situación jurídica creada mediante la regla de la sana crítica, en donde no solo juega el aspecto lógico propio de los ordenamientos de derecho, sino que además se conjuga con las apreciaciones de la realidad, en base a la experiencia no solo del juez, sino de todos los operadores jurídicos que conforman el

11 Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.

proceso en sus diferentes roles.

El propio R. ALEXY ha identificado la denominada ley de la ponderación, que puede ser formulada del modo siguiente: cuanto mayor es el grado de afectación –en el sentido de perjuicio o de falta de satisfacción– del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente.

El principio de proporcionalidad es inherente al artículo del derecho a la propiedad entendido en su conjunto, ya que el TEDH considera que el artículo 1 engloba un principio de *justo equilibrio* (*fair balance*). Se refiere a esta noción de la siguiente manera: “El propósito de asegurar un *justo equilibrio* entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo se refleja en la estructura del artículo 1 por completo y se traduce en la necesidad de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”.

La noción de justo equilibrio, por lo tanto, engloba los requisitos de legitimidad y fin legítimo. La vulneración de cualquiera de esos requisitos implicaría el incumplimiento del principio de proporcionalidad. Sin embargo, resulta imperioso analizar este apartado desde el punto de vista más estricto del concepto de proporcionalidad que se interpreta en la jurisprudencia del TEDH, el que deriva de la ponderación entre el objetivo perseguido y la afeción al derecho a la propiedad. Para llegar a tal conclusión, el TEDH deberá indagar si no pesa sobre los demandantes una carga excesiva y desproporcionada que rompa el justo equilibrio de los intereses en juego. El justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y los requerimientos de protección del derecho a la propiedad de los particulares debe ser mantenido tanto en los casos de control del uso como en los de privación de la propiedad, y tanto en los casos en que la acción del Estado suponga una interferencia en el derecho como en los que suponga una omisión de una obligación positiva. Para determinar si el particular ha sufrido una carga desproporcionada en la injerencia a su derecho, el TEDH debe ir más allá de las apariencias y constatar la situación real. Además de valorar la importancia real del objetivo, la carga para el demandante o la naturaleza de la injerencia, deberá también tener en cuenta la posible indemnización o compensación y la conducta de las partes.

La CoIDH también define el alcance del concepto de proporcionalidad haciendo referencia a la noción de *justo equilibrio*: “La

Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción.¹²

Para que sean compatibles con el artículo 21, las restricciones deben justificarse según los fines sociales que, por su importancia, preponderen sobre la necesidad del pleno goce del derecho a la propiedad.

La CoIDH también hace referencia a la necesidad de juzgar el comportamiento de las partes, reflejado, por ejemplo, en la exigencia de que las autoridades públicas actúen en un plazo razonable y efectivo. En el caso *Mémoli vs. Argentina* la demora en un procedimiento civil por daños y perjuicios supuso un daño desproporcionado al afectado quien soportó una medida cautelar sobre sus bienes que se convirtió en una medida “punitiva” por no haber respetado las autoridades un plazo “razonable¹³”.

Asimismo, la situación social o económica de las víctimas es un elemento muy tenido en cuenta por la CoIDH a la hora de discernir sobre la proporcionalidad. Considera que aquellas personas que sufren una situación socio-económica o de otra índole que las sitúa en un estado de vulnerabilidad, sufrirán unos efectos y magnitudes mayores por la injerencia de los que hubieran sufrido otras personas o grupos en otras condiciones. Los Estados deben tener en cuenta a la hora de llevar a cabo sus actuaciones que aquellos que vayan a sufrir la intromisión en el disfrute de sus bienes no vivan en circunstancias adversas o sin recursos, tales como aquellos que viven en condiciones de pobreza, ya que se enfrentan a un incremento en el grado de afectación precisamente por esa situación. En este sentido, en el caso de *las Masacres de Ituango vs. Colombia* consideró que los ciudadanos de Ituango tenían una estrecha vinculación con el ganado, ya que era su principal medio de subsistencia. Ante la sustracción del ganado a sus propietarios en el marco de unas acciones violentas, consideró que este especial vínculo impli-

12 CoIDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo). Sentencia de 6/5/2008. Serie C No. 179, Párr. 65.

13 CoIDH, Caso Mémoli Vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia 22/8/2013, Serie C No. 265, Párr. 180 y 182.

caba una agravación de los hechos¹⁴. En el *caso Furlan y familiares vs. Argentina* observó que la vulneración del artículo 21 también supuso un menoscabo grave del derecho del afectado debido a que el Estado no tuvo en cuenta que era una persona con discapacidad y con bajos recursos económicos, lo que le situaba en una situación de especial vulnerabilidad. Según la CoIDH, la vulnerabilidad del afectado requiere una mayor diligencia de las autoridades¹⁵.

Derecho a indemnización

Al contrario que el CEDH, la CADH sí hace referencia directa al concepto de indemnización en el segundo punto del artículo 21. Este precepto ha llevado a la CoIDH a considerar violado el artículo 21 en todas aquellas privaciones de la propiedad en los que no ha existido indemnización. En los casos en que sí se ha concedido, analiza si es adecuada.

El artículo 21 expresa como requisito para poder llevar a cabo una privación de la propiedad el pago de una *justa indemnización*. Considera que el derecho a indemnización en los casos de expropiación supone un principio general del DI, y que tal requisito deriva de la necesidad de mantener el justo equilibrio entre el interés general y el derecho del propietario¹⁶.

Considera que para que una *justa indemnización* sea considerada como *justa* ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva y debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública, y atendiendo al justo equilibrio entre el interés general y el interés particular¹⁷.

Desafortunadamente, de nuevo no son muchos los casos en los que haya podido tratar el supuesto de una *justa indemnización*. En la sentencia de *Reparaciones del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (en el que consideró vulnerado el artículo 21 por una duración excesiva del plazo para la determinación del valor de la indemniza-

14 CoIDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia 29/09/1999, Serie C No. 56, Párr. 273.

15 CoIDH, Caso Furlan y Familiares V. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia 31/08/2012, Serie C No. 246, Párr. 215.

16 CoIDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo). Sentencia de 6/5/2008. Serie C No. 179, Párr. 95 y 96.

17 CoIDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo). Sentencia de 6/5/2008. Serie C No. 179, Párr. 96 y 98.

ción) es en la que de una forma más concisa analiza la justa indemnización. Aunque en la sentencia consideró la limitación al derecho a la propiedad fue impuesta con *“la finalidad de alcanzar beneficios ambientales, ecológicos, y recreativos, los cuales contribuyen a la preservación de los recursos naturales en beneficio de la sociedad”*, la indemnización final de 18.705 millones de dólares americanos parece ser más bien un equilibrio entre las distintas cantidades dadas por los peritos en relación a su valor comercial. También hay que señalar la escasa capacidad presupuestaria del municipio que realizó la expropiación, Quito. En este sentido crítico se pronunciaron los jueces Sergio García Ramírez, Diego García-Sayán y Leonardo A. Franco en sus *Votos particulares disidentes*. Consideran que para concluir una indemnización justa la CoIDH debió fijar un valor inferior, más alejado del valor comercial. Concretamente, el segundo dijo: *“La necesidad de armonizar y equilibrar los derechos en tensión, impiden asimilar absolutamente el concepto de indemnización justa a la que se refiere el artículo 21.2 de la Convención Americana con el de valorización comercial, por la influencia que el interés general puede ejercer en el caso particular. [...] Considero que no se fta tenido debidamente en cuenta dentro del factor del interés general, la capacidad presupuestal del Municipio de Quito, si se pretendía valorar de manera adecuada el potencial impacto que tendrá en la comunidad la erogación fiscal necesaria para asumir el pago de la indemnización fijada por la Corte¹⁸”*.

En este Caso el eje central de la violación al derecho a la propiedad giró en torno al requisito establecido por la CADH relativo al pago de la *“justa indemnización”* y la Corte indicó que para que sea convencional ésta debe ser *“adecuada, pronta y efectiva”*. En cuanto al concepto de *“adecuada”*, la CoIDH introduce tres elementos de referencia: 1) *“el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública”*, elemento reconocido en la muchas legislaciones sobre expropiación; 2) el *“justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”*, elemento que surge de la jurisprudencia europea (*fair balance*) en casos marcadamente diferentes; y 3) los intereses devengados desde que se *“perdió el goce efectivo de la posesión del inmueble”*, elemento que

18 CoIDH, Caso Salvador Chirivoga Vs. Ecuador (Reparaciones y Costas). Sentencia 3/5/2011, Serie C No. 222, Voto parcialmente disidente del Juez Leonardo A. Franco.

puede ser discutible por poder pasar muchos años entre el acto de declaratoria de utilidad pública, el cual comienza a afectar el uso y goce del inmueble, tornándolo indisponible.

En el *caso del pueblo Saramaka vs. Ecuador* sugirió que el derecho al pago de indemnización se extendería también a la privación del uso y del goce de la propiedad¹⁹. Sin embargo, esta es la única referencia que hace a un posible pago de indemnización en caso de una reglamentación del uso y, además, lo hace en el marco del derecho a la propiedad comunal indígena.

Se puede interpretar que existe una relación de reciprocidad entre el requisito de un justo equilibrio y el derecho a la indemnización. Por un lado, la indemnización es un factor que adquiere gran relevancia a la hora de analizar si se ha mantenido el justo equilibrio, pudiendo llevar a la conclusión de que el particular ha sufrido una carga desproporcionada por una indemnización insuficiente o nula. Por otro lado, al valorar la cuantía de la indemnización se debe respetar el principio de proporcionalidad y tener en cuenta las circunstancias concretas que mantengan un justo equilibrio entre el interés general y el beneficio del expropiado.

3 . Conclusión

La propiedad privada es un derecho intrínseco a las actuales sociedades y todos los particulares deben poder acceder a ella. La propiedad puede alcanzar formas muy diversas de uso y disfrute dentro de una misma sociedad democrática y el Estado deberá proteger todas ellas frente a injerencias de terceros. Tal protección debe garantizar tanto la posesión como el uso y disfrute sin injerencias. Pero, ese derecho de posesión y uso no es absoluto y puede ser limitado por el Estado en base al interés general.

De los elementos más relevantes del derecho a la propiedad que se interpreta de la jurisprudencia de ambos tribunales supranacionales es su marcado carácter social. Un carácter social que en el marco del concepto tradicional de propiedad se puede observar desde dos perspectivas. Por un lado, la interpretación extensiva del concepto bienes ha permitido situar bajo la protección del artículo

19 CoIDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 28/11/2007, Serie C No. 172, Párr. 139.

1 del Protocolo 1 del CEDH y del artículo 21 de la CADH ciertos intereses sociales que en un principio se encontraban excluidos de ambos convenios. De ello se desprende, que el concepto de bienes es amplio por naturaleza, y esto es lo que ha permitido incorporar derechos sociales bajo el amparo del derecho a la propiedad privada. Por otro lado, la segunda perspectiva del carácter social viene marcada por el propio límite al ejercicio del derecho. Cualquier restricción al derecho debe justificarse en la utilidad pública o el interés general (o social).

La medida que supone una injerencia en el derecho debe tener una función social para ser considerada un fin legítimo, aunque esto no quiere decir que la medida vaya a beneficiar a la generalidad de la población. Además de perseguir dicho fin legítimo, las restricciones deben respetar el principio de legalidad y garantizar la proporcionalidad entre el fin perseguido y la carga sufrida por el perjudicado. Para considerar tales aspectos, los Estados gozan de margen de apreciación, lo que limita la función de juez del TEDH y la CoIDH e, incluso, en determinados casos llega a hacer ilusoria su capacidad de revisión.

Los dos tribunales extraen del contenido del derecho a la propiedad tres normas en esencia iguales: la primera garantiza el disfrute de la propiedad sin interferencias, y las segunda y tercera posibilitan la privación y la regulación del uso, respectivamente, aunque ambas sometidas a ciertos requisitos. La CoIDH añade una cuarta norma que se desprende de la exigencia del artículo 21 de otorgar indemnización en caso de privación. Para el TEDH la primera norma establece un principio que engloba a las demás normas, y de él se desprende el concepto de justo equilibrio que debe ser mantenido entre el interés general perseguido y el derecho a la propiedad en cuestión, concepto que atraviesa transversalmente el artículo y se convierte en exigencia para cualquier injerencia. En este sentido, los derechos de propiedad de los individuos y las exigencias de la sociedad deben avanzar en equilibrio para lograr los fines perseguidos.

Cuando exista tal injerencia, el TEDH trata de determinar si ésta se situaría dentro del supuesto de la segunda o la tercera norma para juzgarla en consecuencia. Muchas veces, debido a la complejidad de la intromisión, pasará a analizarla a la luz de la primera norma. La CoIDH, en cambio, no da tanta importancia a considerar en cuál de las reglas del artículo 21 se enmarca la injerencia, simplemente hace referencia a si la conducta ha supuesto una privación

o un control del uso de la propiedad o, simplemente, si ha afectado al derecho a la propiedad analizando el resultado en su conjunto. En su jurisprudencia también exige el requisito del justo equilibrio para cualquier intromisión.

Determinar en cuál de los supuestos se ubica la medida del Estado, o si se trata de una privación o un control del uso, no tendrá efectos más que para la exigibilidad de indemnización, ya que el análisis no diferirá en lo demás entre ambos supuestos. Así, cuando se trate de una privación, en el sistema interamericano será obligatoria una justa indemnización, obligación inherente al artículo. En cuanto al sistema europeo, la privación también deberá suponer el pago de una indemnización que se acerque al valor real del bien.

En Conclusión, el derecho de propiedad, como Derecho Humano, es un derecho que **admite graduación**, es decir que en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad, puede ser ampliado o restringido **sin que ello implique su aniquilación**. No es de soslayar que **al anularse un derecho no se lo limita o restringe, se lo anula cuando se altera su sustancia, es decir el núcleo esencial del derecho restringido**.

Conforme el Art. 30 de la CADH *“Las restricciones permitidas, de acuerdo a esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual ftan sido establecidas”*.

Si bien se puede afirmar que no existen derechos absolutos, los mismos deben ejercerse con las restricciones establecidas en las leyes y permitidas por los Tratados Internacionales, las que deben ser necesarias y proporcionales de acuerdo con lo establecido por los Estados Democráticos. Estas restricciones no pueden ser indiscriminadas solamente se permiten aquellas que responden a razones específicamente enumeradas en los Tratados Internacionales, es decir que tienen límites y son excepcionales.

Se depende de este concepto que la decisión o resolución que restrinja un derecho, y en este caso al derecho de propiedad, tiene que estar suficientemente motivada, y en consecuencia en la órbita de la razonabilidad o proporcionalidad, condición ineludible para evitar una ulterior responsabilidad del Estado por violación del derecho restringido.

María Elena Gorostiza

Los Derechos Políticos como Derechos Humanos

1. Crítica al fallo Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza (CSJN), a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH)

Durante la vida profesional experimentada, tanto desde la época de litigante como en la presente en el desempeño como relatora en el Poder Judicial santiaguense, se pudo constatar tres datos incontrovertibles:

- a. El primero de ellos, es que en el derecho, como ciencia práctica social, de carácter dinámico, los principios y valores juegan un papel fundamental en el quehacer profesional.
- b. Que el proceso de la toma de decisiones judiciales, ya no se circunscribe a la mera aplicación de las normas jurídicas, al modo positivista, debido al dinamismo de lo jurídico, señalado recientemente.
- c. Que los conflictos del derecho inevitablemente deben recibir solución de parte de la justicia. Tal es así, que el Código Civil y Comercial, en su Art. 3º, estatuye: *“El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

Pero acontece que la realidad y la práctica jurídicas son totalmente dinámicas. Prueba de ello son las nuevas concepciones y métodos de interpretación y aplicación del derecho, que se pudo aprehender, con la obvia finalidad de aplicar lo captado en el quehacer judicial diario, asumido por la suscripta oportunamente.

Del curso que se acaba de completar, se puede rescatar que conceptualmente, la locución “Derechos Humanos”, es pasible de varias definiciones, pero todas ellas tienen en común la característica de destacar la “dignidad humana”. Ésta, en tanto valor, es lo que la

persona humana merece, por el solo hecho de serlo. De este valor, se derivan los valores de libertad (fundante de los Derechos Civiles y Políticos) y de igualdad (fundante de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por ello, se ha dicho muy escuetamente que son los *derechos esenciales o fundamentales de la persona humana*¹. No se puede concebir sin dignidad a la persona humana.

Si bien es cierto que gracias al influjo del constitucionalismo, en forma paulatina se introdujo en el catálogo normativo de las constituciones, algunos derechos fundamentales, también lo es que desde la segunda mitad del siglo XX, ese movimiento puso sobre el tapete en el mundo jurídico, el concepto base de los “Derechos Humanos” (DDHH) apoyándose en la creencia imperecedera del Derecho Natural, que gravitó enormemente en el Derecho Internacional Público. Pero sus efectos no se detuvieron allí, sino que cual efecto de cascada, a nivel jurídico local de los diversos países del orbe, se procedió a su reconocimiento. Un ejemplo claro, lo constituye nuestro país, puesto que mediante la reforma constitucional de 1994 se introdujera con bríos renovados, otros Derechos Humanos al ordenamiento local, provocando que el operador jurídico (sea o no juez), ineludiblemente los tenga en cuenta al resolver un conflicto en cuanto el mismo llegue a su conocimiento.

Todos los iusfilósofos, ya sean partidarios del positivismo, como del no positivismo-, trataron y -aún lo intentan- de brindar a la comunidad jurídica sus conceptos y métodos que estimaron más convenientes y estables en pos de solucionar los entuertos judiciales. No se debe olvidar que tanto ellos, como sus teorías, están condicionados por el contexto témporo-espacial y social en el que sus teorías están llamadas a operar, teniendo siempre presente de que el derecho, más que una ciencia teórica, es práctica, dotada de una buena dosis de lógica. Esto último es así, puesto que la lógica tiene -como se profundizará luego- la importante función de controlar el razonamiento que la sentencia comporta, a los fines de verificar si el mismo es correcto lógicamente. Si no lo es, entonces la sentencia indefectible y lamentablemente adolece de arbitrariedad por vicios lógicos.

Ahora bien, mucho se ha escrito sobre los diferentes métodos de interpretación y aplicación del Derecho, siendo ineludible el hecho

1 Wlasic, J. C. (2011). *Manual Crítico de los Derechos Humanos* (p. 1). Buenos Aires: La Ley.

de que se debe tener presente lo que enseñan tanto Robert Alexy como Ronald Dworkin.

Las enseñanzas de estos dos autores insignes, habida cuenta del dinamismo que caracteriza al derecho, se perfilan como los más aptos para aplicarlas a los casos que llegan a manos del operador jurídico (en nuestro caso, lo que más nos interesa, al juez); sobre todo, a los más difíciles.

Por un lado, Dworkin distingue entre *normas o reglas*, que se aplican disyuntivamente, mientras que los *principios* (que son exigencias de justicia, equidad y moral positivas) no tienen una jerarquía preestablecida, e inclinan la decisión en una dirección, de un modo no concluyente. Este autor concibe dos cosas: una, que existen los casos difíciles, en los cuales, para obtener una respuesta que los solucione, debe acudir al balance de los principios. Y la otra, que es el juez, para alcanzar esa única respuesta que resuelva el caso, debe ser sabio en extremo. A este juez, lo denominó "Hércules".

Por otro costado, algunos autores distinguen entre reglas y principios. Las primeras son normas o mandatos definitivos que operan por subsunción; las segundas (principios), son mandatos de optimización, ya que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades que marcan los hechos y las circunstancias propiamente jurídicas. Su método es la ponderación, que universalmente se lo conoce con esta fórmula:

"Cuanto mayor sea el grado de satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".(Alexy, R.)

Explica que este procedimiento se lo realiza en tres pasos: en el primero, se trata de indagar el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. En el segundo, se busca la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Y finalmente, se determina en el tercer nivel, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

Ahora bien, pareciera que así explicado el funcionamiento del proceso reseñado escuetamente, se tratara de un método en el que el operador jurídico (el juez) lo aplica en forma matemática, al modo positivista. Pero se verá que ello no es así, ya que existen otras herramientas a las que se puede recurrir, en pos de la búsqueda de la justicia. Una de ellas es -y se vuelve a insistir sobre la lógica jurídica, que es una especie de la lógica en general. Ella está

provista de sus principios y reglas propios y tiene la virtualidad de interpretar los hechos, las normas y los términos técnicos jurídicos, como así también a los propios valores jurídicos. En todo momento, se deben aplicar a las decisiones jurídicas -y administrativas- los principios que ella aporta, a fin de comprobar si el razonamiento judicial que se realiza con la finalidad de impartir justicia, sea tanto formal como materialmente correcto, es decir, que no contenga falacia alguna. En otras palabras: la lógica jurídica material es una herramienta para decir si esa decisión es razonada, es decir, prevé una serie de criterios para controlar la racionalidad de la decisión. Tal es así, que el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, en su función casatoria de las causas que llegan a su conocimiento, expresó, basándose en la jurisprudencia de la CSJ que: *existe arbitrariedad cuando lo resuelto escapa a las leyes lógicas, o resulta imposible o inconcebible, implicando en consecuencia un desvío notorio en la aplicación del raciocinio o una grosera degeneración interpretativa, o, como bien lo fta establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la sentencia no sea una construcción razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa*"².

Los principios lógicos a los que se alude son: el de identidad, el de no contradicción y el del tercero excluido, sin olvidar el principio de la razón suficiente. Todo ello siempre conforme -claro está- a los postulados de la doctrina de la sana crítica, conforme lo señala el Dr. Llugdar en su voto en la causa *Gómez Calisto Antonio c/ Carena Amilcar César y otro s/ Prescripción Adquisitiva Veinteañal – Casación Civil*.³

Asimismo, merece destacarse -aparte del control de constitucionalidad, que no pierde su vigencia- el control de convencionalidad, habida cuenta de la internacionalización que sufre nuestro derecho. Este control, se suma, como otro medio interpretativo más, al conjunto de herramientas que el juez dispone, a fin de decidir en un caso concreto.

Pero toda esta actividad interpretativa y argumentativa debe realizarse dentro de un marco de razonabilidad. Ello por cuanto es obvio que el razonamiento del juez no responde al azar o a arbitrariedad alguna, sino a razones que actúan como modelos justificati-

2 Sent. del 14/10/2005.

3 Sent. del 18/11/2011.

vos de la creación, la interpretación y la aplicación de normas⁴... y de principios y valores, cabe agregar, por mi parte.

Por razonabilidad, entonces, se entiende varias significaciones:

En la técnica se habla de medios razonables para obtener cierto fin. Es la adecuación de medios a fines (razonabilidad técnica).

En axiología jurídica, se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se lo halla en el valor de totalidad llamado justicia.

En ciencia del Derecho, la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho que el comportamiento jurídico se da, y de verdad, cuando tiene el fundamento de justicia.⁵

En resumen, este principio implica que la decisión debe ser fruto de un acto de la razón, implicando que la decisión no debe ser arbitraria, sino que debe conformarse con las reglas que rigen el pensar y de las que surgen de la experiencia cotidiana⁶.

Vadesuyo que la razón –dentro de la temática del principio de razonabilidad- se encuentra muy conectada con la igualdad, en donde se supone que por lo menos dos objetos homogéneos con respecto a los cuales se establece la equivalencia. Tal es así, que Radbruch, citado por el profesor Juan Francisco Linares, en su obra *Razonabilidad de las leyes*⁷ explica: *“Encontramos la idea del derecho en la justicia y determinamos la esencia de ésta, de la justicia igualitaria como igualdad: tratamiento igual de los hechos y relaciones iguales y correspondiente desigualdad a los desiguales. La justicia es proporción, y la proporción es igualdad”*.

Dicho esto, conviene destacar dos puntos: uno, que toda la teoría de la racionalidad jurídica, en vez de quedar cubierta por el manto

4 Grajales A. A. & Negri, N. (2014). *Argumentación Jurídica* (p. 229). Buenos Aires – Bogotá: Astrea.

5 Linares, F. L. (2002). *Razonabilidad de las leyes - El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina* (pp. 107-108). Buenos Aires: Astrea.

6 Ghirardi, O. A. (2005). *Lógica del Proceso Judicial* (p. 126). Córdoba: Lerner Editora.

7 *Idem* 4 p. 111-114.

del olvido de los tiempos, pervive bajo el impulso renovador, no sólo de las nuevas teorías reseñadas precedentemente, sino también gracias a la irrupción del nuevo derecho. Ese nuevo derecho es el Derecho de los Derechos Humanos (DDHH), que está presidido por dos principios fundamentales: el de **pro persona** y el de **no discriminación**.

Conforme a todo lo dicho, cabe realizar una crítica al fallo emanado por la CSJN, in re “Unión Cívica Radical de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/ Acción Declarativa de Certeza”, de fecha 5/11/2013⁸, a los efectos de constatar si la misma cumple con el criterio de razonabilidad, a la luz de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH).

Se considera que el Alto Tribunal, incurrió en un error grosero, por cuanto injustificadamente interviene en asuntos propios del orden federal, claramente estatuidos por la Constitución Nacional, que delinea las facultades de las provincias y del Estado Nacional al mismo tiempo. Es así, que las provincias, como entidades pre-existentes al Estado Federal, transfirieron sus poderes soberanos conservando su autonomía originaria, conforme al Art. 121 de la C. N. Esta Norma Fundamental, distribuye entonces, los poderes y facultades a la Nación y a las provincias, debiendo clasificarse las mismas, conforme lo enseña Gregorio Badeni⁹ en:

a) facultades delegadas al Estado federal; b) Facultades retenidas por las provincias; c) Facultades excepcionales de las provincias, d) Facultades compartidas por el Estado Federal y las provincias; g) Facultades prohibidas al Estado federal; h) Facultades prohibidas a las provincias.

Pues bien, basta poner el foco de la atención en el inciso g), que, genéricamente son aquellas facultades en las que el Estado Nacional le está terminantemente prohibido ejercer, dado que son facultades reservadas a las provincias enumeradas en el Art. 121 ya mencionado. Es así, que en virtud de esta norma, aplicándosela al caso de nuestra provincia, la misma puede darse su propia constitución y sus instituciones, y reglamentar el régimen electoral, entre otros ítems.

Justamente, con respecto a esta facultad reservada a la provincia

8 Publicado en: LA LEY 20/11/2013 , 11, P.Q.S.; DJ29/01/2014, 5 Cita Online: AR/JUR/71379/2013

9 Badeni, G. (2004). *Tratado de Derecho Constitucional* (pp. 263-266). Buenos Aires: La Ley.

de Santiago del Estero, la CSJN inconstitucionalmente ha dictado sentencia, dado que este asunto involucra aspectos en lo que hace exclusivamente al derecho público provincial. En otras palabras, se trata exclusivamente de una facultad reservada por la Constitución a la Provincia de Santiago del Estero, en cuanto a la facultad de regular su institucionalidad propia.

Más allá de lo dicho, también se constata que desde el punto de vista argumentativo, que la Corte se enrola en la línea del positivismo, de corte netamente kelseniano. Prueba de ello, es el considerando 24º, en el cual expresa: *“la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador y en tal sentido cabe estar a las palabras que fta utilizado”, si la ley emplea determinados términos... estos no son superfluos, sino que fta sido empleados con algún propósito... y que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin instituir ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por el legislador”*. En otras palabras, la CSJN realiza su trabajo interpretativo -tanto de la Constitución Nacional, como de las normas involucradas de la Constitución de la Provincia- ciñéndose solamente al aspecto normativo y/o literal. Ello, a nuestro parecer, implica un retroceso grave en la práctica jurídica del Alto Tribunal, puesto que ignora a las nuevas doctrinas en lo que atañe, más que al aspecto mencionado, al aspecto interpretativo. Ello es así, puesto que cuando se interpreta la Constitución no se puede imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de fórmulas matemáticas, por lo que el juez constitucional (y la Corte lo es, dado que es el máximo intérprete de la Norma Fundamental) debe tener la plena libertad de escoger y utilizar en la interpretación de las normas de dicho rango los diversos procedimientos que la buena técnica constitucional prevé para desentrañar el correcto y verdadero sentido de la norma jurisdiccional¹⁰.

Tal circunstancia adquiere un cariz mucho más grave, por cuanto es inconcebible que una Corte Nacional, en el carácter ya mencionado, se enrola en doctrinas ya superadas, al pretender el desconocimiento de que la Norma Fundamental se compone de normas, valores y principios. Estos últimos son mandatos de optimización. Mientras que los valores poseen fuertes contenidos morales, socio-

10 Quintana, S. L. (1998). *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

lógicos y éticos.

En el marco del fallo que se comenta, un partido político (la Unión Cívica Radical) promovió acción declarativa de certeza contra un Estado provincial, a los fines de que se declare que el actual gobernador no se encuentra habilitado para ser candidato a ese cargo para un nuevo período. En dicha acción, interpone una medida cautelar, consistente en la solicitud de suspensión del acto electoral del 27 de octubre de ese año.

Claramente califica al conflicto jurídico, de naturaleza electoral y de derecho público local netamente local, sosteniendo con un argumento falaz que pretenda que con *“su intervención se persiga el efectivo cumplimiento de las cláusulas constitucionales que fueron vulneradas”*. Dichas cláusulas, según mi interpretación, son las pertenecientes a la Constitución Provincial santiagueña, respecto a la cual, el STJ de la provincia es el máximo intérprete en virtud de la autonomía provincial, reconocida por la Constitución Nacional (arts. 1, 5, 7, 121, 122, 123, 124 de la CN).

Del fallo en estudio, se constata la contradicción del Máximo Tribunal, cuando alude a los principios y valores constitucionales, pero en contra de su postura, los prescinde, dado que se atiene únicamente al sentido literal de las normas involucradas. Esas normas involucradas -a criterio de la propia Corte- son: el Art. 152 y la cláusula 6 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, demostrando con ello, su afiliación a la doctrina positivista de la interpretación del derecho, la que demuestra cuando manifiesta en su considerando 4) *Que cabe recordar la inveterada jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que, en materia interpretativa, “la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador y, en tal sentido, cabe estar a las palabras que fta utilizado. Si la ley emplea determinados términos la regla de interpretación más segura es la que esos términos no son superfluos, sino que fta sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de facultades propias”*. En definitiva, se atiene a la voluntad del legislador. A continuación, se transcriben los artículos constitucionales involucrados en el fallo bajo estudio.

El primero de ellos, el artículo 152 de la Constitución provincial -modificada el 25 de noviembre de 2005-, establece que *“El gobernador y vicegobernador ejercerán sus funciones por el término de*

cuatro años, sin que evento alguno pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si ftan sido reelectos o se ftan sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período". Por otra parte, la disposición transitoria sexta estatuye: *"El mandato del Gobernador de la Provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período.* (Referida al artículo 152).

Siguiendo con las críticas al pronunciamiento de la Corte, se puede constatar que la misma prescinde del principio de igualdad (art. 16 CN), relacionado con el principio de no discriminación. Lo dicho tiene su fundamento, puesto que el Máximo Tribunal consagra una discriminación sin precedentes, al no contemplar y mucho menos subsanar la desigualdad que las normas constitucionales provinciales involucradas consagran, en lo atinente al cómputo del plazo del mandato respecto del entonces gobernador por un lado, y del vicegobernador por otro. Contraviene su propia jurisprudencia, por cuanto oportunamente sostuvo: *"La igualdad a que alude la Constitución Nacional importa la obligación de tratar de un modo igual a los desiguales en iguales circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, con tal que el criterio de distinción no sea arbitrario o responda a un propósito de ftoستilidad a personas o grupo de personas determinados o no obedezca a propósitos de injusta persecución o indebido beneficio, sino en una causa objetiva para discriminar o que se trate desigualmente a personas que están en circunstancias de fteçfto esencialmente equivalentes"*¹¹. En términos similares, la CoIDH se ha pronunciado en el mismo sentido, a través del voto del Juez Piza, párr. 10, Opinión Consultiva N° 4).¹²

Es más, el primer principio, al ser la cara positiva de la no discriminación, entendida esta última como la cara negativa de la igualdad, se puede convenir que ambos principios son la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común.

En efecto, la Corte, en detrimento del candidato a gobernador,

11 CSJN: Fallos 229-428; 229-765 – LL 1991-E,679).

12 Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización solicitada por el Gobierno de Costa Rica – Pronunciamiento de fecha 19 de enero de 1984.

no realizó un razonable ejercicio ponderativo, a efectos de igualar la situación de dicho candidato, respecto del candidato a vicegobernador, ante la injusta discriminación que se patentiza en las normas constitucionales de orden local involucradas, puesto que si bien el Art. 152 de la Constitución Provincial trata de modo igual tanto al primer mandatario como al vicegobernador, no ocurre lo mismo en lo referente a la Cláusula Sexta y la Quinta de dicho plexo normativo, al establecer solamente para el caso del gobernador en ejercicio, su mandato deberá considerarse como primer período. Es más, la desigualdad de trato prodigada por la Corte al aspirante al cargo, se patentiza aún más, con la omisión en que aquella incurre al no interpretar en el caso puesto a su examen la cláusula 5ª de la Constitución santiagueña que, contra todo sentido de la ilógica y del principio de igualdad, dispone: *“Las disposiciones que establecen las funciones para el vicegobernador comenzarán a regir a partir del próximo período de gobierno”*.

Ya aquí caben dos interrogantes que patentiza la discriminación entre la situación del gobernador y del vice: esta norma, ¿no debería prever las mismas circunstancias tanto para el gobernador, como para el vicegobernador, siendo que ambos integran la fórmula de gobierno? Es más: ¿Dónde se encuentra la igualdad de tratamiento entre el gobernador y el vicegobernador? Por lo visto, la Corte obvió groseramente tal circunstancia, violando de ese modo el derecho fundamental de carácter político del Dr. Zamora a postularse nuevamente como candidato de la primera magistratura provincial. Ese derecho se encuentra contemplado no sólo por las normas provinciales y nacionales, sino también por la CADH, cuya protección reconocen.

Es más, este último plexo normativo, en su Art. 1.1. establece:

“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”.

La interpretación de esta norma, debe ser enunciativa, debiendo tenerse presente que, la Corte, al atreverse a interpretar literalmente la norma constitucional provincial, transgrede el Art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica, al convalidar una discriminación que

consagra a una protección desigual de la ley interna o su aplicación. En este caso, de las normas involucradas, el Art. 152 y la cláusula Sexta, respecto del entonces candidato a la gobernación santiaguense, el Dr. Zamora.

2 . Conclusión

De todo lo dicho, se puede concluir que, la CSJN ha olvidado que el juez -como cualquier otro operador jurídico- ya no puede concebirse como un mero aplicador mecánico de la ley, sino que su función es compleja y configuradora del derecho. El mismo Alto Tribunal, en el fallo bajo comentario, se contradice con su postura cuando pretéritamente en fallos 167:121; 190:571; 269:432; 302:596 sostuvo que el *“uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras deben ser la guía de los Magistrados para la correcta interpretación constitucional”*. A mayor abundamiento, se puede sostener que el fallo en comentario patentiza una interpretación arbitraria, al no realizar una valoración equitativa de las situaciones del gobernador y del vicegobernador, en punto al cómputo de las candidaturas, puesto que no apeló a una interpretación que contemple la utilización de los principios y valores consagrados por la CADH, por cuanto se encuentra obligada a realizar el pertinente control de convencionalidad entre la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero y aquella.

Erika Natalia Casagrande Valdueza

La reparación a las víctimas de por desaparición forzada de personas. A propósito del caso Gelman vs. Uruguay (CoIDH) (Sentencia Fondos, reparaciones y costas, del 24 de Febrero de 2011)

Introducción

En el presente trabajo, se abordará -desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- la importancia de la debida reparación a las víctimas y sus familiares, que el Estado está obligado a hacer, en el caso de incurrir en la detención arbitraria y desaparición forzada de personas, como asimismo a la supresión de identidad de los niños nacidos en cautiverio.

La ocasión viene propicia entonces, para desarrollar en un trabajo lo más sintético posible, lo que implicó -e implica aún- el dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) recaída en lo que se dio en llamar el caso Gelman vs. Uruguay, dictada en febrero de 2011, que ilustra las prácticas inhumanas de desapariciones forzadas de personas, verificadas en buena parte de la década de 1970 y parte de 1980, tanto en Uruguay como en nuestro país. Primeramente, se ilustrará sobre los hechos del caso, así como los derechos y obligaciones que se considera conculcados por el Estado demandado. El paso siguiente será destacar lo más concisamente posible, la parte resolutive de la sentencia, para finalmente desarrollar el razonamiento que utilizó la CoIDH a fin de dirimir el caso.

1. Derechos afectados y deberes conculcados por el Estado

Los derechos afectados respecto de Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares, son: derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8.1 y 25) en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, y arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desapa-

rición Forzada de Personas (CIDFP), 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, como así también el derecho de la protección a la familia que los mencionados son titulares, reconocidos en los artículos 17 de la Convención y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Respecto de María Claudia García, sus derechos conculcados son: el derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva reconocidos en los artículos 3, 4, 5, 7 y 1.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos I.b, III, IV y V de la CIDFP y con los artículos 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

Respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares, el Estado de Uruguay les conculcó los derechos de la integridad personal reconocida en el artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

A su vez, María Macarena Gelman, les fueron desconocidos sus derechos de reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre, a medidas especiales de protección de los niños y niñas y a la nacionalidad reconocidos en los arts. 3, 11, 18, 19 y 20 en relación con el Art. 1.1 de la Convención Americana.

2 . Hechos del caso

Es así, que en este lapso temporal, en el vecino país gobernó la dictadura militar, que entre los años 1973 y 1985, que detuvo arbitrariamente a personas que pensaban distinto, las torturó y ejecutó. Es más, las hizo desaparecer forzadamente, gracias a las tareas de sus fuerzas de seguridad e inteligencia, con la colaboración de autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada “Operación Cóndor”. El objetivo, según adujo el gobierno de facto, era combatir a la subversión. Similarmente a lo que ocurrió en nuestro país, el Estado uruguayo incurrió en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, esos niños y niñas recién

nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados. Ese es el contexto dentro del cual, ocurrió el caso en tratamiento.

Las víctimas son: María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, que fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires, por militares uruguayos y argentinos. La primera de las nombradas se encontraba en avanzado estado de embarazo. Dio luz a una niña, quien fue sustraída y entregada a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como su propia hija, dándole el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Desde entonces María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida. María Macarena Tauriño, luego de enterarse de su verdadera identidad, en el año 2005 y mediante proceso legal pertinente, adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena.

Un dato legislativo a tener presente: el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848) la cual, entre otros, concedió una amnistía “respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.

Tras la promulgación de esa Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sostuvo la constitucionalidad de la Ley. Asimismo, la Ley de Caducidad contó, -y esto es lo llamativo- en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009). Por su parte, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay declaró, en dos fallos recientes (en los años 2009 y 2010), la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley, resolvió que son inaplicables a los casos concretos que habían generado la acción.

A pesar de que en el año 2002 el Sr. Juan Gelman (padre de su hijo desaparecido Marcelo Ariel Gelman y a la vez suegro de María Claudia García Iruretagoyena) interpuso denuncia, pero en varias ocasiones, la misma fue clausurada, principalmente por motivo de la ley de Caducidad. Pero desde mediados del año 2005, la inves-

tigación por la desaparición de los integrantes de esta familia fue reabierto. Y aún, hasta el día de hoy, Marcelo Ariel Gelman y María Claudia Iruretagoyena se encuentran desaparecidos, a pesar de que la causa se encuentra en “investigación presumarial” (sic).

3 . La demanda

La demanda contra la República de Uruguay fue entablada por la Comisión Interamericana (CIDH) el día 21 de enero de 2010, entendiendo que el Estado violó los siguientes derechos: 1) derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 1 y 25) en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, y arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como los arts. 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares b) del derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva reconocidos en los artículos 3, 4, 5, 7 y 1.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con los artículos 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de María Claudia García; c) de la integridad personal reconocida en el artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares; d) del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre, a medidas especiales de protección de los niños y niñas y a la nacionalidad reconocidos en los arts. 3, 11, 18, 19 y 20 en relación con el Art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de María Macarena Gelman, y e) del derecho a la protección de la familia reconocido en los artículos 17 de la Convención y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares.

El 24 de febrero de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Uruguay es internacionalmente responsable por: a) la desaparición forzada y

la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli; b) la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad; c) la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman, y d) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman. Además, el Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de Derechos Humanos.

Del estudio de la sentencia en tratamiento, se puede colegir que, si bien el país demandado ha reconocido su responsabilidad en el hecho que se le atribuye -desaparición de personas- tal reconocimiento fue en modo parcial, invocando la ley 18596 del año 2009, sobre “Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985. Reconocimiento y Reparación a las Víctimas”. Ante tal circunstancia, se puede interpretar que la CIDH calificó ese acto de reconocimiento como vaga, atento a que el Estado reconociente no ha admitido su responsabilidad respecto de los familiares de las víctimas¹.

Como primera medida, la Corte hace valer su autoridad en punto a la decisión que le cabe respecto de la entidad del reconocimiento que el Estado formula, con base en la tutela judicial de los Derechos Humanos trasciende el interés de las partes, vale decir, que es de orden público internacional, al mismo tiempo que destaca que ese reconocimiento que se verifica en este caso es parcial, dado que el Estado no se refiere a cada uno de los hechos y violaciones que se le

1 Considerando 24.

atribuye, pero al fin y al cabo, es un reconocimiento, al que califica de positivo², en lo que se refiere al desarrollo del proceso.

A partir del Considerando N° 41, la CoIDH, comienza a tratar el Fondo del litigio. Su modo de operar, como todo Tribunal que se precie de imparcial e imparcial no podía ser sino de considerar los alegatos y sus respectivas pruebas de ambas partes.

Previo a considerar las alegaciones de las partes en conflicto, en primer lugar examina el primero de los cargos que se le imputan al Estado uruguayo, a saber: las violaciones a los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de María Claudia García, en relación con las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención Americana, y con las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada que se alegan violadas.

Y sigue con el estudio de la postura de la CIDH, luego de los representantes de las víctimas, para continuar con la defensa del propio Estado, encuadrando todos ellos en el contexto fáctico enmarcado por el famoso Plan Cóndor, implementado por Uruguay y nuestro país, señalando circunstancias comunes que ocurría en ambas repúblicas, como ser el modo de operar de las dictaduras que gobernaban en las mismas (secuestro, sustracción de menores, desaparición de las madres de éstos, etc.).

Relevancia particular reviste el considerando 64 y ss., donde la CoIDH tipifica lo que es la figura delictiva de la Desaparición Forzada de personas, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este detalle, confirma la existencia de una suerte de diálogo entre ambos sistemas, así como de otras instancias de la ONU y Cortes constitucionales, ya que contienen doctrinas similares en esta temática. Se sirve asimismo, de la Declaración sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas y Estatuto de Roma y en la Convención Interamericana³. La CoIDH fundamenta jurídicamente la tipificación de esta figura, precisamente en la vulneración permanente, "*mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención*"⁴. En los considerandos posteriores, la CoIDH caracteriza a esta figura jurídica,

2 Considerandos 28 y 29.

3 Considerando 67 y ss.

4 Considerando 72.

teniendo como norte en todo momento, los principios que sostienen integran el *ius cogens*, por el cual “*los Estados Partes se comprometen a no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en cualquier circunstancia, y a sancionar a los responsables de la misma en el ámbito de su jurisdicción, lo que es consecuente con la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la cual puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección*”⁵, dando precisiones en cuanto al deber de prevención que sobre ellos recae.

Sirviéndose de todo este bagaje de consideraciones apuntadas, la CoIDH enmarca el delito en tratamiento, en las situaciones puntuales sufridas por cada una de las víctimas, comenzando en primer término, por la de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, cuyo secuestro se produjo cuando tenía 19 años, atravesando un embarazo avanzado.

Como segundo paso, meritúa la situación de la hija del matrimonio desaparecido, María Macarena Gelman García Iruretagoyena, quien es titular de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la integridad personal y el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, reconocidos en los artículos 3, 17, 18, 19, 20, 5 y 11 de la Convención, respectivamente. La CoIDH, sigue la misma metodología antes referenciada, ya que trata los argumentos de las partes, para luego encuadrar el delito que se le imputa al Estado respecto de esta víctima en particular. Se trata de la sustracción y supresión de la identidad, a la que caracteriza -y con razón- como una forma de desaparición forzada. Contempla minuciosamente los detalles de su situación (aspecto sanitario al momento de su nacimiento, sufrimiento psicológico al enterarse de su verdadero origen, desaparición y muerte de sus congéneres); y las implicancias de todo ello respecto a su derecho a la identidad⁶, valiéndose para ello de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Prosigue el Tribunal Latinoamericano, con el razonamiento respecto de este delito, conectándolo con el principio del derecho a la protección de la familia, haciendo caer en cabeza del Estado, la obligación que le cabe

5 Considerando 76

6 Considerando 122 y ss.

respecto de ese derecho, que es el de promover la protección a la familia, que es el pilar fundamental de la sociedad. No pasa por alto dicho Tribunal la cuestión del derecho al nombre, reconocido en el Art. 18 de la Convención, como asimismo el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia.

Posteriormente, realiza consideraciones sobre la situación del Sr. Juan Gelman, suegro de María Claudia García y abuelo de María Macarena Gelman, y por supuesto padre del esposo de la primera y padre de esta última: Marcelo Gelman, que lamentablemente, fue víctima del Estado uruguayo, puesto que este país incumplió su deber de proteger a la familia de aquél. También se meritúa su situación psicológica, todos estos elementos que llevan a declarar la responsabilidad del país demandado.

Párrafo aparte, merece las consideraciones respecto a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones en derecho interno y las obligaciones sobre investigación derivadas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, siguiendo la misma metodología antes referenciada (alegatos de la Comisión, de los representantes y del Estado). En el desarrollo de ellas, hace jugar diversos principios rectores, lo que ocurre desde los considerandos 183 en adelante, contextualizándolos en el caso en tratamiento, con las situaciones históricas ocurridas en esos años oscuros.

En esa línea, recuérdese que la CoIDH siempre tiene como principio cardinal el irrestricto *respeto a las normas imperativas*, entre las cuales se destaca el deber del Estado de garantizar la vida y salud de las personas, e investigar y sancionar las violaciones de Derechos Humanos. Al señalar las fuentes de este derecho (de derecho internacional e interno del propio Estado), califica a esta obligación como de medios, que aquél debe asumir como un deber propio y nunca como una formalidad. Así también recalca la obligación del Estado en lo atinente a ejercer un control de convencionalidad sobre las normas y actos de su derecho interno, confrontándolos con las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos (Convenciones, Tratados, Jurisprudencia de la CoIDH y las Opiniones Consultivas de la CIDH), a fin de velar por la validez y eficacia de los mismos con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Seguidamente, en el párrafo 225, cita sus precedentes respec-

to de las leyes de amnistía, ya que en este caso una norma de este tipo tuvo vigencia, por lo cual, lamentablemente, produjo un gran perjuicio de las víctimas, atento a que el Estado, con su invocación, denegó el acceso no sólo a la justicia, sino a la búsqueda de la verdad, implicándose con ello el incumplimiento de su obligación de investigar y castigar a aquellas personas –físicas o jurídicas- que perpetraron de las acciones delictivas en perjuicio de aquellas.

Por supuesto, que la Corte utiliza no sólo jurisprudencia propia, sino también de los otros sistemas vigentes en el mundo (Sistema Europeo y Africano).

Al Tribunal no le importa que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático, ni menos que haya sido ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, ya que a su entender, eso no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional, siendo que por encima de las normas locales, se encuentran las normas y obligaciones internacionales de protección de los Derechos Humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los Derechos Humanos constituye un límite. Entiendo que para no traspasar ese límite, el Estado debe acudir a una herramienta invalorable: el “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

La Corte concluyó, entonces, que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la C.A.D.H, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman. Además, debido a la interpretación y a la aplicación que se le ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de Derechos Humanos, el Estado ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

4. Reparaciones

El Estado fue condenado por unanimidad, a cumplir con las siguientes medidas de reparación:

- a. conducir y llevar a término eficazmente la investigación de las desapariciones forzadas de María Claudia García y de María Macarena Gelman, así como de los hechos conexos, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea;
- b. continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares;
- c. garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos.

Como medidas de satisfacción:

- a. realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso;
- b. colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar;
- c. realizar las correspondientes publicaciones de la Sentencia.

Garantías de no repetición:

- a. asegurar, en el marco de la futura Comisión Interministerial que se encargue de dar impulso a las investigaciones para esclarecer el destino de los desaparecidos entre los años 1973 a 1985, la participación de una representación de las víctimas de dichos hechos, si éstas así lo determinan;
- b. adoptar un “protocolo para la recolección e información de restos de personas desaparecidas”;
- c. implementar, con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de Derechos Humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay;
- d. adoptar las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves vio-

laciones de Derechos Humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales.

En cuanto a indemnizaciones, la Corte dispuso que el Estado debe pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y reintegrar costas y gastos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

5 . Conclusión

Del tratamiento completo de esta Sentencia de la CoIDH, se pueden rescatar diversas conclusiones:

1. en lo que respecta al modo de trabajar de la CoIDH, se verifica que su interpretación y argumentación se apoyan no solo sobre su propia jurisprudencia, sino también sobre lo que establecen los tribunales internacionales de Derechos Humanos que presiden los otros sistemas, tales como el europeo o el africano. Es más, ha recurrido a la propia jurisprudencia de nuestro país, en cuanto al tratamiento del fenómeno jurídico de las leyes de amnistía⁷, que es una suerte de artilugio legal para encubrir delitos perpetrados por el Estado.
2. Destáquese que ello no es de extrañar, ya que su interpretación es de modo sistemática, global, a los fines de sentar jurisprudencia provista de toda fuerza discursiva como le sea posible.
3. El fallo bajo estudio es justo, puesto que al reconocer los derechos fundamentales conculcados por el Estado, les reconoce la dignidad humana de las mencionadas víctimas, quienes simplemente, más allá de las citas normativas que se pretenden enumerar, pretenden obtener respuesta sobre el destino de sus seres queridos desaparecidos, estuviesen vivos o no.

Concordantemente, es inaceptable que los organismos estatales

7 S. 1767. XXXVIII.RECURSO DE HECHO Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.—causa N° 17.768—.

desatiendan su obligación de investigar y procesar a los culpables de delitos de lesa humanidad, conculcando el derecho a la vida, la protección familiar, la verdad y la justicia que los los ciudadanos, en cuanto seres humanos, son titulares. Es inviable que -como surge de la lectura de este fallo- los propios familiares de las víctimas desaparecidas, tengan que investigar sobre el destino de sus seres queridos.

4. Por otra parte, entiendo que es errónea la postura que sostiene que con una ley de amnistía, se pacificaría el país (ya sea de Uruguay o de cualquier otro). Porque con la aplicación de esta normativa, por la que se pretende encubrir y/o dejar impunes los delitos de lesa humanidad, siempre quedarán víctimas que clamarán justicia, ya que buscarán sin cesar la justicia y verdad, efectuando los reclamos pertinentes. Entonces ¿de qué pacificación social estamos hablando, si existen personas que continuamente claman de justicia a los cuatro vientos?
5. Para finalizar, entonces, conviene destacar que la paz y seguridad que debe imperar en toda sociedad estarán ausentes, toda vez que haya personas desaparecidas y familias desintegradas cuyos integrantes reclamen justicia, producto de los delitos de los gobiernos de facto.

Luciano Antonio Pavan

AFIP y Derechos Humanos (A 30 años del Estado de Derecho)

Introducción

Las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos ha sido establecido con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Nuestro país al suscribirla, voluntariamente se ha sometido a un Orden Jurídico Internacional que se informa y nutre con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuyos fallos son vinculantes para los estados parte. Al suscribir nuestra República la Convención, ha asumido la obligación de adaptarse a sus postulados¹ modificando sus instituciones, derogando las normas que colisionan con la misma y legislando donde hay vacíos, ese es el motivo por el cual hemos reformado nuestra Constitución Nacional (CN), promulgado (entre otras) la ley de matrimonio igualitario y modificado los Códigos Civil y Comercial estableciendo en la legislación local la supremacía jerárquica de este ordenamiento jurídico internacional².

Este nuevo orden impone a los magistrados y funcionarios de los países signatarios, aun de oficio, ejercer el control de convencionalidad en las cuestiones que se les someten a decisión. *“El “control de convencionalidad” establecido por la Corte Interamericana de De-*

1 Art. 26 Convención Americana de Derechos Humanos: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

2 Art. 75 Inc.22 CN, Art. 1Cgo. Civil y Comercial.

recftos Humanos en el caso “Almonacid Arellano” y completado por otros, especialmente “Trabajadores cesados del Congreso”, ordena a los jueces nacionales reputar invalidas a las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación dada a esta por la Corte Interamericana...”³.

Hemos evolucionado de un estado constitucional de derecho a un estado de derecho convencional que es un “derecho vivo”, que se enriquece constantemente con los fallos y opiniones vinculantes de la Corte IDH. El derecho ya no está en la letra sino en la persona, se debe reconocer, respetar y garantizar “aun cuando no esté escrito”. Esta evolución no solo es jurídica, es cultural, integral: entre las obligaciones asumidas por los estados parte, se encuentra la de adaptar el sistema educativo como todas las pautas sociales a estos postulados.

El cambio ha sido total y vertiginoso en todos los órdenes y lo notamos particularmente en las comunicaciones, por ejemplo en los 80 se ofrecía como revolucionario el Plan Megatel con una espera de hasta “20 años” a quienes deseaban acceder a un teléfono (no existían celulares), hoy suena a broma porque lo tenemos en el acto y además, contactamos y contratamos de un extremo al otro del planeta instantáneamente y los organismos de recaudación nos controlan, multan y disponen de nuestra propiedad (depósitos bancarios) sin que nos enteremos, nos habilitan o deshabilitan para trabajar. Esta manera virtual de operar también está regida por los Derechos Humanos, lo que significa que el estado o quien sea, para detraer fondos de una cuenta o restringirnos algún derecho, previamente debe estar habilitado por la ley y garantizarnos el debido proceso adjetivo. Es que los Derechos Humanos hoy no se limitan a la persona física ni a situaciones de detención o guerra, sino que

3 Obligaciones internacionales y control de convencionalidad International obligations and “Conventionality Control”. Nestor Pedro Sagues (Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Es Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Es catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina, Magistrado Judicial, Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Rosario, Académico Nacional en Derecho y Ciencias Sociales y Ciencias Morales y Políticas, y autor de numerosos libros en materia de derecho Público. Posee cuatro doctorados honoris causa y es profesor honoraria de numerosas universidades de Latinoamérica.

lo abarca todo, también las transacciones por la web, habilitaciones y detracciones dinerarias que se realizan por internet.

La Convención en el Art. 8 (primera parte) establece que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*; en el Art. 21 establece que *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”* y en el Art. 25 primera parte establece que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Los artículos precedentes establecen lo mínimo que se le debe garantizar y respetar a un ciudadano en todos los órdenes de la vida cuando de alguna manera se le afecta un derecho, en nuestro caso en cuestiones fiscales, previsionales y/o habilitaciones para cualquier actividad. No respetar estos estándares mínimos es violatorio de los Derechos Humanos y por lo tanto “No Convencional”.

Al suscribir nuestro país la CADH ha hecho la siguiente reserva: *“El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inferentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”*.

Esta reserva no es oponible a las situaciones de carácter procesal, penal y administrativo vinculadas a las materias tributaria y previsional que son las que seguidamente hemos de tratar, lugares en los que poco y nada se mencionan ni se han mencionado los Derechos Humanos, como si hubieran quedado al margen de los mismos y que, afirmamos, no se encuentran protegidos y son avasallados constantemente.

1 . Ley en sentido material y formal

Cuando en materia de Derechos Humanos se habla de “ley”, la misma debe entenderse en sentido material y formal, esto es la dictada por el Poder Legislativo (PL) observando el proceso reglado en la Constitución Nacional (CN).

En circunstancias graves, extraordinarias, el Congreso está autorizado a delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo (PE) pero limitadas a materias de administración y emergencia pública por un plazo determinado y le debe establecer las bases y límites de esa delegación legislativa. La CN prohíbe otro tipo de delegación de facultades legislativas⁴ al Presidente a quién le está vedado legislar⁵ por sí.

La materia tributaria es competencia exclusiva y excluyente del Congreso⁶, esto se conoce como reserva de ley (*“nullum tributum sine lege”*): Solo el legislador los establece, define sus elementos como el hecho imponible, la integración de la obligación tributaria (objeto – sujetos), los responsables del pago (por deuda propia o ajena), la manera en que ésta se determina (por el contribuyente o de oficio), designa agentes de retención, percepción, información⁷, etc. El PE ni por delegación del Congreso puede legislar en materia tributaria.

El Presidente está autorizado a dictar Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) co-legislando con el PL:

Artículo 76 CN.- *Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca...*

4 Art. 76 Constitución Nacional.

5 Art. 99 inc.3° 2° párrafo Constitución Nacional.

6 Arts. 4, 17 y 75 CN.

7 Casás, J. (1994). Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria. En H. García Belsunce (Comp.), *Estudios de derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma; Luqui, J. (1989). *La obligación tributaria*. Buenos Aires: Depalma; García Belsunce, H. (1982). *Temas de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot; Jarach, D. (1969). *Curso Superior de Derecho Tributario, Tomo I*. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima; Spisso, R. (1991). *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma; (1992). *Instituciones de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma.

Artículo 99 CN.- *El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:*

Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales ficiere imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Los DNU no pueden dictarse *ex post* para su ratificación posterior por el Congreso y jamás pueden ser de materia penal ni tributaria.

En 1996 el Congreso dicta la ley 24.629 por la cual delega facultades legislativas al Presidente “en materia de administración” hasta el 31 de diciembre de ese año. En ese marco, el PE dicta el Decreto N° 1156 por el cual fusiona la Administración Nacional de Aduanas (ANA) con la Dirección General Impositiva (DGI) creando la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y le otorga a ésta un plazo de 60 días para organizar las atribuciones y competencias de los organismos fusionados. Atento a que el plazo de delegación legislativa vencía sin que esta organización se produzca, el Presidente amplía mediante decreto el plazo legal por 120 días (Decreto 1589/96)⁸, usando una facultad que no tenía.

Es así como en el año 1997, caducado el plazo legal de delegación,

8 La inconstitucionalidad en cadena: de la ley 24.629 al decreto 618/97 Horacio Guillermo Corti Juan Manuel Álvarez Echagüe.

se dicta el decreto N°618/97 con el cual modifica las leyes números 11.683, 22.091, 22.415, el decreto 507/93 y le otorga al Administrador General de la AFIP las atribuciones de: **a)** reglamentación obligatoria para responsables tributarios y terceros, **b)** disponer pagos a cuenta, anticipos de impuestos, accesorios y multas, **c)** designar agentes de retención, percepción e información, **f)** interpretar normas generales, **g)** dirigir el organismo, **h)** ejercer las funciones de juez administrativo, **i)** conceder esperas para el pago de tributos y sus intereses, **j)** solicitar informes, **k)** requerir el auxilio de la fuera pública para cumplir sus fines, **l)** determinar la deuda tributaria y previsional de los contribuyentes, etc⁹.

La delegación de facultades legislativas de la Ley N° 24.629 ha incumplido con la CN: no ha establecido base ni límite a la delegación, no denuncia una circunstancia extraordinaria que la justifique. Por su parte el Presidente “sin facultad” amplía el plazo de delegación y, caducado el legal, dicta el Decreto 618/97 “legislando en materia tributaria y penal”, decreto que jamás ha sido ratificado por el Congreso.

Para el derecho Convencional, la ley “*es la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes*”¹⁰, esta opinión de la Corte IDH se ha dado en el marco de la interpretación del Art. 30 de la CADH que busca restringir la actividad del Estado a la hora de limitar las libertades personales. De acuerdo a esto, la delegación legislativa efectuada por la Ley N° 24.629 es inconstitucional y no convencional al igual que toda la construcción jurídica realizada a partir del Decreto N° 618/97 que rige lo fiscal, previsional y penal administrativo.

2 . Retención – Percepción – Información

El Estado, con el fin de optimizar la recaudación impositiva, se vale de figuras como las de los agentes de información, retención

9 Idem anterior.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

o percepción. Se trata de servicios personales que se imponen a los ciudadanos, obligaciones de dar o hacer.

La retención y percepción es un sistema de recaudación tributaria conocido como “retención en la fuente”. Consiste, por ejemplo en una compra-venta, en que si el comprador ha sido designado agente de retención, al momento del pago retenga parte del precio de la operación; si el vendedor es agente de percepción, adiciona al precio el porcentaje establecido por la norma. En ambos casos quien debe el impuesto al fisco no es el agente sino el otro. El agente no integra el hecho imponible, no es parte de la relación jurídico tributaria, es un tercero que por su condición (profesional, comercial, etc.) tiene contacto necesario con el obligado de una relación fiscal y el Estado aprovecha esa situación y le impone esta carga de cobrar.

Es cómoda, efectiva y económica para el Estado la retención en la fuente pero para el agente no, es todo un trabajo adicional que debe realizar para el estado, por el que no percibe remuneración y que le apareja grandes responsabilidades con un considerable costo administrativo y económico. Por la complejidad de cálculos, inflación normativa y consecuencias que acarrea, el agente se ve en la necesidad de contratar profesionales para cumplir con el servicio impuesto, además, el estado lo hace solidariamente responsable de la deuda del obligado principal¹¹ y como tal pasible de ser perseguido administrativa y judicialmente.

El agente de información no difiere en cuanto a costos y responsabilidades de los agentes de retención o percepción, a este se le impone la obligación de informar al Fisco datos de otros contribuyentes.

La AFIP es quien designa los agentes mediante Resoluciones Generales¹² (RG) como por ejemplo la N° 2731/07 destinada a controlar y combatir la evasión fiscal en la compra-venta inmobiliaria y para ello declara agentes de información a las inmobiliarias y a los escribanos para que informen sobre las transacciones en las que intervienen.

Nuestra CN en el Art. 17 establece que “NINGUN SERVICIO PERSONAL ES EXIGIBLE SINO EN VIRTUD DE LEY O DE SENTENCIA FUNDADA EN LEY” y seguidamente (Art. 19) que “Ningún habitante de la Nación será obligado a ftacer lo

11 Art. 8 ley N° 11.683.

12 Decreto N° 618/97, inc.7).

que no manda la ley, ni privado de lo que ella no proftíbe”: sin duda solo por ley material y formal se debe imponer y exigir un servicio personal y si consideramos el principio de legalidad o reserva de ley en materia impositiva¹³, concluimos que la AFIP no está autorizada por la Constitución¹⁴ para designar agentes de percepción, retención o información y sin embargo lo hace: El agente de retención y percepción (conforme vimos) es “responsable solidario” con el obligado principal¹⁵ y siendo un tercero es introducido en una relación jurídico fiscal extraña y colocado en esa situación por el PE¹⁶ cuando esto compete al legislador¹⁷ de manera exclusiva y excluyente.

Imponer un servicio a una persona es una restricción a sus derechos. Si además quién impone el servicio no es quién está facultado constitucionalmente para hacerlo como el PE, podríamos hablar de vasallaje y si le agregamos la inexistencia de retribución por el servicio que se exige como las consecuencias que trae aparejado incumplirlo, estamos rozando la esclavitud. Que los agentes de retención, percepción o información no sean designados por ley es inconstitucional, es una violación a los Derechos Humanos y la situación debe ser declarada “no convencional”: la Corte IDH tiene dicho que “solo la ley formal... tiene amplitud para restringir el goce o ejercicio de derechos reconocidos¹⁸”.

3 . Determinacion de Oficio Previsonal

El sistema previsional se inspira en un ideal de solidaridad para beneficio común, particularmente cuando se llega a la mayor edad

13 Ver supra II 2.

14 Si bien dedicada al derecho Uruguayo, aplicable en nuestro caso: Valdés Costas – “Instituciones de Derecho Tributario, Tomo I, cit. Pág. 27.

15 Art. 6 de la Ley 11683.

16 Blanco, A. & Pintos, H. *La designación de agentes de retención y otros responsables tributarios en el Iric, el IVA, y el impuesto a las pequeñas empresas.*

17 Valdés Costas, R., Valdés, N. & Sayagués Areco, E. *Código Tributario anotado y concordado.*

18 Mujica, J. (2014). En *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (p. 369). Buenos Aires: Eudeba.

y por ello corresponde que aportemos económicamente al mismo. Quienes se valen de empleados deben declararlos y realizar por ellos los aportes que retienen de sus sueldos. Si el empleador no declara sus empleados el sistema se resiente, por lo que la ley faculta al Estado a declarar de oficio las relaciones laborales “en negro” (o no declaradas).

La determinación de oficio previsional debería contar con un proceso reglado que concluya con una resolución administrativa determinativa, formal, con la estructura de una sentencia (como lo hace el proceso de determinación de deuda impositiva). Con un acto declarativo de naturaleza jurisdiccional¹⁹ debería declarar existente una relación laboral y en virtud de esa declaración determinar la deuda por el período en que ha existido la relación no declarada. La resolución debería estar fundada y motivada²⁰ como garantía de justa.

La determinación de oficio previsional está contemplada en los arts. 10, 11 y 12 de la Ley N° 18.820. El 10 enumera las facultades con las que cuentan los inspectores, el Art. 11 contempla un recurso contra la deuda determinada y el Art. 12 enuncia las consecuencias de no impugnar la deuda determinada.

Artículo 11 ley 18.820: “Efectuada intimación por funcionario o inspector de la Dirección Nacional de Previsión Social, el deudor tendrá derecho a manifestar su disconformidad o impugnación, total o parcial, respecto de la deuda establecida, mediante escrito fundado que se presentará en el lugar que indique el acta de inspección”.

El artículo transcrito es la única referencia normativa al proceso de determinación de deuda previsional y como se percibe, no hay debido proceso adjetivo (sin vista-traslado-imputación), sin etapa probatoria-defensa “previo a la determinación” y sin el dictado de una resolución que declare existente la relación laboral. Si tomamos semánticamente el Art. 11, advertimos que el obligado toma contacto con el proceso con una deuda ya “establecida” y sin una resolución que haya declarado existente la relación laboral.

Este déficit legislativo no es obstáculo para respetar el debido

19 Jarach, D. (1957). *Curso Superior de Derecfto Tributario, Tomo 1* (pp. 306-307, Buenos Aires: Cima.

20 Rodríguez, M. J. (2004). *El Acto Administrativo Tributario* (pp. 109-110). Buenos Aires: Ábaco.

proceso adjetivo ya que la CN lo establece por encima y a pesar de la ley N° 18.820 y además, la Ley de procedimiento administrativo N° 19.549 (y su Decreto Reglamentario N° 1759/72) lo impone para toda la Administración Pública Nacional de manera residual, por lo que no hay excusa para privar al contribuyente de derecho de defensa pero, lamentablemente, se aplica “literalmente” el Art. 11 de la 18820.

En los hechos, para determinar la deuda previsional, la AFIP (o el Ministerio de Trabajo de la Nación²¹) llevan adelante un trámite contra el presunto obligado invocando el Art. 11 de la ley N° 18.820 que inicia de oficio o por denuncia (generalmente anónima). Cuando es de oficio: inspectores se presentan a un local (establecimiento, campo, casa de familia, etc.) y relevan a quienes allí se encuentren y consideren vinculados laboralmente con el titular del lugar, requiriéndoles antigüedad y horarios que cumplen. Las respuestas se vuelcan en un papel que se hace firmar al relevado. Por denuncia, se instruye un **sumario “secreto”** denominado “actuaciones reservadas” que no forma parte del expediente “ni” llega a conocimiento del obligado²². Con los datos obtenidos en las “**actuaciones secretas**” se hacen requerimientos epistolares al denunciado sobre la antigüedad y carga horaria del denunciante. En ambos casos (oficio o denuncia) las respuestas obtenidas o datos relevados son compulsados con los que el organismo registra en sus sistemas, si no está registrado (el relevado o denunciante), “se da por sentada” la existencia de la relación laboral o, si estando registrado les figura una antigüedad menor a la relevada, “dan por existente” una relación más larga que la declarada y proceden a calcular la deuda (capital, intereses y multa). Esta es la “deuda establecida” que menciona el Art. 11: un cálculo matemático sin explicación (considerandos-fundamento) ni resolución.

La planilla (contempla una multa de hasta un 400% del importe actualizado) es elaborada por un inspector (no profesional). En el

21 Resolución Conjunta 20/99 - 6/99 y 1/99.

22 F.8400/L 008 N° 0177981 y 008 N° 0174570 – DENUNCIA PREVISIONAL FORMULADA POR EL SR. LUIS FRANCISCO VAZQUEZ, Div. Rev. y Rec. de la Dir. Reg. Tucumán.- DETERMINACION DE OFICIO PREVISIONAL SEGUIDA CONTRA PEREZ MANUEL ORLANDO INICIADA MEDIANTE F.800 008 N° 0010539, continuada con F.8400/L 008 N° 0144021, PROSEGUIDA CON O.I. N° 94831 DICTAMEN 410/2007 (DV JUTU) RESOLUCION N° S.S. 62/07 (DV RRTU).

trámite no intervienen juez administrativo, una asesoría contable (control de cálculos) ni jurídica (control de legalidad). Si el obligado no impugna la planilla, ésta “adquiere la calidad” de una resolución administrativa firme que se ejecutará judicialmente. Ejemplos de personas relevadas que no son empleados sobran, entre los más comunes tenemos los farmacéuticos en las farmacias o los contadores en el local del cliente (los profesionales no son propietarios ni empleados, están vinculados por una locación de servicio profesional) o el de simples habitantes-moradores que con autorización del propietario residen en un campo.

En nuestro sistema, a la relación laboral la declara el empleador o la declara de oficio el Estado, aquí no sucede uno ni otro, no existe resolución que declare existente la relación laboral (no está prevista en la norma), a la relación **se la tiene por existente** y lo único que se puede impugnar es el cálculo numérico de la deuda con las limitaciones que esto significa con relación al ejercicio del derecho de defensa.

El trámite descrito es también llevado a adelante por instituciones que no son Administración Pública: las Leyes N° 23.660 y N° 24.642 autorizan a las obras sociales sindicales y a los sindicatos (respectivamente) a utilizar el “proceso” de la ley N° 18.820 para determinar las deudas que los empleadores mantienen con las mismas por retenciones que hicieron o debieron hacer a sus dependientes. A la inexistencia de proceso debido proceso añadimos que los inspectores “no son funcionarios públicos ni imparciales”, son parte interesada en determinar la deuda, actuando como jueces y parte.

La Justicia Federal de Santiago del Estero en la causa AFIP c/ JUAREZ LILIANA NOEMI s/EJECUCION FISCAL” EXP-TE. N° 221 / 2005 ha acogido la defensa y declarado la inhabilidad de título por “inexistencia” de resolución administrativa de una deuda determinada con el Art. 11 de la Ley N° 18.820. Llegada la cuestión a la CSJN, con votos de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zafaroni, ésta ha dicho que “... *tal como lo exige la normativa aplicable a la determinación de deuda previsional (ley n° 18.810 y R.G. AFIP n° 79/98)... la exigencia de una resolución administrativa no reglada por el régimen legal vigente, no resulta admisible...*” haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación, solución que entendemos desacertada. Todo proceso administrativo debe concluir con un acto administrativo

y más si afecta derechos esenciales. La resolución administrativa es una garantía integrante del debido proceso²³, es obligatorio dictarla aún cuando el obligado se allane a la pretensión²⁴ y debe estar fundada²⁵. Antes de la resolución solo hay actuaciones, cálculos. Paradójicamente, en materia impositiva, el Art. 16 Ley 11.683 2º Párr. establece que las liquidaciones de inspectores no son determinación administrativa de deuda porque estos no tienen facultad para ello, pues esto solo compete a los jueces administrativos y lo que hagan o digan los fiscalizadores no obliga a la AFIP²⁶. El principio de inocencia rige también en los procesos administrativos de cualquier índole, por lo tanto, todos somos inocentes hasta tanto una resolución fundada establezca lo contrario.

La línea jurisprudencial de la Corte IDH confirma que si bien el artículo 8 de la CADH se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los procesos judiciales en sentido estricto “*sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales*”²⁷ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos²⁸. Esas otras instancias procesales pueden comprender aquellas en las que se determinan derechos y obligaciones de orden... fiscal²⁹. El Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la

23 Art. 1 Ley N° 19.549.

24 Art. 63 Decreto Reglamentario N° 1.759/72.

25 Artículo 64 Decreto Reglamentario N° 1.759/72.

26 Giuliani Fonrouge, C. M. & Navarrine, S. C. (1999). *Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social* (7ª Ed.) (p. 151). Buenos Aires: Depalma.

27 Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27,2,25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N°9, párr.27 y Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de Enero de 2001- Serie C N°71 párr.68.

28 Ibidem, párrs. 69 y 70.

29 Ibáñez Rivas, J. M. Comentario. En C. Steiner & P. Uribe (Ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (p. 211). Buenos Aires: Eudeba.

determinación de los derechos y obligaciones de estas³⁰.

La determinación de deuda previsional a la luz de la CADH y los fallos de Corte IDH es violatoria de los Derechos Humanos del contribuyente argentino porque no se utiliza el debido proceso adjetivo ni el dictado de la insoslayable resolución administrativa declarativa de la relación y determinativa de la deuda, trámite claramente violatorio de la Constitución Argentina.

4 . Ejecución Fiscal

Para el cobro forzado de tributos, determinaciones de oficio y multas, la AFIP utiliza el juicio de apremio del Art.92 de la Ley N° 11683 criticado a partir de la reforma introducida por la Ley N°25.239. Ya en su debate parlamentario, el entonces Diputado Pichetto catalogaba al Agente Fiscal (abogado de la AFIP) como “*un recaudador de algún estado feudal del Medioevo*”³¹ por la discrecionalidad con que podía agredir el patrimonio del ejecutado en calidad de juez y parte.

El Agente Fiscal, con la constancia de haber iniciado el cobro ya estaba facultado a dictar por su cuenta y firma cuantas medidas cautelares considere contra el ejecutado sin intervención del juez. La CSJN ha declarado inconstitucional esta facultad³² por romper la división de poderes y por este motivo la AFIP ha dictado la Disposición Interna N° 250/2010 (cuyos considerandos reconocen lo *inconstitucional*) instruyendo a sus abogados a solicitar con el escrito de demanda el embargo general de fondos y valores preventivamente. Este embargo “general” (para quienes no están familiarizados) se equipara a la “inhibición general de bienes”, se transmite al Banco Central de la República Argentina (BCRA) y

30 CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de Septiembre de 2003. Serie C No. 104, párr..114 y Caso Mohamed vs. Argentina.

31 Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.239 Reforma Tributaria, Publicado en La Ley Año 2000, Nro. 2, Página 1113, Parágrafo 131.

32 Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal - Corte Suprema de Justicia de la Nación - 15-jun-2010 - MJ- JU-M-55727-AR | MJJ55727 | MJJ55727.

Bituron Horacio Andrés s/ clausura preventiva - Cámara Federal de Apelaciones de San Martín - 9-sep-2011 - MJ-JU-M-68302-AR | MJJ68302 | MJJ68302.

éste lo retransmite a todas las entidades bancarias y financieras del país y una vez transmitido el ejecutado ya no puede operar en los bancos. Este embargo ha sido diseñado por el PE con la Operatoria Comunicación “A” 2.747 (BCRA).

El Art. N° 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) exige a los jueces “evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes embargados facultándolos a dictar otro tipo de medida cautelar o sobre otro bien” evaluando para ello la proporcionalidad y razonabilidad de la medida con relación al crédito, a la actividad del obligado, al peligro en la demora. En la práctica, el Art. 204 del CPCCN **ha sido dejado de lado** por los jueces federales por la Disposición (interna) N° 250 de la AFIP: Los jueces ordenan trabar embargo general de fondos y valores preventivamente, sin ponderación alguna inhiben al ejecutado en el sistema bancario en el primer proveído.

El Art. 207 del CPCCN establece la caducidad de “pleno derecho” de toda cautelar a los cinco años de trabada, pero el embargo general de fondos y valores no caduca. El PE, al implementarlo, no ha previsto su caducidad administrativa ni en el sistema informático. Si pasados los 5 años el afectado sigue embargado y solicita al juez de la causa decreta la caducidad del embargo (debería ser automática), éste, respetando el Ppio. de bilateralidad, ordena el traslado a la actora (AFIP) para que tome conocimiento del pedido del embargado, ante lo cual el organismo lo vuelve a trabar comenzando de nuevo la cuenta de los 5 años. En cambio, si el perjudicado solicita a la entidad bancaria tenga por caduco el embargo, ésta no se atreve a apartarse de una instrucción del BCRA³³, su autoridad de aplicación, temiendo sanciones. A pesar de la previsión legal, por disposición del PE, el ciudadano contribuyente se encuentra “inhibido” *ab aeterno*, sin recurso y sin acceso a la justicia porque el sistema entiende que está en un proceso judicial...

Si el demandado en este juicio de ejecución fiscal no se defiende oponiendo excepciones, el Art. 92 autoriza al Agente Fiscal a “disponer sin sentencia” de los bienes del ejecutado. Esta ejecución no contempla el dictado de sentencia en caso de incomparencia del ejecutado al proceso, violando el Art.17 de la CN (solo por ley o sentencia se pierde la propiedad contra voluntad). Imaginemos la

33 “AFIP c/ITURRE MARTA CONSOLACION s/EJ. FISCAL” EXPTE. 2746/01.

ejecución de una deuda “establecida” con el Art. 11 de la Ley 18.820 (determinación de oficio previsional) en donde no se ha dictado resolución... el ciudadano, sin resolución administrativa ni judicial puede ser privado de su propiedad.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, por resolución Ministerial N° 655/05 ha facultando a sus abogados a usar la ejecución fiscal de la AFIP con las mismas atribuciones de los agentes fiscales, cuando conocemos que el presidente y sus ministros carecen de dicha facultad, la que es propia del PL.

Es manifiesta la violación a la CN y al Derecho Convencional, pero es necesario resaltar el manso sometimiento del Poder Judicial de la Nación a las disposiciones internas de un organismo del Ejecutivo al punto de ignorar la ley de Procedimiento Procesal en cuanto al dictado del embargo general preventivo de fondos y valores o a la no caducidad de dicho embargo. La no previsión del dictado de una sentencia no es un tema menor y su inconstitucionalidad como no convencionalidad de oficio se debería haber dispuesto. Esta crítica la hacemos extensiva y más dura a la utilización de este proceso por decreto del Ministro de Trabajo.

5 . Base Apoc

La AFIP cuenta con sitio Web de consulta obligatoria para todo trámite. Dentro del mismo hay una página titulada FACTURACION APOCRIFA, es la “Base Apoc”, su dirección es <http://www.afip.gov.ar/genericos/facturasApocrifas/> y allí, ingresando una Clave Unica de Identificación Tributaria (CUIT) nos informa si su titular emite facturas “truchas”. Cualquier contribuyente que se dispone a recibir una factura cuyo emisor está en la base “apoc” sabe que se expone a una inspección³⁴.

Figurar en la base apoc es una tacha pública, una inhibición para ejercer cualquier actividad. Nadie en su sano juicio se expone voluntariamente a una inspección y para evitarlo, evita contratar con quién está en la base “apoc”.

34 ASUNTO: PROCEDIMIENTO DETERMINACION DE OFICIO – IMPUESTO A LAS GANANCIAS PERIODO FISCAL 2010 Y 2011 – CONTRIBUYENTE VICTOR DURAN CUIT 20-16153525-8 – RESOLUCION VISTA N° 17/2014 (DVRRTU).

La “base apoc” no ha sido creada normativamente y no hay un proceso reglado previo en virtud del cual a un contribuyente se lo incluye en la misma, tampoco se dicta una resolución ordenando la inclusión. La base “apoc” existe de hecho y la inclusión de un ciudadano en ella “es pura discrecionalidad”. Un juez administrativo ha reconocido *“que la consulta a la base APOC “presenta un carácter experimental y no oficial, ya que no existe ningún tipo de norma legal o reglamentaria... que disponga la publicación de los datos incluidos en esta base, y menos aún que condicione a su consulta el cómputo de algún beneficio fiscal”*³⁵. Pero la base está en el sitio oficial de la AFIP y ésta la utiliza para impugnar las operaciones de quienes hayan contratado con algún apócrifo.

Que una página oficial del Estado informe al mundo que un contribuyente es emisor de facturas truchas importa una tacha en su buen nombre y una restricción en su actividad, es una sanción de naturaleza penal aplicada sin ley previa, sin tipificación legal, sin juicio previo, situación por demás violatoria de la Constitución Argentina como del más elemental Derecho Humano.

6 . Cancelación de CUIT

Presentar constancia de la CUIT vigente es requisito sine qua non en todo trámite público y privado, por ejemplo, la AFIP ha designado agentes de retención a las Cajas Forenses, consejos/colegios profesionales y a las entidades bancarias por donde se pagan honorarios³⁶ y obliga al Poder Judicial (Ordinario y Federal) exigir dicha constancia a los interesados para regularles honorarios en las causas en que han intervenido³⁷. Todo profesional para cobrar honorarios judiciales debe presentar si o si constancia de CUIT vigente.

La AFIP administra el uso de la CUIT, la habilita y deshabilita unilateralmente³⁸ enterándose el contribuyente que ha sido desha-

35 “Facturas apócrifas: ilegalidad del sitio APOC de la página “Web” de la AFIP”, publicado en *Práctica Profesional* 2007-43, 40 de La Ley. <http://www.ambito.com/suplementos/novedadesfiscales/ampliar.asp?id=1373>.

36 RG N° 1105/01.

37 RG 689/99, RG 4214/96, entre otras.

38 RG N° 3358/12 y N° 3416.

bilitado recién al no poder imprimir las constancias. Un ciudadano sin identificación fiscal es un muerto civil. La jurisprudencia, una vez más, ha descalificado el proceder del organismo³⁹ en esta cuestión, lo que ha motivado el dictado de la RG N°3.832/2016 en virtud de la cual el Fisco, en vez de bloquear la CUIT como lo hacía antes, la limita gradualmente hasta el bloqueo total previendo un proceso de rehabilitación, pero no establece causales ni un proceso reglado, resolución o notificación previa para que el contribuyente se defienda evitando perjuicios. El afectado se entera con la limitación o privación del uso que atento a la gravedad, es una sanción y debería haber sido establecida por ley.

2. Otra vez el Fisco aplica una sanción de naturaleza penal sin que la situación haya sido tipificada por ley, sin proceso previo y el sancionado, con posterioridad a la sanción, recién puede “defenderse”, situación a esta altura por demás absurda con sanción, recién puede “defenderse”, situación a esta altura por demás absurda con relación a la CN como al Derecho Convencional.

7 . A treinta años del Estado de Derecho

De vida democrática ininterrumpida, en los que se ha profundizado en todos los órdenes la cultura de los Derechos Humanos con espacios de memoria, docencia en la escuela, en lo doméstico, enseñando a pequeños y grandes a reconocer y hacerlos respetar, talleres de capacitación en no violencia contra la mujer, no discriminación por raza, sexo o de cualquier tipo, de haberse reconocido para todos el principio de reserva de ley y garantía del debido proceso, publicidad, jueces naturales, resoluciones fundadas, constatamos que el contribuyente ha quedado al margen, excluido en toda esta cuestión, de todo este cambio jurídico-cultural.

Vimos cómo en los años 90, con una inapropiada delegación legislativa al PE, surge la AFIP como súper organismo, dotada de

39 “Desmed SA c/AFIP (RG AFIP 3358) s/amparo Ley 16986”

“Zeta Tres a c/AFIP-DGI s/amparo” la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Posadas.

“Speedo Group SA” de la Sala II de la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo de fecha 4/9/2014.

“El Mandarín SRL c/AFIP sobre acción de amparo” la Sala 2 del Juzgado Federal de Salta de fecha 27/5/2013.

facultades reservadas al PL y al Poder Judicial⁴⁰ como interpretar la ley tributaria⁴¹ imponer servicios a los ciudadanos⁴², dictar embargos⁴³ creando tipos penales y sancionando sin juicio previo ni derecho de defensa, determinando deudas sin acto administrativo⁴⁴. Desde el año 1997 la AFIP dicta resoluciones generales casi a diario, un *big bang* normativo que nos ha producido un sublimar cambio cultural y jurídico, como la mutación en el uso del Documento Nacional de Identidad por la CUIT, hoy nos puede faltar el primero pero sin la segunda somos muertos civiles. Estas normas tienen la “inexplicable virtualidad” de dejar de lado leyes como la de procedimiento civil y los jueces las aplican decretando el embargo general de fondos y valores⁴⁵. Todo esto es gravísimo, porque el PE decide por su exclusiva cuenta quién puede trabajar o no⁴⁶, quien puede vender o no⁴⁷, quien hará espionaje fiscal contra otro ciudadano⁴⁸, quien puede transportar productos⁴⁹, quién ha de responder por las deudas de otro, quién es empleado de otro⁵⁰, cómo se han de interpretar las normas impositivas⁵¹ creando tipos penales y sancionando sin ley, sin derecho de defensa ni debido proceso... hasta puede calificar/sancionar a un ciudadano de delincuente y publicarlo al mundo sin que haya sido juzgado en virtud de una ley anterior al hecho, sin sentencia, usando facultades expresamente prohibidas por la CN. Hace 30 años la situación no era tan grave, no existía el Internet, hoy casi todos los habitantes se manejan o dependen de la Red de alguna manera, por lo que esta suma de poder público en el

40 Ver *supra* II 5.

41 Ver *supra* II 2.

42 Ver *supra* III.

43 Ver *supra* V 2.

44 Ver *supra* VI y VII cancelación de CUIT y BASE APOC

45 Ver *supra* V 2 y 3.

46 Ver *supra* VII.

47 Ver *supra* VI.

48 Ver *supra* II 5 y III 1.

49 Resolución Conjunta General 2595, 3253/2009 y Disposición 6/2009.

50 Ver *supra* IV.

51 DNU618/97.

PE es más perversa porque está presente en todos, constantemente, presionando la tecla “enter” se le quitan derechos a un ciudadano situado en el más recóndito lugar del país o del mundo. La AFIP, colocada en una situación supra legal a la que mansamente se someten los restantes poderes, las provincias y las municipalidades, es el organismo ejecutor que silenciosamente devora la república, la federación y los Derechos Humanos. Imaginemos este poder con intenciones políticas o delictivas...

En 1853 el Constituyente había establecido un eje axiológico esencial a los derechos civiles y políticos respondiendo a una situación histórica anterior y en la actualidad, a casi 200 años, tiene plena vigencia en “Derecho Humanos”, es el Artículo 29:

“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el ftonor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

A más de 30 años de democracia, habiendo evolucionado del estado de derecho constitucional al estado de derecho convencional⁵² y ubicado éste en la cima del ordenamiento jurídico con las reformas de la Constitución y del Código Civil, esta suma de poder público es inaceptable, doblemente condenada: por inconstitucional y no convencional, pero está, es real, palpable. Urge profundizar el derecho convencional que en este caso vigoriza ratificando nuestra CN y derecho positivo local no convencional, pero está, es real, palpable. Urge profundizar el derecho convencional que en este caso vigoriza ratificando nuestra CN y derecho positivo local y que jueces, funcionarios y auxiliares de justicia tengamos el valor de levantar la voz y materialicemos el reconocimiento real y efectivo de nuestros Derechos Humanos en material fiscal para que *la vida, el ftonor o las fortunas de los argentinos no queden a merced de gobiernos o persona alguna*. Respetar los Derechos Humanos es ofrecer seguridad jurídica y garantizar reglas comerciales y fiscales claras, predecibles, lo que atrae inversores de riesgo mejorando la calidad de vida del conjunto.

52 Ver *supra* 13.

**Derechos Económicos, Sociales,
Culturales y ambientales**

Jimena Rodríguez Moscoso

El Derecho a la Seguridad Social en materia previsional como Derecho Humano y fundamental

Introducción

La seguridad social es un derecho que se encuentra consagrado tanto en el marco jurídico nacional¹ como internacional². Este derecho reconoce dos dimensiones; por un lado comprende la asistencia médica –que podría entenderse como una manifestación del derecho a la salud-, y por otro las prestaciones o pensiones –reconocido como derecho a la pensión³. A pesar de que la seguridad social es un tema muy rico y vasto, nuestra investigación se concentrará solo en lo concerniente a la asistencia previsional por vejez, o derecho a la pensión para personas adultas mayores.

En esa línea, esta investigación busca analizar a profundidad el contenido del derecho a la seguridad social en materia de pensiones, en razón a los estándares que guían su debido cumplimiento.

1 Constitución Política del Perú, Art. 10, 11, 12, Ley N° 26790 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Decreto Ley N° 25897 de creación del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP).

2 Entre los más importantes tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (PIDESC) (1978).

3 Organización Internacional del Trabajo (1952). *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, 102.

1. El Derecho a la Seguridad Social en materia previsional

Sobre la seguridad social

La evolución del concepto de seguridad social ha ido avanzando a través del paso del tiempo. La primera vez que se reconoció fue a fines del siglo XIX. En esos años el Canciller Otto von Bismark impulsó en Alemania la protección de los trabajadores contra riesgos sociales de vejez, invalidez y enfermedad, los cuales estaban regidos por los principios de obligatoriedad y cotización política que se continuó luego bajo la Constitución de Weimar⁴. En 1940, el inglés William Beveridge⁵ fue el primero en hacer mención a la idea de seguridad social como tal. Esta abarcaría los seguros sociales, la asistencia social y los seguros sociales complementarios. Con los años, este reconocimiento alcanza niveles internacionales. Por ejemplo, se le menciona en la Declaración de Filadelfia de 1944 -relativa a los objetivos y fines de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)- al indicar en el apartado III (f) que esta organización se encargaría de fomentar entre los Estados “[...] *las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa*”.

Es ya avanzado el siglo XX que la seguridad social es considerada como un modo de prestación de servicios por parte del Estado. La influencia de la teoría de los Derechos Humanos en los textos constitucionales coadyuvó a la positivación de ésta como derecho, haciéndolo exigible por parte de los ciudadanos frente al Estado.

Si bien es difícil para la doctrina precisar el concepto de seguridad social, no siendo un concepto sin cuestionamientos, podemos mencionar algunas definiciones:

Juan José Etala sostiene que “la Seguridad Social es un fin en sí misma. Su objeto es la protección del hombre contra las contingencias sociales, utilizando todos los medios que estime necesarios para su realización⁶”. Así, la Seguridad Social tendría un sentido

4 Centrángolo, O. (2009). *La seguridad social en América Latina y el Caribe: una propuesta metodológica para su medición y aplicación a los casos de Argentina, Chile y Colombia* (p. 11). Chile: Fondo Editorial de CEPAL-PNUD.

5 Para Beveridge, la Seguridad Social es “el mantenimiento de los ingresos necesarios para la subsistencia”.

6 Etala, J. J. *Derecho a la Seguridad Social*, 51. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/33/derecho-de-la-seguri->

amplio que iría más allá del concepto de Previsión Social.

Para Netter, “el objeto de la Seguridad Social es crear en beneficio de todas las personas y especialmente de los trabajadores, un conjunto de garantías contra un determinado número de eventualidades susceptibles de reducir o de suprimir su actividad o de imponerle cargas económicas suplementarias”⁷.

Jacques Doublet y George Lavau⁸ hacen una enumeración de los medios que utiliza la Seguridad Social para cumplir su finalidad: “Previsión por medio del ahorro individual y familiar; previsión colectiva sin fines de lucro por medio de las mutualidades; seguro facultativo u obligatorio, asistencia privada o pública: son diversas formas y técnicas que pueden ser utilizadas aisladas o simultáneamente, en yuxtaposición y en combinación, para tratar de procurar a los miembros de una sociedad, la seguridad contra los riesgos que disminuyen o limitan su capacidad de trabajo, le privan de medios de existencia y contra las cargas que pesan sobre sus condiciones de vida, etc., pero la suma de estos medios, aun puestos en ejecución de manera sistemática e intensiva, no serían suficientes para definir lo que actualmente se denomina Seguridad Social. La Seguridad Social “es un fin a alcanzar (...) fundamentalmente su objeto es asociar a todo el cuerpo social en una empresa sistemática de liberación de la necesidad creada por la desigualdad, la miseria, la enfermedad y la vejez”.

Para Javier Neves (1998), la Seguridad Social ha sido entendida como “[...] *el más reciente y perfecto de los mecanismos de superación de las necesidades sociales que fta creado la ftumanidad*”⁹.

Para Manuel Alonso y José Luis Tortuero la Seguridad Social (desde el punto de vista previsional) es el “*conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables*”¹⁰, agregándose la

dad-social.pdf Consulta: 15 de octubre de 2016

7 Etala, J. J. *Derecho a la Seguridad Social*, 52.

8 Etala, J. J. *Derecho a la Seguridad Social*, 52.

9 Neves Mujica, J. (1998). *La Seguridad en la Constitución. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: UNMSM. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

10 Alonso Olea, M. & Tortuero Plaza, J. L. (2005). *Instituciones de la Seguridad Social* (p.38). Madrid: Civitas.

idea de que tales medidas “*se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas*”.

Eduardo Macías Santos y otros definen a la Seguridad Social como “(...) un sistema general y homogéneo de prestaciones, de derecho público y supervisión estatal, que tiene como finalidad garantizar el Derecho Humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, mediante la redistribución de la riqueza nacional, especialmente dirigida a corregir supuestos de infortunio¹¹”.

Para García Maldonado, se puede entender por Seguridad Social al “conjunto integrado de medidas públicas de ordenación para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas¹²”.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la seguridad social es “[...] *la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia*”¹³. Esta es la definición más completa dado que comprende ítems de salud y de pensión, así como los deberes y obligaciones que ambos derechos conllevan. Además, incluye el término “protección”, el cual es determinante para definir el papel que debe desempeñar el Estado en relación a este derecho, atribuyéndole a éste responsabilidades en relación a

11 MACÍAS SANTOS, Eduardo, MORENO PADILLA, Javier, MILANÉS GARCÍA, Salvador, MARTÍNEZ MARTÍNEZ Arturo, HAZAS SÁNCHEZ, Alejandro, 1993 El sistema de pensiones en México dentro del contexto internacional, Ed. Confederación Patronal de la República Mexicana, Instituto de Proposiciones Estratégicas, Themis, México, , p. 1

12 *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social* (p. 404). (1994). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

13 *Heftos Concretos sobre la Seguridad Social* (2011). Documento de la Organización Internacional del Trabajo. Consulta: 22 de octubre de 2016. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf.

los beneficiarios del mismo.

De los conceptos mencionados, consideramos que se pueden extraer los elementos más importantes de cada uno de ellos, lo que nos permitirá elaborar un concepto de seguridad social para la presente investigación. Así, podemos definir a la seguridad social como **el Derecho Humano del que derivan un conjunto de políticas que implementan los Estados con la finalidad proporcionar a las personas protección en caso de vulnerabilidad mediante la asistencia médica y prestaciones pensionarias**. Los Estados, mediante la Seguridad Social, promueven el bienestar de la sociedad, mejorando la situación de las personas y las familias que sufren contingencias o se encuentran desprotegidas frente a situaciones distintas. Dentro de las personas que podrían recibir la protección de los Estados en materia de Seguridad Social se encuentran las personas incapacitadas, las personas enfermas, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, entre otros.

Según Jorge Toyama y Karen Angeles¹⁴, dentro de las principales características generales de la seguridad social se encuentran que este puede ser:

1. Público.- El Estado tiene la obligación de cubrir las necesidades de protección de la población.
2. Mixto.- El Estado brinda un servicio de protección a los sujetos necesitados, pudiendo existir una contraprestación contributiva y no contributiva.
3. Cubre necesidades.- El objetivo del Estado es cubrir las necesidades de la población y generar un sistema universal tanto en su ámbito subjetivo como objetivo.
4. Autónomo.- No se puede entender el Derecho de la Seguridad Social al margen del Derecho Laboral, sin embargo, por su carácter universal no sólo su ámbito de aplicación se circunscribe a los trabajadores dependientes, sino que también incluye a los no trabajadores.

Siguiendo a Ermida Uriarte¹⁵, los principios fundamentales de la seguridad social son:

Respecto a los sujetos:

14 Toyama Miyagusuku, J. & Ángeles Llerena, K. (2004). Seguridad Social peruana: sistemas y perspectivas. En *Tftemis, Revista de Derecfto*, 48, 198.

15 Ermida Uriarte, O. (1993). Los principios de la Seguridad Social. En *La Seguridad Social en el Uruguay* (pp. 14 y ss.). Montevideo.

1. La universalidad subjetiva.- La seguridad social no es un patrimonio exclusivo y excluyente del trabajador. La esencia de este principio se basa en que la seguridad social es un derecho fundamental y no está restringido a una clase o grupo social.

Respecto a los riesgos:

2. La universalidad objetiva. Enfocada a cubrir las contingencias que los individuos pueden padecer, manteniendo el equilibrio entre las necesidades y los ingresos que provienen de las aportaciones de los asegurados, no siendo relevante si dichos ingresos son de la aportación directa del que padece de la contingencia o de otro. Así, de esta manera, se enlaza con el principio de solidaridad.

En esa misma línea, la seguridad social ocupa un lugar relevante dentro de los múltiples organismos de la Organización de Naciones Unidas¹⁶. Concretamente, es mediante la Organización Mundial de Trabajo (OIT) y sus diversos Convenios, que este derecho se ha venido desarrollando, tal y como se puede apreciar del siguiente cuadro:

Nro . de Convenio	Nombre del Convenio	Año del Convenio
102	Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)	1952
118	Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social)	1962
121	Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	1964
128	Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes	1967
130	Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad	1982
168	Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo	1998

Fuente: OIT. Elaboración propia.

Asimismo, en la Conferencia Internacional del Trabajo realiza-

¹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 22°), y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 9° y 10°).

da en Ginebra (Suiza) en el año 2011, se adoptó la Resolución y Conclusiones Relativas a la Protección de la Seguridad Social (pisos mínimos) donde se estableció que los gobiernos debían trabajar por brindar las condiciones necesarias para que se garantizarla. También se encuentra contemplado en la normatividad de la Organización de Estados Americanos¹⁷.

Si bien, cómo podemos observar, la seguridad social se encuentra regulado en normas internacionales relativas a los Derechos Humanos, el mismo podría no estar siendo contemplado y respetado por los Estados, ya que sólo una pequeña proporción de la población mundial disfruta de este derecho. Específicamente, en lo relativo a la protección estatal por vejez, sólo una de cada cinco personas adultas mayores en el mundo gozan del mismo, y más de la mitad de la población a nivel mundial no cuenta con ningún tipo de protección a nivel de la seguridad social¹⁸.

A nivel nacional, la Constitución Política del Perú reconoce a toda persona el derecho a la seguridad social como un derecho universal y progresivo, orientado a la protección de las contingencias que precise la ley, así como a la elevación de la calidad de vida (artículo 10°). Como ejemplo de ello, el Perú viene suscribiendo convenios internacionales¹⁹ en materia de seguridad social, a través de los cuales el Estado peruano cuenta con un importante mecanismo que contribuye a efectivizar dicho derecho a favor de todas las personas, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia. A la fecha, se han suscrito Convenios en materia de Seguridad Social con Chile, Argentina, España, y Canadá²⁰; en esta misma línea se

17 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 9). También podemos mencionar a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (artículo 17), la misma que está a la espera de las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

18 *Hecftos Concretos sobre la Seguridad Social* (2011). Documento de la Organización Internacional del Trabajo. Consulta: 22 de octubre de 2016. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

19 Según el Art. Artículo 55° de la Constitución Política del Perú, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

20 Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y la República de Chile (2008), Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y la Re-

viene estudiando la posibilidad de suscribir estos mismos con Corea y Suiza.

De acuerdo a lo establecido por estos Convenios, los Estados tienen obligaciones como por ejemplo: evitar la discriminación y distinción entre los trabajadores nacionales y extranjeros, realizar el traslado de los montos pensionarios del país de origen al país de destino del trabajador o ex trabajador desplazado, asegurar el acceso a los servicios de salud del trabajador o ex trabajador desplazado, entre otros.

Estas obligaciones exigen a los Estados adoptar reglas coordinadas y complementarias a su legislación interna, enfocadas a garantizar el acceso a las prestaciones de la seguridad social que permitan cubrir determinadas contingencias de la vida de las personas que, en razón del trabajo por cuenta ajena o de actividades independientes se desplazan entre los territorios de más de un Estado, para lo cual se suele establecer reglas que favorecen la igualdad de trato, el contar con una única legislación aplicable, la conservación de expectativas de derechos, entre otros. De ese modo, se evita que la movilidad de las personas en más de un país no impida o genere una dificultad demasiado gravosa para acceder de manera efectiva a las prestaciones incluidas dentro de la seguridad social.

Asimismo, la Constitución Política del Perú del año 1993 señala que el Estado es **el encargado de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento** (artículo 11°) (el resaltado es nuestro). Respecto a ello, el principal deber convencional que le impone el Pacto de San José a los Estados signatarios del mismo es el de velar por la “progresividad” de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) -dentro de los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social-. Ello ha sido explicado por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación General N° 3 señalando que el retroceso (en caso extremo) de los derechos conferidos requerirá ser plenamente justificado por el Estado, en relación con la totalidad de los derechos y en el contexto de la máxi-

pública de Argentina (2008). Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y el Reino de España (2010), Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y la República de Canadá (2012).

ma utilización de los recursos disponibles²¹. Por ende, podríamos afirmar, tal y como lo menciona Garretón Merino²², que el Estado debe cumplir con normas de “comportamiento”, a fin de cumplir con las obligaciones asumidas para poder garantizar el derecho a la seguridad social, y por extensión, el derecho a la pensión.

El artículo 45 inciso h) de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) requiere que los Estados miembros desarrollen una política eficiente de seguridad social²³. Y es por ello que resulta válido lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos

21 “9. La principal obligación que se refleja en el artículo 2 (1) es tomar medidas "con miras a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos" en el Pacto. La expresión "progresiva" se utiliza a menudo para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un corto período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la realización en el tiempo, o en otras palabras progresivamente, esté prevista en el Pacto, no debe interpretarse erróneamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Es, por un lado, un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe leerse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes en relación con la plena realización de los derechos en cuestión. Se impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible hacia ese objetivo. Por otra parte, las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y, Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E / 1991/23, anexo III a los 86 años (1991), reimpresso en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de tratados de Derechos Humanos, U.N. Doc. HRI / GEN / 1 / Rev.6 a los 14 años (2003), párr. 9.

22 Garretón Merino, R. (1996). *La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios Básicos en Derechos Humanos* (p. 59). San José, Costa Rica: IIDH.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). Opinión Consultiva OC-10/89: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos solicitada por el Gobierno de Colombia. Serie A No. 10, supra. 36.

Humanos (CIDH) en el Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, pronunciándose sobre la garantía del derecho a la seguridad social, en el entendido de que el derecho a la seguridad social se encuentra entre los derechos económicos, sociales y culturales²⁴ que se derivan del artículo 26 de la Convención Americana²⁵.

En el articulado constitucional se enuncia que se debe garantizar el acceso a las prestaciones de salud y pensiones, más no menciona los mecanismos para ello, ni que estos sean obligatorios para toda la población; sólo menciona que las entidades encargadas de prestar estos servicios pueden tener la calidad de privadas, públicas o mixtas. Así se deja como parte de un desarrollo constitucional posterior el establecimiento de los mecanismos para garantizar este derecho. Los Estados, como medio efectivo para garantizar la protección de la población mediante la seguridad social, y concretamente al derecho a la prestación por vejez, han creado sistemas pensionarios²⁶. Uno de ellos, y que será materia de análisis de la presente tesis, es el sistema de pilares múltiples.

El derecho a la seguridad social como Derecho Humano²⁷

Desde principios del siglo pasado la seguridad social ha cumplido un importante rol en la sociedad y el Estado ha sido el encargado de brindar los recursos para la dación de las pensiones relativas a ve-

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia: 01 de agosto de 2009, supra 92-103.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia: 01 de agosto de 2009, supra. 101.

26 Al respecto, es importante resaltar que los sistemas pensionarios en Latinoamérica son de distintos tipos y responde en su forma al modelo de Estado implantado en cada país. Así, los sistemas pensionarios en países liberales cuyo estado es pequeño, serán distintos a los países con un gran Estado que puede cubrir mediante un sistema de prestaciones la protección de la vida humana desde el nacimiento hasta la tumba. En los últimos años se han llevado reformas pero no han sido homogéneas debido a que: a) no existe un único modelo de reforma universal y b) la reforma se ha ajustado en cada país según sus diversas condiciones (tales como las económicas, demográficas, jurídicas, etc.).

27 Mesa Lago, C. (2010). Política y Reforma de la Seguridad Social en América Latina. En *Revista Nueva Sociedad: Democracia y Política en América Latina*, 133-134. Buenos Aires.

vez, invalidez, muerte, entre otras. Desde su origen, estos sistemas fueron, en su gran mayoría, administrados por el Estado y financiados a través del sistema de impuestos o contribuciones específicas como contraparte de estos beneficios. La fórmula tradicional son esquemas de reparto en los cuales los trabajadores en actividad financian las pensiones de quienes se encuentran en etapa pasiva (Berstein 2010)²⁸. Esta forma de financiamiento ha sido cuestionada respecto de su sustentabilidad en el tiempo, principalmente por el envejecimiento de la población en contraposición con el crecimiento demográfico, lo que obliga a contribuciones cada vez más altas para financiar a una creciente proporción de población pensionada.

Si partimos de una definición de Derechos Humanos que englobe a todos los derechos inherentes al hombre²⁹, debemos de considerar a éstos como aquellos cuya protección y respeto son indispensables para concretar las exigencias de la dignidad humana³⁰. Además, se debe considerar su universalidad, según lo cual estos derechos pertenecen a todos y todas sin importar diferencias existentes entre las personas, tratándose de derechos inherentes, lo que implicaría su carácter indelible a todo ser humano.

Para la doctrina, los Derechos Humanos son considerados como derechos indivisibles e imperativos erga omnes, por lo que su respeto es universalmente obligatorio. También son considerados irreversibles (es decir, que una vez reconocidos quedan integrados al patrimonio jurídico personal y colectivo y no pueden ser suprimidos o ser objeto de retroactividad en detrimento del sujeto posteriormente); son progresivos (van evolucionando y mejorando con el paso del tiempo); y, son imprescriptibles (las penas por la violación de tales derechos son perseguibles y sancionables, sin importar el

28 Berstein Jauregui, S. (2010). *El Sistema Cfitileno de Pensiones* (7ª Ed.). Superintendencia de Pensiones. Consulta: 28 de agosto de 2016. En: http://www.safp.cl/portal/informes/581/articles-7206_libroVIIedicion.pdf.

29 La más aceptada, ya que reúne los elementos más importantes viene de la doctrina española: Antonio Pérez Luño define los Derechos Humanos como: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. En *Revista de Estudios Políticos Nueva Era* (Núm. 35) (1983). Consulta: 26 de octubre de 2016. En: <file:///C:/Users/Downloads/Dialnet-La-FundamentacionDeLosDerechosHumanos-26757.pdf>.

30 Siguiendo a la escuela del jurista español Gregorio Peces Barba.

plazo transcurrido)³¹.

Estas características configurarían un límite al ejercicio el poder del Estado, quien no podrá actuar arbitrariamente respecto de ellas; en sí lo que se pretende es que el Estado garantice el respeto y la eficacia de los Derechos Humanos, ya sea a través de acciones u omisiones con el fin de efectivizar los mismos. Es por ello que este tipo de derechos conllevan un sistema de protección también de carácter universal que va más allá de las facultades territoriales de los Estados y que en el plano internacional se ve representada por las Cortes Regionales de Derechos Humanos (ya sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos), o por el mismo Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

Al cumplir la seguridad social (en materia previsional) con estas características, entonces podemos indicar que nos encontramos ante un derecho para la ciudadanía, el que a su vez puede convertirse en un deber con exigencias propias derivadas de su naturaleza positiva para los Estados, cuya definición ya fue esgrimida en el primer ítem de este trabajo de investigación.

En consideración a lo antes expresado, no debiera caerse en el error de creer que, debido a que el derecho a la seguridad social es un derecho³² económico, social y cultural, gozaría de una protección menor que otros Derechos Humanos o que no le serían aplicables algunas de las características antes descritas. Estos derechos hacen mención a ese grupo de prerrogativas cuya finalidad primaria es garantizar condiciones de vida digna en la sociedad, tratando de conservar contextos igualitarios para todos los miembros del conglomerado. El Tribunal Constitucional peruano ha categorizado a la seguridad social como una “garantía institucional”, ya que considera que expresa la “función social del Estado³³”, comprendiéndose para ésta la existencia de un estado de necesidad (como la

31 Peces Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General* (p. 69 y ss.). Madrid.

32 La seguridad social no es solo considera derecho por un “consenso generalizado” sino además porque conlleva obligaciones al Estado respecto de sus ciudadanos en relación a las exigencias que este presenta, tales como salud y pensión.

33 Tribunal Constitucional (2005). Exp. N.º 1417-2005-AA/TC. Sentencia: 08 de agosto de 2005, párr. 29. Consulta: 25 de octubre de 2016. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

vejez) y el pago de una prestación pecuniaria por parte del Estado a fin de poder solventar esta situación, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad. Sobre el principio de solidaridad, debemos mencionar que, de acuerdo a la doctrina española, éste es considerado como un valor, siendo uno de los cuatro componentes de la dignidad humana, entendiéndosele como el fin al que aspiran las sociedades, con el objeto de lograr un ambiente armónico para el desarrollo de las mismas.

Como menciona Oscar Parra, la seguridad social “*contribuye a la coftesión social, a la productividad laboral, facilita la retirada de los trabajadores con edades de retiro, además mejora la aceptabilidad de cambio por parte de los trabajadores*”³⁴. Por lo anteriormente señalado, el derecho a la seguridad social es considerado como un derecho cuyo ejercicio depende en su desarrollo y avance (progresividad) de las posibilidades del Estado y que, por ser un Derecho Humano universalmente reconocido, una vez conferido y reconocido por el Estado a un individuo o a una colectividad de individuos, tal reconocimiento resulta irreversible, no pudiendo los Estados realizar actividad alguna que configure su incumplimiento.

Como todo derecho fundamental, la “piedra angular” del derecho a la seguridad social radicaría en la dignidad humana, de acuerdo a lo esgrimido por el jurista español Gregorio Peces Barba, ya que no se puede hablar de un ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, seguridad, ni solidaridad³⁵. De los cuatro valores enunciados, el derecho fundamental a la seguridad social -desde el punto de vista previsional- tendría un fuerte componente en la solidaridad (como lo mencionáramos líneas arriba), ya que se basa en la persecución de una verdadera sociedad en donde los individuos que la componen son conscientes de la vida en común (Peces Barba 2005). No debemos olvidar que uno de los pilares del derecho previsional son las contribuciones que las personas económicamente activas realizan

34 Parra Vera, O., Villanueva, M. A. & Martín, A. (2008). *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sistema Universal y Sistema Interamericano)* (p. 254). Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial del IIDH.

35 Peces Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General* (p. 217 yss.). Madrid.

al sistema, a fin de financiar las pensiones de las personas que ya no se encuentran en dicha situación, situación que se va repitiendo de manera cíclica.

Por ende, el fundamento del Derecho Humano a la seguridad social radicaría en la “dignidad humana”, lo que a su vez conllevaría a los Estados a realizar acciones jurídicas concretas a fin de garantizar dicho derecho, es decir, a obligaciones “de hacer”. En razón a ello, no se debe evaluar el derecho a la seguridad social como si éste consistiera en un mero “costo económico”, sino como una redistribución de ingresos de los trabajadores a las poblaciones inactivas de las sociedades, de modo que la seguridad social sea vista como una inversión más que un costo para las sociedades³⁶. Con ello, no solo se estaría garantizando la plena eficacia y eficiencia de este derecho, sino que los Estados cumplirían su deber como garantes del mismo. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el artículo 10 de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un Derecho Humano fundamental, que supone el derecho que le *“asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”*, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado³⁷.

A nivel previsional, el derecho a la seguridad social se ejerce mediante la afiliación a alguno de los sistemas vigentes. Caso contrario, este derecho se encuentra restringido para aquellas personas que no cumplan con el requisito de la “afiliación”, y para ser considerado como afiliado se debe cumplir con lo exigido por la norma para dicho propósito.

Si bien es cierto (como ya mencionáramos) la seguridad social –de acuerdo a la evolución de este concepto y a lo esgrimido por la misma OIT- comprende el derecho a la salud y el derecho a las prestaciones donde se incluye el derecho a la pensión, es éste último el

36 Organización Internacional del Trabajo (2011). Seguridad social: un nuevo consenso. Resolución y conclusiones relativas a la seguridad social. Conferencia Internacional del Trabajo. 89 Sesión Anual, punto 1, pág. 12.

37 Tribunal Constitucional (2014). Exp. N.º 03610-2013-PA/TC. Sentencia: 05 de mayo de 2014, párr. 4. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03610-2013-AA%20Resolucion.html>

que merece nuestra especial atención, al ser un derecho del que no gozaría toda la ciudadanía en general, cuyas consecuencias podrán verse reflejadas en un problema para el Estado, como explicaremos en el desarrollo de la presente investigación.

Respecto a las obligaciones de “hacer” de los Estados en relación a la seguridad social en materia previsional, y en razón a lo revisado hasta el momento en este capítulo, hemos inferido tres acciones concretas que tendrían que ser realizadas por parte del ente estatal:

- a. *Proteger*: ya que se debe de preservar y salvaguardar el derecho a la seguridad social, lográndose ello a través de la dación de normas y orientadas a efectivizar el derecho.
- b. *Respetar*: lo que se materializaría a través del cumplimiento de la norma y de la ejecución de las políticas que se podrían reajustar a fin de garantizar dicho derecho.
- c. *Garantizar*: el derecho a través de acciones específicas derivadas de la norma y/o de las políticas públicas, con lo cual se concretizaría la obligación de “hacer el Estado, implicando la etapa de ejecución y monitoreo de las acciones antes mencionadas.

Respecto de estas obligaciones, Abramovich y Curtis³⁸ concuerdan con denominar a las dos primeras de la misma manera, mientras que a la tercera (por una razón puramente convencional) la denominan como obligación de satisfacción, la que incluiría obligaciones de garantía y de promoción.

La seguridad social, y su dimensión de prestación por vejez, tienen una naturaleza patrimonial. Así se estableció en diversa jurisprudencia como el caso Bellet, Huertas y Vialatte vs. Francia³⁹, a través del cual la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) determinó que las aportaciones a un fondo de pensiones pueden, en ciertas circunstancias, crear un derecho de propiedad, y que tal derecho puede ser afectado por la manera en la que se distribuya el fondo, afectándose el derecho a la igualdad; y en el caso Azinas vs. Chipre⁴⁰, la CEDH sostuvo que el derecho a una pensión para la

38 Abramovich, V. & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles* (p. 31). Madrid: Trotta.

39 Corte Europea de Derechos Humanos (1999). Caso Bellet, Huertas y Vialatte vs. Francia, Comunicaciones Nros. 40832/98, 40833/98 y 40906/98, decisión sobre admisibilidad de 27 de abril de 1999, supra. 5.

40 Corte Europea de Derechos Humanos (2002). Caso Azinas vs. Chipre, Comunicación Nro. 56679/00, sentencia de 20 de agosto de 2002, supra. 32-34.

que se han pagado aportaciones previamente, constituye el derecho de propiedad protegido por el Art. 1 del Protocolo Nro.1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por ende, el derecho a la seguridad social (concretamente el derecho a la pensión), cuyo fundamento radicaría en la dignidad humana, exige obligaciones de “hacer” o de “compromiso” al Estado, siendo un derecho que es interdependiente con otros, tales como el derecho a la propiedad o el derecho a la igualdad, logrando con ello constituirse en un Derecho Humano y fundamental.

2. Conclusiones

1. El concepto de seguridad social ha evolucionado a través del tiempo, desde finales del siglo XIX cuando era calificada como una protección a los trabajadores, hasta nuestros días cuando la doctrina ha ampliado dicho concepto, incluyendo a la salud y a las pensiones dentro de este derecho. Es considerada como Derecho Humano, ya que se encuentra comprendida en diferentes instrumentos internacionales en Derechos Humanos, y es considerada como un derecho fundamental ya que se ubica dentro de la normativa constitucional nacional.
2. La seguridad social se encuentra comprendida dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, razón por la cual le exige al Estado obligaciones de “hacer” a fin de garantizar su eficacia y eficiencia en relación a toda la población, las mismas que pueden ser traducidas en tres acciones específicas: proteger, respetar y garantizar. La piedra angular del derecho a la seguridad social en materia previsional, al igual que el de todos los Derechos Humanos radica en la dignidad del hombre, así como en los cuatro valores que la comprenden, como son la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, teniendo como base a estos dos últimos valores.
3. La seguridad social (a nivel previsional) se interrelaciona con otros derechos, tales como el derecho a la propiedad (el monto de las aportaciones pasarían a formar parte de la propiedad del individuo) y el derecho a la igualdad (todos tenemos derecho a recibir un monto como pensión de jubilación en relación a los aportes que hayamos efectuado durante la vida laboral activa), tal y como lo han manifestado las Cortes Regionales en Dere-

chos Humanos en diversos pronunciamientos.

Bibliografía

- Abramovich, V. & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alonso Olea, Manuel y Tortuero Plaza, J. L. (2005), *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid: Civitas.
- Berstein Jauregui, S. (2010). *El Sistema Cfitleno de Pensiones* (7ª Ed.). Superintendencia de Pensiones.
- Constitución Política del Perú.
- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, 102.
- Corte Europea de Derechos Humanos (1999). *Caso Bellet, Huertas y Vialatte vs. Francia*.
- Corte Europea de Derechos Humanos (2002). *Caso Azinas vs. Cfti-pre*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). *Opinión Consultiva OC-10/89: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Solicitada por el Gobierno de Colombia. Serie A No. 10.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia: 01 de agosto de 2009.
- Ermda Uriarte, O. (1993). Los principios de la Seguridad Social. En *La Seguridad Social en el Uruguay*. Montevideo.
- Garretón Merino, R. (1996), La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Estudios Básicos en Derechos Humanos*. San José: IIDH.
- Macías Santos, E., Moreno Padilla, J., Milanés García, S., Martínez Martínez, A. & Hazas Sánchez, A. (1993). *El sistema de pensiones en México dentro del contexto internacional*. México: Confederación Patronal de la República Mexicana, Instituto de Proposiciones Estratégicas, Themis.
- Mesa Lago, C. (2010). Política y Reforma de la Seguridad Social en América Latina. En *Revista Nueva Sociedad: Democracia y Política en América Latina*. Buenos Aires.
- Neves Mujica, J. (1998). *La Seguridad en la Constitución*. Ponencia

- cia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: UNMSM, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Organización Internacional del Trabajo (2011). *Hecftos Concretos sobre la Seguridad Social*.
- Organización Internacional del Trabajo (2011). *Seguridad social: un nuevo consenso. Resolución y conclusiones relativas a la seguridad social*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89, Sesión Anual.
- Parra, O., Villanueva, M. A. & Martín, A. (2008). *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sistema Universal y Sistema Interamericano)*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH.
- Peces Barba, G. (1999), *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid.
- Toyama Miyagusuku, J. & Ángeles Llerena, K. (2012). Seguridad Social peruana: sistemas y perspectivas. En *Revista de Derecho*, 48. Themis.
- Tribunal Constitucional (2014). Exp. N.º 03610-2013-PA/TC. Sentencia: 05 de mayo de 2014.

Macarena Pereda

Hacia el reconocimiento del Derecho Humano al agua: análisis de su proyección global, interamericana y nacional

El agua es un elemento indispensable para la vida en general, y para la vida humana en particular. No solo el origen de la vida misma, sino su subsistencia y desarrollo están directamente condicionados por la disponibilidad y suficiencia de recursos hídricos adecuados.

Aunque la importancia del agua es ampliamente reconocida por todos los seres humanos, la problemática del acceso desigual e inequitativo a este recurso para consumo e higiene personal afecta a millones de personas en el mundo. Según las Naciones Unidas (ONU), en la actualidad aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso a agua potable, y más de 2.6 billones no tienen acceso a sistemas de higiene personal.¹

Por otro lado, dado que la explosión demográfica experimentada en el mundo en los últimos tiempos ha dado lugar a un incremento constante en la demanda de este recurso escaso, y que prácticamente todas las actividades humanas dependen de la disponibilidad de agua, los procesos de toma de decisiones en relación al manejo y administración del agua se han tornado cada vez más complejos.² La demanda de este recurso limitado es multi-sectorial, extendiéndose desde el consumo humano a la irrigación de tierras, producción de energía, uso urbano e industrial, navegación, recreación, entre otros. Los usos del agua no son solo directos – consumo directo para hidratación – sino también indirectos – uso en la producción de otros productos –, lo cual permite su categorización simultánea

1 Asamblea General de las Naciones Unidas (2010, julio). Resolución A/RES/64/292.

2 Albuquerque, C. (2013, Julio). *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho Humano al agua potable y el saneamiento*. Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/24/44.

como bien de consumo y bien de producción.³

Asimismo, cabe destacar que los desarrollos recientes en materia de modelos económicos reconocen que la demanda de agua no puede medirse exclusivamente en términos de consumo humano, sino que debe también incluir valores ambientales ya que, después de todo, el agua es un componente indispensable e insustituible de todos los ecosistemas.⁴

En este contexto, caracterizado por una gran demanda para usos múltiples del agua, y asimismo una distribución y acceso desigual a este recurso, estimo que el paulatino surgimiento de la concepción que categoriza al agua, o al acceso al agua, como un Derecho Humano (tanto en los sistemas jurídicos nacionales como en el derecho internacional público) representa un avance jurídico muy importante para abordar la problemática del acceso desigual al agua potable y una vía prometedora para ayudar a poblaciones en dificultad.

En base a lo expuesto precedentemente, la presente monografía abordará la temática del creciente y progresivo reconocimiento jurídico que el Derecho Humano al agua ha logrado a nivel global, inter-americano y nacional en algunos países. Se efectuará un análisis del contenido jurídico del mencionado derecho, se hará mención de jurisprudencia pionera en la cual el agua ha sido reconocida como derecho por los tribunales, y se analizarán los más relevantes documentos jurídicos en los cuales se hace mención expresa del derecho al agua.

Debido al carácter controversial de su existencia y al reconocimiento progresivo que ha tenido en distintos foros en los últimos años el Derecho Humano al agua será enmarcado como un “derecho emergente” en el ámbito internacional y local.

3 Booker, J., Howitt, R., Michelsen, A. & Young, R. (2012). Economía y los modelos de recursos y políticas hídricas. En *Revista de Modelos de Recursos Naturales*, 25 (1), 173.

4 Booker et al (núm. 3) 170-172.

1 . El Derecho Humano al agua

La categorización del agua como Derecho Humano

¿Existe un Derecho Humano al agua? Aunque resulte tentador responder afirmativamente, la respuesta a esta pregunta no es inmediatamente evidente, ni mucho menos sencilla.

Desde un punto de vista filosófico se podría argumentar que el reconocimiento del agua como un Derecho Humano es lo moralmente correcto dado que éste es un elemento esencial para la supervivencia humana y el acceso al mismo es una condición necesaria para una vida digna. Tal visión se basa en el entendimiento de que los Derechos Humanos son un concepto de inspiración filosófica que refleja un sistema compartido de valores y una moral común aplicable a la universalidad de las personas.⁵

Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, un análisis detallado de las normas de Derechos Humanos revela que las bases legales de un Derecho Humano al agua son un tanto endebladas.⁶ Esta circunstancia surge de la falta de reconocimiento explícito en documentos jurídicamente vinculantes. En efecto, no existe en la actualidad ningún tratado en donde el Derecho Humano al agua y sus correspondientes obligaciones sean expresamente reconocidos.⁷ Sin embargo, es de destacar que sí existen resoluciones, declaraciones, conferencias, y otros documentos jurídicos de carácter no vinculante en el cual los Estados le han dado al agua la caracterización de Derecho Humano.⁸

La inexistencia de normas explícitas y ambigüedad en las fuentes normativas trae aparejados interrogantes relativos a la validez, legitimidad, interpretación y aplicación del Derecho Humano al agua. En consecuencia, el presente trabajo no pretende afirmar la existencia del Derecho Humano al agua en sí, sino analizar los actuales avances jurídicos que avalan la tesis de que el mismo es un “derecho

5 Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de Derechos Humanos. En *Revista DOXA*, 4, 33-35.

6 Kok, A. (2005). Privatización y el derecho de acceso al agua. En K. de Feyter & F. Gómez Isa (Ed.), *Privatización y Derechos Humanos en la era de la globalización* (p.260).

7 Kok, A. (núm. 7) 260.

8 Referencias más precisas a todos estos documentos pueden encontrarse en el apartado siguiente.

emergente” en derecho internacional y en el derecho local.

Posibles ventajas de la categorización del agua como un Derecho Humano

La caracterización del agua como un derecho, tanto a nivel de sistemas jurídicos nacionales como en los foros internacionales, representa un cambio importante en el discurso jurídico. De esta manera, se podría pasar de un discurso de caridad a uno de derechos jurídicamente exigibles combinados con obligaciones y deberes de los Estados en relación a la provisión de agua potable.⁹

En primer lugar, la afirmación de que el agua es un Derecho Humano supone una protección mucho mayor que la simple afirmación de que el agua es un bien público que tiene que ser proporcionada como un servicio público por los Estados. En un régimen en el cual el agua es considerada como un servicio público, el Estado tiene la responsabilidad de proveer agua para sus habitantes. Sin embargo, el incumplimiento de esta obligación no proporciona una base suficiente para que los ciudadanos puedan acceder a los tribunales mediante recursos judiciales individuales ante un incumplimiento de este derecho. Al reconocer el acceso al agua como un Derecho Humano, la exigibilidad podría llevar a una más rápida y eficaz implementación.¹⁰

Además, dado el interés público involucrado en la prestación de los servicios de suministro de agua potable, los procesos judiciales que traten esta problemática podrían servir como un espacio para que los ciudadanos tengan la posibilidad de cuestionar e influir la dirección de las políticas sociales, poniendo presión para que los gobiernos asuman la responsabilidad de sus decisiones. Como resultado, este tipo de litigios fomentaría una forma de democracia participativa que impactaría beneficiosamente en el proceso de formulación de políticas públicas y ofrecería un espacio para que los gobiernos revisen y mejoren continuamente sus políticas con res-

9 Bluemel, E. (2005). Las implicancias de formular un Derecho Humano al agua. En *Revista Trimestral de Derecho Ambiental*, 31, 957.

10 Scanlon, J., Cassar, A. & Nemes, N. (2004). Agua como un Derecho Humano. En *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, 51. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-051.pdf> (último acceso el 11 de julio de 2016).

pecto a la gestión del agua.¹¹

Los tribunales y magistrados judiciales también pueden desempeñar un papel activo en la formulación de políticas en este respecto, mediante el ejercicio del control jurisdiccional y la interpretación judicial activista. Aunque las decisiones judiciales en sí mismas son insuficientes para resolver problemas sociales complejos como el del acceso desigual al agua, sí pueden funcionar como un mecanismo para ejercer presión sobre los líderes políticos para obligarlos a hacer frente con rapidez a estos problemas y ubicarlos como temas prioritarios de la agenda política.

El reconocimiento del Derecho Humano al agua a nivel mundial

Como ya lo explicitáramos en el apartado anterior, una característica distintiva del derecho bajo estudio es la falta de reconocimiento explícito en documentos vinculantes en el derecho internacional.

El marco jurídico internacional actual del Derecho Humano al agua es uno típicamente fragmentado, donde coexisten distintas formas de reconocimiento.¹²

Algunas de estas formas categorizan expresamente al agua como un Derecho Humano (fuentes de carácter no vinculante), mientras que otras se limitan a delinear las bases de una obligación del Estado de proveer servicios públicos de agua.

Algunas fuentes lo describen como un derecho independiente, mientras que otras lo consideran un derecho derivado inherente a otros derechos que fundamenta, como ser los derechos a la alimentación, la salud, un nivel de vida adecuado, la vida, una vivienda adecuada, un ambiente saludable, entre otros. Por otra parte, también ha sido concebido como un derecho individual y como uno colectivo.¹³

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos. 66 <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesciv.sp.htm> (último acceso el 11 de julio de 2016).

12 Bluemel E. (núm. 9) 957-967.

13 Tully, S. (2005). Un Derecho Humano de acceso al agua: Crítica de la Observación General Núm. 15. En *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23 (1).

En los últimos años la comunidad internacional ha tomado una serie de pasos graduales direccionados al reconocimiento de este derecho. Han surgido varios documentos de carácter no vinculante emitidos en el seno de distintos foros internacionales, principalmente la ONU, en donde se avanza en la construcción de este derecho emergente y se afirma su existencia. Algunos de estos avances incluyen:

- La adopción, en 2010, de una Resolución de la Asamblea General de la ONU, y dos Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el Derecho Humano al agua y saneamiento;¹⁴
- La creación e implementación de la primera y segunda “Décadas internacionales del agua” de la ONU;
- La designación del primer Relator Especial de la ONU sobre el derecho al agua potable y el saneamiento en 2008;
- La inclusión de objetivos que enlazan el acceso al agua y el bienestar social dentro de la lista de los objetivos de desarrollo del Milenio de la ONU;¹⁵
- La proliferación de declaraciones, conferencias internacionales y planes de acción en los que el derecho al agua se reconoce de forma explícita;
- La Observación General N° 15 de 2002 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC) sobre el derecho al agua;¹⁶ entre otros.

Pese a que una visión estrictamente positivista podría llevarnos a concluir que, ante la inexistencia de normas expresas que así lo consagren, el Derecho Humano al agua no se encuentra reconocido

Scanlon, J., Cassar, A. & Nemes, N. (núm. 10), p. 1-2.

14 Asamblea General de la ONU “El Derecho Humano al agua y saneamiento” (Julio 2010). Resolución A/RES/64/292; Consejo de Derechos Humanos “Informe del Consejo de Derechos Humanos en su doceava sesión” (Febrero 2010). Resolución A/HRC/12/50; Consejo de Derechos Humanos “Derechos humanos y el acceso a agua potable y saneamiento” (Septiembre 2010). Resolución A/HRC/15/L.14.

15 Ver objetivo 7 (en particular 7.D y 7.C) de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU www.un.org/es/millenniumgoals/envIRON.shtml (último acceso 12 de julio de 2016).

16 Comité de DESC (2002). Observación General Núm. 15 – el derecho al agua (Arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales).

a nivel mundial, existen otras interpretaciones que abren la puerta a otras posibles conclusiones. Tomando en consideración estos nuevos avances no vinculantes junto con la forma relativamente constante en la que los Estados han administrado y regulado el agua tradicionalmente (como bien predominantemente público y como un servicio público), conclusiones alternativas relativas a las fuentes de este derecho a nivel internacional pueden extraerse.

En este sentido, algunos autores han sugerido que, en la actualidad, la base jurídica para el Derecho Humano al agua no debe buscarse en tratados sino en otras fuentes del derecho internacional, tomando como base el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, la costumbre internacional.¹⁷

Respecto a la costumbre internacional (o derecho consuetudinario) – entendida como “la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por éstos como Derecho”¹⁸-, podría afirmarse que el derecho al agua se encuentra consuetudinariamente consagrado debido al “consenso de propiedad pública” que caracteriza el desarrollo histórico del derecho de aguas y la naturaleza jurídica del agua en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.¹⁹

El mencionado “consenso” sugiere que los Estados han tradicionalmente afirmado el control y propiedad pública del agua, al tiempo que admiten la propiedad privada de los recursos hídricos solo en carácter de excepción al principio de bien público. Esta tendencia es un fenómeno de larga data y de carácter constante en todo el mundo.²⁰ En efecto, algunas de las fuentes jurídicas más antiguas y diversas como ser el Código de Hammurabi de la antigua Mesopotamia, el Dharmaśāstra de la tradición hindú, el Corpus Iuris Civilis del antiguo Imperio Romano, y el Li-Chi de los chinos, favorecían el control y la propiedad pública del agua en sus sistemas

17 McGraw, G. (2010). Definiendo y defendiendo el derecho al agua y su estándar mínimo: construcción legal, y el rol de la jurisprudencia nacional. En *Loyola University Cfticago International Law Review*, 8 (2), 127.

18 Ver Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

19 Smith, B. (2009). El agua como bien público: el status del agua en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. En *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 17 (291), 301.

20 Smith, B. (núm. 19) 295-306.

jurídicos.²¹

Hoy en día, un estudio de los derechos de aguas nacionales demuestra que la balanza se inclina claramente a favor del dominio del sector público. Una base de datos todavía en construcción que busca recopilar las leyes de agua de todos los Estados llevada a cabo en forma conjunta por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura y la Organización Mundial de la Salud indica que al menos 56 países en el mundo categorizan al agua como un bien predominantemente público. El estudio también indica que no hay países en el mundo en los que se rechace la propiedad pública de agua.²²

Otros autores, apoyándose en el alegado carácter vinculante de las interpretaciones oficiales emitidas en forma de Observaciones Generales que efectúan los comités de los tratados de Derechos Humanos encargados de monitorear su cumplimiento, indica que la Observación General Núm. 15 del Comité de DESC sobre el derecho al agua tiene un carácter autoritativo y es de cumplimiento obligatorio por todos los Estados miembros del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Independientemente del confuso marco legal previamente descrito y de la variedad de interpretaciones existentes, estimo que el Derecho Humano al agua se encuentra emergiendo en forma lenta pero segura como un nuevo componente de la teoría de los Derechos Humanos en el ámbito internacional. En efecto, diferentes actores internacionales - Estados, organizaciones no gubernamentales (ONGs), tribunales internacionales judiciales y cuasi-judiciales, organismos internacionales, académicos, entre otros - han dado pasos positivos direccionados hacia su reconocimiento, y estos esfuerzos para incluir al derecho al agua dentro de la agenda de Derechos Humanos para el siglo XXI han inspirado la categorización del mismo como un derecho emergente²³, postura a la que la autora del presente trabajo se adscribe.

21 Caponera, D. A. (1992). Las más antiguas regulaciones del agua y su administración. En D. A. Caponera & M. Nanni, *Principios del derecho del agua y administración: nacional e internacional* (2ª Ed.) (pp. 13-23).

22 La base de datos puede ser apreciada en la página <http://www.waterlawstandards.org/> y <http://faolex.fao.org/waterlex/index.htm> (último acceso el 14 de julio de 2016). Ver también Smith (núm. 19) 301.

23 Scanlon et al (núm. 10) 1-2.

El contenido jurídico del Derecho Humano al agua

El reconocimiento del agua como Derecho Humano se basa en la premisa de acceso universal y equitativo a este recurso natural. Esta concepción sostiene que el suministro de agua limpia y segura - por lo menos la cantidad mínima necesaria para satisfacer las necesidades humanas básicas - se debe proporcionar a todas las personas, independientemente de su condición socioeconómica.

A nivel internacional, probablemente el documento más específico, ilustrativo y extenso en esbozar la interpretación tradicional del contenido del Derecho Humano al agua es la Observación General N° 15 del Comité de DESC sobre el derecho al agua. Aunque este documento es sólo una observación general emitida por un órgano encargado de monitorear el cumplimiento del PIDESC y su carácter vinculante es al menos controversial, debido al incipiente estado actual del desarrollo del concepto bajo estudio, la mayoría de los autores recurren al mencionado instrumento como base para sus estudios legales de este derecho, y esta es precisamente la razón por la que la presente monografía sigue un enfoque similar a este respecto.

De acuerdo a la Observación General Núm. 15, la fundamentación jurídica del Derecho Humano al agua se encuentra en los arts. 11 y 12 del PIDESC, por lo que se entiende como un derecho derivado de los derechos a la salud y a un nivel de vida adecuado.²⁴

Según el documento analizado, el derecho implica una prerrogativa de reclamar una cantidad suficiente de agua de calidad adecuada:

El Derecho Humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.²⁵

Scanlon sostiene que son tres las facetas que comprenden el contenido de este derecho:

1. la accesibilidad, tanto física como económica;
2. la calidad adecuada, para su uso personal y doméstico; y
3. la cantidad, exigiendo un suministro continuo y suficiente

24 Observación General Núm. 15, parágrafo 1.

25 Observación General Núm. 15, parágrafo 2.

agua.²⁶

El entendimiento antes mencionado se encuentra alineado con la noción de “contenido básico” o “estándar mínimo” propio de los derechos económicos, sociales y culturales que ha sido aprobada por el Comité de DESC y desarrollada en la Observación general N° 3 emitida por este órgano²⁷ y cuyo objetivo es delinear el estándar mínimo de cumplimiento para garantizar que se satisfagan las necesidades físicas básicas de los seres humanos.²⁸

Por otra parte, el cumplimiento del derecho debe ser evaluado de acuerdo con el principio de realización progresiva conforme a lo establecido en el artículo 2, párrafo 1, del PIDESC. Este artículo, al reconocer implícitamente que la realización inmediata de los derechos socioeconómicos es imposible debido a la gran cantidad de recursos económicos que su cumplimiento demanda, establece el principio según el cual los Estados deben buscar la plena realización de los derechos establecidos en el PIDESC de manera progresiva, utilizando el máximo de los recursos disponibles.

La Observación General N° 15 también hace hincapié en la manera en que el Derecho Humano al agua ha de realizarse, la cual debe ser sostenible, es decir, garantizando que el mismo pueda ser disfrutado tanto por generaciones presentes como futuras.²⁹

Asimismo, respetando un principio básico de los Derechos Humanos, el documento analizando manda que la igualdad en el goce y el ejercicio de este derecho sean garantizadas, descartando cualquier tipo de trato discriminatorio y arbitrario en el camino a su realización.³⁰

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población

26 Scanlon et al (núm. 10) 28.

27 Comité de DESC (1990) Observación General Núm. 3 – la naturaleza de las obligaciones de los Estados miembros (art. 2 párrafo 1 del Pacto) párrafo 10.

28 Mc Graw (núm. 17) 158.

29 Observación General Núm 15, párrafo 11.

30 Observación General Núm 15, párrafo 13.

iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.³¹

Según la doctrina de los Derechos Humanos, las obligaciones que pesan sobre los Estados en relación al respeto de estos derechos se clasifican en tres tipos: obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Siguiendo esta tipología tripartita clásica, el alcance de las mismas en relación al Derecho Humano al agua será analizado a continuación.

La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de interferir en el disfrute del derecho al agua. En el caso particular, esto significa que las reservas de agua existentes deben ser preservadas y protegidas de la contaminación de manera adecuada; que los Estados deben respetar las asignaciones de agua existentes que permiten la satisfacción de las necesidades básicas de la gente y abstenerse de reasignación de estos recursos para otros fines; y que las desconexiones arbitrarias de provisiones de agua potable como consecuencia de la incapacidad de las personas para pagar se encuentran en violación de este derecho.³²

La obligación de proteger exige que el Estado se abstenga, mediante distintas actividades, de interferir en el disfrute del Derecho Humano al agua. Como consecuencia de ello, los Estados deben adoptar y aplicar medidas adecuadas para controlar el comportamiento de terceros de modo que no se obstruya la realización de este derecho. Tal deber exige que, cuando los servicios de agua sean operados por el sector privado (en el caso de la privatización de los servicios públicos de agua), los concesionarios de estos servicios sean debidamente controlados y su actividad regulada de tal manera que se vean impedidos de poner en peligro el acceso a suficiente agua potable segura.³³

Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados desarrollen estrategias, planes y políticas públicas nacionales y provinciales en donde cantidades de agua suficientes para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos sea repartidas de forma no discriminatoria (necesidades básicas de la población deben equilibrarse eficazmente con otros usos del agua); y que la infraes-

31 Observación General Núm 15, parágrafo 10.

32 Filmer-Wilson, E. (2005). *El enfoque de Derechos Humanos al desarrollo: el derecho al agua*, 23 (2). *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 223.

33 Winkler, I. (2012). *El Derecho Humano al agua: significado, estatus legal e implicancias en la distribución del agua*, 108.

estructura adecuada para garantizar la provisión de agua potable sea desarrollada en una forma en que garantice el acceso al agua para todos. Además, dado que las personas son el “sujeto activo de todo el desarrollo económico y social,” la obligación de proporcionar el agua debería tener lugar cuando los destinatarios del derecho no pudiesen realizar el mismo por sus propios medios.³⁴

*Inexistencia de referencia específica al
Derecho Humano al agua en el Sistema
Interamericano de Derechos Humanos*

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (Convención Americana)³⁵ no contiene preceptos específicos en relación a los DESC, sino únicamente hace mención, en su Art. 26, al Principio de Desarrollo Progresivo respecto a las normas de DESC contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En consecuencia, no existe en este documento mención alguna al Derecho Humano al agua.

Por otro lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también denominado “Protocolo de San Salvador”³⁶, el cual fuese elaborado con la finalidad de ampliar la protección de la Convención Americana y extender su cobertura para proteger otros derechos que no habían sido expresamente reconocidos en el documento de 1969, no hace mención alguna del Derecho Humano al agua.³⁷

No existe, tampoco, en la actualidad jurisprudencia específica referida al Derecho Humano al agua en el sistema interamericano, por lo que el sistema de protección y promoción de Derechos Humanos en nuestro continente todavía debe recorrer un importante camino, ya sea vía desarrollo jurisprudencial o mediante el dictado de un protocolo adicional a la Convención Americana en el cual se

34 Winkler, I. (núm. 33) 111.

35 La Convención Americana de Derechos Humanos fue firmada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

36 El Protocolo de San Salvador fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 en San Salvador, El Salvador, y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

37 Ventura Robles Manuel E. “Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” Revista IIDH Vol. 40 Pág. 104/107.

reconozca expresamente el Derecho Humano al agua.

El status del derecho al agua en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

Distintos sistemas jurídicos nacionales han efectuado, en los últimos años, avances tendientes al reconocimiento expreso de un derecho al agua. Los diferentes niveles de reconocimiento oscilan entre el reconocimiento constitucional o legal expreso - como son los casos de Uruguay, Ecuador, Sudáfrica o República Democrática del Congo³⁸, entre otros - y el reconocimiento jurisprudencial - como en los casos de India, Perú y Argentina, entre otros. A continuación se esbozará una breve reseña, a mero título ejemplificativo, de algunos de los avances en esta materia en distintos países.

La República Oriental del Uruguay fue el primer país del mundo en codificar el derecho al agua como un Derecho Humano a través de la reforma constitucional del año 2004, incorporando este derecho en el Art. 47 de la Constitución Nacional uruguaya.³⁹ Dice el mencionado artículo en este sentido:

“(...) El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen Derechos Humanos fundamentales. (...)”⁴⁰.

En Sudáfrica, la Constitución Nacional de ese país reformada en el año 1996 reconoce el derecho agua (junto a otros derechos económicos y sociales) en el capítulo referido a la carta de derechos, y más precisamente en su Sección 27(1.2). Si bien el texto constitucional no especifica su contenido, los tribunales han ahondado en el mismo en sus decisorios, siendo el precedente jurisprudencial más relevante el “caso Mazibuko” de la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁴¹

38 Winkler, I. (2008). Reconocimiento judicial del Derecho Humano al agua - precedentes de Sudáfrica, Argentina e India. En *Law, Social Justice and Global Development Journal (LGD)*, 2 (1) .

39 Informe de la Delegación Permanente del Uruguay ante la ONU <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Handbook/Uruguay.pdf> (último acceso el 2 octubre de 2016).

40 Art. 47 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

41 Ver *Lindiwe Mazibuko & Others v City of Johannesburg & Others Case CCT 39/09 [2009] ZACC 28* y Danchin, P. “Un Derecho Humano al agua: La decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Mazibuko” (2010) <http://www.ejiltalk.org/a-human-right-to-water-the-south-african-constitutional-court%E2%80%99s-decision-in-the-mazibuko-case/> (último acceso el 21 julio de 2016). En este precedente, la implementación en el año 2004 de un nuevo

Otros países como Ecuador – Art. 12 de la Constitución del Ecuador⁴² – y República Democrática del Congo (RDC) – Art. 48 de la Constitución de RDC⁴³ – también han reconocido formalmente al agua, o acceso al agua, como un derecho.⁴⁴

En lo que respecta al reconocimiento judicial, algunos países, pese a la ausencia de normas constitucionales o legales expresas que lo consagren, han reconocido el derecho al agua o el derecho a tener acceso a agua potable para saldar situaciones de injusticia social mediante el dictado de resoluciones basadas en una postura iusnaturalista o neo-constitucionalista que ha inspirado nuevas y más progresistas interpretaciones de las normas vigentes y la ponderación de principios de derecho fundamentales.

Por ejemplo en India, a raíz de una demanda presentada por la ONG Pani Haq Samiti, un Tribunal Supremo de Bombay ordenó en 2014 que la Municipalidad de dicha ciudad - Brihanmumbai Municipal Corporation (BMC) -, encargada de proporcionar el suministro de agua potable, formulara un plan de acción para proporcionar agua a todos los barrios pobres, ya sea que se tratara de asentamientos legales o ilegales. Tal decisión buscó hacer frente a la situación precaria de los residentes de barrios de escasos recursos y villas miseria, ya que BMC había tomado la decisión de interrumpir el suministro de agua en todos los asentamientos informales construidos después del año 2000.⁴⁵ En Argentina, una acción de

sistema de provisión de agua potable en un barrio con población de escasos recursos en la Ciudad de Johannesburgo - Barrio de Soweto - generó el descontento y desaprobación social de gran parte de la población a raíz de la instalación de medidores prepagos que proveían a las casas un determinado volumen de agua en forma gratuita, pero que al agotarse esta cantidad, considerada como marcadamente insuficiente para cubrir las necesidades básicas de la población, cortaban automáticamente el suministro de agua potable hasta tanto el cliente abonara por el servicio. Como las tarifas del servicio eran impeditivas para muchos ciudadanos de ese barrio, muchos se quedaban sin suministro de agua alguno.

42 Art. 12 de la Constitución del Ecuador: El Derecho Humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

43 Art. 48 de la Constitución de RDC: El derecho a una vivienda digna, el derecho de acceso al agua potable y a la energía eléctrica se encuentran garantizados. La ley establece las condiciones para el ejercicio de estos derechos.

44 Winkler, I. (núm. 38) 2.

45 Centro de investigación de Derecho Ambiental Internacional Interna-

amparo presentada en el año 2006 por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia a favor de los vecinos de un asentamiento llamado “Villa 31 bis” de la Provincia de Buenos Aires logró activar la construcción de la infraestructura necesaria para prestar servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento a este barrio.⁴⁶ Algunos de los fundamentos incorporados en el decisorio sostuvieron que “el derecho a la vida se descompone en cuatro elementos esenciales: a) el derecho a la alimentación adecuada, b) el derecho a contar con agua potable, c) el derecho a la vivienda y d) el derecho a la salud”. También se señaló que a esos derechos, en virtud de su faz social, “se les aplica el principio de progresividad según el cual los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos reconocidos en tales ordenamientos jurídicos.”⁴⁷

También en Argentina, pero en la provincia de Neuquén, una acción de amparo concedida en 2002 a favor de los niños de la comunidad mapuche Paynemil, la cual había sido afectada negativamente por la contaminación de aguas con plomo y mercurio a raíz de actividades de extracción de petróleo, determinó que el Gobierno de la Provincia de Neuquén fuese obligado a proporcionar 250 litros de agua por persona por día hasta tanto una solución permanente para limpiar el agua subterránea contaminada se pusiera en práctica.⁴⁸ En este caso el tribunal entendió que el Estado había incurrido en una omisión arbitraria de actuar con debida diligencia para proteger y realizar el derecho a la salud.⁴⁹

En Perú existen dos precedentes judiciales del Tribunal Consti-

tional “Pani Haq Samiti & Ors. v Brihan Mumbai Municipal Corporation & Ors.,” Diciembre de 2014 <http://www.ielrc.org/content/e1407.pdf> (último acceso el 21 septiembre de 2016).

46 El amparo fue concedido por el juez Osvaldo Otheguy y confirmado por la Cámara en lo Contencioso y Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires.

47 Ver “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo” - CAMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - SALA I - 18/07/2007

48 Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo, Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II.

49 Ver <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/menores-comunidad-paynemil-saccion-amparo> (último acceso 21 de septiembre de 2016).

tucional de ese país en los cuales se han desarrollado los alcances del derecho al agua, calificándolo como un “derecho constitucional no enumerado” deducible de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.⁵⁰

En un caso, el actor, quien residía en un edificio de departamentos y no registraba deudas por el pago del servicio de agua, inició la demanda alegando una suspensión injusta y arbitraria del servicio como consecuencia de que alrededor del 50% de los usuarios en dicho edificio no cumplían con el pago del servicio.

En el segundo caso, el recurrente interpuso demanda en contra de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.) porque la misma se negaba a reconectar el servicio de agua por deudas del anterior propietario del inmueble.

Lo interesante de estos fallos es analizar cómo el Tribunal Constitucional Peruano, a partir de la problemática de las desconexiones del suministro de agua potable (temática que también es analizada por la Corte Constitucional Sudafricana en el precedente Mazibuko), deriva una interpretación novedosa que da preeminencia a las normas internacionales de Derechos Humanos y les concede un alcance plenamente operativo pese a su falta de reconocimiento explícito en el sistema legal peruano. Expresa en tal sentido el mencionado Tribunal:

“(...) aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentra enervada. En efecto, como fta sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea strictu sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, sino que también lo puede ser desde una formula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente

50 Ver Exp. 06546-2006-PA Tribunal Constitucional del Perú (2007) and Exp. 06534-2006-PA/TC Tribunal Constitucional del Perú (2007).

reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.

17. En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegio considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.”⁵¹

En conclusión, el reconocimiento formal del concepto (hasta este momento emergente) del Derecho Humano al agua en documentos legales internacionales de carácter vinculante, en constituciones y leyes nacionales, e incluso en la doctrina judicial de los tribunales, puede ser un mecanismo eficaz y valioso para afrontar la problemática actual del acceso inequitativo y desigual al agua potable que actualmente afecta a millones de personas en el mundo.

2 . Conclusión

Es evidente que el mero “reconocimiento legal” que surge de admitir la validez de un concepto en el mundo jurídico identificándolo como una prerrogativa que habilita el acceso de los ciudadanos al agua, y la sola “justiciabilidad”, entendida como la posibilidad de reclamar el derecho judicialmente, no son por sí solos suficientes

51 Párrafos 16 y 17 de Exp. 06534-2006-PA/TC Tribunal Constitucional del Perú (2007).

para revertir problemas sociales estructurales como es el caso del acceso inequitativo a los recursos hídricos. Transformaciones significativas que redunden en mejoras reales en la calidad de vida de las personas demandan una conjugación de voluntad política; capacidad de acción; infraestructura estatal eficiente; y financiamiento adecuado, entre otros.

Pese a que el derecho por sí solo es insuficiente como herramienta eficaz de transformación social, el concepto emergente del “Derecho Humano al agua” sí puede permitir mejoras en la gobernabilidad de este recurso, al posicionar a las personas, sus necesidades básicas, y la dignidad humana en el centro del sistema. En tal sentido, el reconocimiento expreso del Derecho Humano al agua sería útil para:

1. Delimitar una norma clara de aplicación mediante el desarrollo de un enfoque unificado para el derecho al agua (a diferencia de un enfoque segmentado que subordina este derecho a otros, tales como los derechos a la salud, la alimentación, la vida, nivel de vida adecuado, entre otros);
2. Tener un impacto positivo en los modelos de distribución y manejo del recurso en todo el mundo, de manera tal que decisiones relativas al uso y la propiedad del agua sean guiadas primigeniamente por la satisfacción de las necesidades humanas básicas y no por intereses privados corporativos;
3. Reafirmar el proyecto de provisión pública de agua potable del cual se benefician millones de personas en el mundo, buscando su mejoramiento y perfeccionamiento constante;
4. Limitar la expansión de tendencias actuales de comodificación del agua y de mercados de agua (como ser la industria del agua embotellada o el mecanismo de la privatización de los servicios de provisión pública de agua) que favorecen una distribución desigual del recurso, al utilizar la capacidad económica de las personas como el único parámetro para determinar el acceso al agua. Estas tendencias exacerban la dimensión económica del agua al tiempo que colocan en un segundo plano sus dimensiones social y ambiental. El reconocimiento del Derecho Humano al agua podría ser una forma eficiente de contrarrestar estas tendencias, reafirmando la importancia del respeto de la dignidad humana.
5. Permitir que los ciudadanos puedan utilizar el espacio judicial a través de recursos judiciales efectivos ante los tribuna-

les locales e internacionales para cuestionar políticas hídricas injustas. Los procesos judiciales son una arena donde temas como el alcance y extensión de las políticas de gestión del agua, la privatización de los suministros de agua, las tarifas de servicio, o incluso la concesión de permisos de agua a los particulares podrían ser cuestionadas válidamente en la búsqueda de alcanzar opciones más equitativas, más justas y más inclusivas en lo que respecta al uso y distribución del agua.

BIBLIOGRAFÍA

- Albuquerque, C. (2013). *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho humano al agua potable y el saneamiento*, Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/24/44.
- Bluemel, E. (2005). *Las implicancias de formular un Derecho Humano al agua*.
- Bond, P. & Dugard, J. (2007). Agua, Derechos Humanos y conflicto social: experiencias en Sudáfrica. En *Law, Social Justice & Global Development Journal*.
- Bond, P. (2007). *Cuando la comodificación anula el Derecho Humano al agua*, <http://www2.ohchr.org/english/issues/water/contributions/universities/UniversityofKwaZulu-Natal.pdf> (último acceso el 11 de julio de 2016).
- Bond, P. (2013). *Derechos del agua, bienes comunes y narrativas de promoción*.
- Booker, J., Howitt, R., Michelsen, A. & Young, R. (2012). Economía y los modelos de recursos y políticas hídricas. En *Revista de Modelos de Recursos Naturales*, 25 (1).
- Caponera, D. A. (1992). Las más antiguas regulaciones del agua y su administración. En D. A. Caponera & M. Nanni, *Principios del derecho del agua y administración: nacional e internacional* (2ª Ed.).
- Centro de investigación de Derecho Ambiental Internacional. *International, Pani Haq Samiti & Ors. v Bristan Mumbai Municipal Corporation & Ors.*, diciembre de 2014 <http://www.ielrc.org/content/e1407.pdf> (último acceso el 21 septiembre de 2016).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema in-*

- teramericano de Derechos Humanos*, 66, <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesciv.sp.htm> (último acceso el 11 de julio de 2016).
- Danchin, P. (2010). *Un Derecho Humano al agua: La decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Mazibuko*, <http://www.ejiltalk.org/a-human-right-to-water-the-south-african-constitutional-court%E2%80%99s-decision-in-the-mazibuko-case/> (último acceso el 21 julio de 2016).
- Filmer-Wilson, E. (2005). *El enfoque de Derechos Humanos al desarrollo: el derecho al agua*, 23 (2). *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 223.
- Gleick, P. (2004). *El agua del mundo 2004-2005: reporte bianual de recursos fídricos*. Island Press.
- Gleick, P. (2010). *Embotellado y vendido: la fistoria detrás de nuestra obsesión por el agua embotellada*. Island Press.
- <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-051.pdf> (último acceso el 11 de julio de 2016).
- Informe de la Delegación Permanente del Uruguay ante la ONU <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Handbook/Uruguay.pdf> (último acceso el 2 octubre de 2016).
- Kok, A. (2005). Privatización y el derecho de acceso al agua. En K. de Feyter & F. Gómez Isa (Ed.), *Privatización y Derechos Humanos en la era de la globalización*.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de Derechos Humanos. En *Revista DOXA*, 4.
- McGraw, G. (2010). Definiendo y defendiendo el derecho al agua y su estándar mínimo: construcción legal, y el rol de la jurisprudencia nacional. En *Loyola University Cfticago International Law Review*, 8 (2). *Revista Trimestral de Derecho Ambiental*, 957.
- Scanlon, J., Cassar, A. & Nemes, N. (2004). Agua como un Derecho Humano. En *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, 51. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-051.pdf> (último acceso el 11 de julio de 2016).
- Sementelli, A. (2008). Poniéndole nombre al agua: entendiendo cómo la nomenclatura tiene influencia sobre los derecho y las decisiones políticas, 13 (1). En *Public Works Management & Policy*, 4.
- Smith, B. (2009). El agua como bien público: el status del agua en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 17 (291). En *Cardozo Journal of International and Comparative*

- Law*, 301. *South African Journal on Human Rights*, 125.
- Tully, S. (2005). Un Derecho Humano de acceso al agua: Crítica de la Observación General Núm. 15. En *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23 (1). Scanlon, J., Cassar, A. & Nemes, N. (núm. 10).
- Ventura Robles Manuel, E., Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En *Revista IIDH* (40).
- White, L., Si no pagas, mueres: sobre la muerte y el deseo en la época post-colonial. En D. Barak-Erez y A. Gross (Ed.) (2007). *Explorando derechos sociales: entre la teoría y la práctica*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing.
- Winkler, I. (2012). *El Derecho Humano al agua: significado, estatus legal e implicancias en la distribución del agua*.
- Winkler, I. (2018). *Reconocimiento judicial del Derecho Humano al agua – precedentes de Sudáfrica, Argentina e India*, (1) *Law, Social Justice and Global Development Journal* (LGD).

Eduardo J. R. Llugdar

La ponderación en la interpretación de las normas de derecho internacional y de los Derechos Humanos vinculadas a las personas con discapacidad

ReSumen

El acceso a la justicia de las personas con discapacidad, al igual que las de otros grupos vulnerables, reconocidos como tales por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han tenido y tienen aún en la actualidad un sinnúmero de obstáculos, pese a las regulaciones normativas de distintas jerarquías que las contemplan. Ello se debe a que los encargados de su interpretación, especialmente en los ámbitos jurisdiccionales, en muchos casos no encuentran los sistemas hermenéuticos apropiados para la eficaz aplicación de las normas antes mencionadas en las causas concretas que se someten a su actuación. La finalidad del presente trabajo consiste en abordar las temáticas mencionadas desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades para la facilitación del acceso a la justicia de las personas con diversidad funcional.

Palabras claves: Acceso, Justicia, Personas, Discapacidad, Interpretación, Ponderación.

Introducción

Si bien, el alcance de los distintos institutos y temáticas a desarrollar merezcan por su importancia un abordaje que requiera una mayor extensión a las establecidas para el presente ensayo, ello no impide efectuar un tratamiento resumido sin afectación del verdadero contenido conceptual de los mismos. La referencia de “acceso a la justicia” en el presente trabajo, será la de su amplia conceptualización, no solo limitada a la mera posibilidad de acceder a la jurisdicción, sino a la de garantizar las condiciones de acceso efectivo sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas,

medidas, facilidades y apoyos, que permitan a dichas personas, el pleno goce de los servicios del sistema judicial en su integridad¹. Uno de los motivos que generan discriminación y obstan a la plena aplicación de los estándares internacionales en el tema, se debe en especial a una deficiente capacitación y a otros factores vinculados con los paradigmas que gobiernan las ideas de los intérpretes en los ámbitos comprometidos en su observancia.

Las personas con discapacidad son quizás quienes, por su particular situación, se expongan más sensiblemente a estas circunstancias, lo que ha provocado una abundante producción jurisprudencial por parte de los tribunales internacionales de Derechos Humanos, como así, informes de relatorías de distintos organismos encargados de velar por el cumplimiento de los principios y valores contenidos en las normas convencionales al respecto, por parte de los países obligados.

En el sentido indicado, la ponderación interpretativa se presenta como una herramienta, si bien no única, de alta trascendencia a la hora de la aplicación de los estándares adecuados fijados para la interpretación y aplicación de los principios rectores en la materia.

1 . Desarrollo del tema

El principio de igualdad de oportunidades juega un papel fundamental a los fines del acceso a los recursos jurídicos formales e informales que generan, aplican o interpretan las leyes y regulaciones normativas con especial impacto en el bienestar social y económico de las personas².

Los conceptos dados y sus notas características expresadas por la norma y la doctrina referenciada coinciden en señalar el alcance amplio de la efectiva protección jurisdiccional en todos sus aspectos, tanto de la facilitación material de acceso a los estrados de tribunales como a las distintas etapas que componen el proceso judicial en su faz formal y sustantiva; y que obviamente, en orden al

1 Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables - Art. 1, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasil, 4-6 Marzo de 2008- (www.cumbrejudicial.org).

2 Boueiri, S. (2003). *Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia*, Sección *Criminología* (pp. 223 y ss.). Colombia: Universidad de los Andes, CENIPEC.

tema en desarrollo, comprende la interpretación legal.

En específica referencia a las personas con discapacidad, no puede soslayarse la importancia de la cuestión, ya que de la adecuada interpretación de las normas de buenas prácticas supranacionales y de diversas jerarquías locales para facilitar su acceso a la jurisdicción, dependerá la efectiva tutela a los derechos fundamentales en general, tanto en situaciones extrajudiciales como en su condición de justiciables, en un pie de igualdad con el resto de los integrantes de la sociedad o comunidad a la que pertenecen, a pesar de sus impedimentos físicos, psicológicos o sensoriales. Las cartas internacionales como los instrumentos universales de Derechos Humanos y sus similares continentales, contienen normas específicas relativas al derecho a la igualdad y dentro de él, a la protección legal contra toda discriminación, asegurando el efectivo acceso ante los tribunales competentes de los países suscribientes a los fines del amparo de sus derechos fundamentales reconocidos por las constituciones y leyes locales³.

En el afán mencionado juega un rol esencial la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y su Protocolo Facultativo, dictado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU)⁴, que dentro de un plano de igualdad está dirigido a promover, proteger y asegurar el goce pleno de las libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad para lograr su participación plena y efectiva en las sociedades a las que pertenecen, eliminando las diversas barreras que obstaculizan dicho cometido por parte de los Estados suscribientes. Uno de los obstáculos al que la convención mencionada efectúa una especial consideración es el referido al acceso a la justicia de las personas con diversidad funcional física, sensorial o psicológica en sus artículos 10, 11, 12 y 13 desde diversos enfoques, que van desde la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo goce de sus derechos al igual que cualquier otra persona sin discapacidad, exigiendo por parte de los Estados, la toma de medi-

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 1, 3, 6, 7, 8 y 10, A. G. Res. 217A (III) O.N.U. (10 dic. 1948). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 26, A.G., Res. 2200A (XXI) O.N.U. (16 dic. 1966), etc.

4 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, A.G., Res. 61/106A, O.N.U. A/Res/61/106, (13 dic. 2006).

das efectivas de seguridad de protección, en especial de situaciones de riesgo, incluidas situaciones de desastres naturales, conflictos armados y toda otra que genere emergencias humanitarias, hasta aspectos vinculados al reconocimiento de su personalidad jurídica, por parte de los Estados involucrados en todas las facetas de la vida, en idénticas condiciones que las demás personas, imponiendo el compromiso por parte de éstos de la toma de medidas conducentes para que las personas con discapacidad accedan con la menor dificultad a un sistema de apoyos en orden a las características de su disfunción, para que ésta no sea una barrera para el ejercicio de dicha capacidad. El instrumento internacional aludido impone proporcionar las salvaguardias apropiadas y sobre todo efectivas con el fin de impedir abusos en contra de éstos, se respeten sus derechos, su propia toma de decisiones y preferencias en la medida de sus posibilidades, evitándose todo conflicto de intereses e influencias indebidas. Las medidas mencionadas deben ser aplicadas por los países comprometidos en el plazo más corto posible, deben sujetarse a exámenes periódicos por parte de órganos o autoridades judiciales competentes, independientes e imparciales dentro del orden constitucional respectivo de conformidad al requerimiento expresado en el instrumento internacional.

Las autoridades locales involucradas, se encuentran obligadas a ceñirse a la aplicación del principio de proporcionalidad acorde al grado en que dichas medidas afecten los derechos e intereses de las personas con diversidad funcional, dentro del marco de su concreta situación.

El reconocimiento de la capacidad jurídica por los Estados parte, en los términos establecidos, implica que los sujetos con discapacidad, no sean privados de sus bienes de manera arbitraria, teniendo acceso en el marco de la igualdad, al derecho de propiedad, vocación hereditaria, control de sus propios asuntos económicos, a préstamos hipotecarios y toda otra modalidad de créditos financieros a modo enunciativo. A las materias y derechos involucrados, el convenio los vincula al principio de igualdad y no discriminación conforme a su artículo 13, y para el aseguramiento de los destinatarios, a una efectiva tutela judicial, se impone la adopción de ajustes procedimentales acorde a las circunstancias de la persona y su edad con la finalidad de facilitar el desempeño eficaz de la misma, tanto en forma directa e indirecta, en los procesos que sean parte en la esfera judicial o como testigos y en todas las etapas e instancias

procesales de corresponder. El mismo artículo 13 de la Convención en su segundo apartado, conmina a los Estados parte a la implementación de planes de capacitación apropiados para todos aquellos agentes estatales, sin distinción de cargos y/o jerarquías que trabajen en sus respectivas administraciones de justicia, fuerzas de seguridad y servicios penitenciarios, en las materias que involucran el contenido del texto convencional.

2 . Los estándares internacionales en la protección de las personas con discapacidad

El breve abordaje de los artículos pertinentes de la CDPD permite vislumbrar que el cumplimiento de la adecuada ordenación por los Estados parte de los principios contemplados en la misma, sobre acceso a la justicia y su efectiva ejecución, es la base y condición sin la cual, el logro de los objetivos propuestos sería impracticable, radicando allí la importancia del abordaje del tema elegido para el desarrollo del presente trabajo, ya que, la interpretación y el control de convencionalidad que deben efectuar lo poderes administrativos y judiciales de los países que han suscrito y ratificado su texto como garantes a nivel local del cumplimiento del mismo, establecido en los artículos aludidos, sin una correcta hermenéutica llevaría llegado el caso, a generar la responsabilidad ante la comunidad internacional del país signatario y lo que es más grave aún, se producirían perjuicios irreparables en los derechos fundamentales de los afectados con problemas de discapacidad funcional, ante la falta de medidas aptas para la protección de sus derechos.

La preocupación del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos respecto al cumplimiento de los estándares contenidos en especial en los artículos 12 y 13 de la Convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, se reflejan en el Informe Anual de dicha oficina de fecha 26/01/2009, y la discusión general llevada a cabo por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CoDPD) de la ONU⁵, con fecha 21/10/2009, referido al artículo 12 de la Convención sobre reconocimiento de la igualdad de

5 Creado por el artículo 34 de la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.

derechos ante la ley de las personas con diversidad funcional durante el tercer período de sesiones⁶, en los que se trataron los informes presentados ante el Comité por parte de los Estados suscribientes de la Convención conforme a las facultades reconocidas a éste, tanto por dicho instrumento como por el Protocolo Facultativo, en donde se destaca la necesidad de un examen profundo de toda la legislación civil y penal que contenga referencias a la capacidad jurídica. En dicho documento, se menciona lo expresado por Mohamed Al-Tarawneh, Presidente de la Comisión, Ibrahim Salama, Jefe de Subdivisión de Tratados de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado y de Amita Dañad, Consultor del artículo 12 de la Convención para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, quienes en orden a la interpretación de este artículo, aluden *que* no puede ser otra que la indicación de modelos explícitos para el tratamiento de las personas con discapacidad, garantizando la igualdad y el reconocimiento de todos ante la ley, en especial cuando se presenten ante las cortes de justicia y en todas las formas de interacción con los tribunales, proporcionándose las medidas adecuadas para apoyarlos en el ejercicio de su capacidad de obrar. Se afirma, que los tribunales tienen la responsabilidad de ejercer una tutela significativa, incluso en los casos de nombramientos de los equipos interdisciplinarios y peritos que asisten en interés exclusivo de la persona con discapacidad. En lo específico de la interpretación, se alude al grado de flexibilidad interpretativa que se debe dar a las autoridades de aplicación mediante la legislación teniéndose especial conciencia de una necesidad objetiva que permita que la justicia se realice mediante el reconocimiento de la realidad de la discapacidad, en especial cuando ésta es del tipo intelectual grave. Entre otras consideraciones, se sostiene que el objetivo de la Convención no es sólo la proclama de derechos abstractos referidos a la capacidad de actuar de las personas con diversidad funcional, sino que se han establecido para una verdadera aplicación en la práctica. Dentro de las medidas apropiadas para proporcionar acceso a los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, implica la ayuda en la toma de decisiones propias aplicadas a la gran mayoría de los casos, ya que en un pequeño porcentaje y evaluando la magnitud de la discapacidad, no se podría utilizar este tipo de asistencia.

6 Texto disponible en <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pagges/Display-News.aspx?NewsID=9547&LangID=E>

También, a propósito del artículo 12, en el Informe presentado por el Comité en el Quinto período de sesiones, llevado a cabo en la ciudad de Ginebra, Suiza, entre el 11 y el 15 de Abril de 2011, a cinco años de la aprobación del instrumento internacional, en el tratamiento del Informe presentado por Túnez⁷ puntos 22 y 23, se señala que le preocupa que no se hayan emprendido medidas para cambiar la sustitución en la toma de decisiones por los apoyos en las tomas de decisiones en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica, recomendando al Estado parte que revise las leyes que permiten la guarda y tutela tomando medidas para dictar leyes y políticas en dicho sentido, con especial recomendación de que se tomen los recaudos necesarios a fin de sensibilizar sobre dicha temática a todos los funcionarios públicos y demás partes interesadas.

Con anterioridad a la aprobación de la CDPD y su Protocolo Facultativo, dentro de la esfera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se dictó la Convención Interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad en el XXIX Período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos celebrado en la ciudad de Guatemala en fecha 06/07/1999⁸, el cual, en su articulado se incorporó el concepto de la discriminación contra las personas con discapacidad, entendiéndola como toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedentes de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una incapacidad presente o pasada que tenga efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad de sus Derechos Humanos y libertades fundamentales, teniendo por objetivo la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación y propiciar la plena integración en la sociedad mediante una serie de compromisos a cumplir por los Estados parte en los cuales, ya se mencionan las distintas barreras y obstáculos, tanto de tipo cultural como estructural y arquitectónico. Si bien el instrumento referido no abordó con la profundidad y precisión como lo hizo el aprobado por la O.N.U. en el año 2006, es de rescatar la decidida tendencia del reconocimiento como un Derecho Humano fundamental en orden

7 Texto en inglés disponible en http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/5thsession/CRPD-C-TUN-CO-1_en.doc.

8 Información General del Tratado A-65.

al principio de igualdad de oportunidades y su claro paradigma ideológico sustentado en el modelo social o de vida independiente sin perjuicio de contener algunos conceptos del modelo denominado médico-rehabilitador⁹, pero que indudablemente, junto con la Carta Internacional de los Derechos Humanos de la O.N.U.¹⁰, constituyen válidos precedentes del actual sistema internacional de Derechos Humanos para las personas con discapacidad. En vista de todo lo antes expresado, y estando fuera de discusión, que tanto las normas convencionales del Derecho Público Internacional al igual que las cartas magnas de las naciones, deben ser entendidas, no como una mera expresión semántica sino como una verdadera expresión de principios y valores esenciales para la consagración de los derechos fundamentales de las personas, impone un ejercicio interpretativo diferente al empleado respecto a leyes y normas de jerarquía inferior, conforme fuera sostenido por el suscripto en su calidad de juez integrante del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero, República Argentina¹¹.

9 Sistema que considera que las causas que originan la diversidad funcional no son ni religiosas ni científicas, sino que hay que buscarlas en las concepciones sociales donde las personas con discapacidad interactúan, reconociéndoles a estas, capacidad para contribuir a la comunidad en igual medida que el resto del componente social sin diversidad funcional, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas diferentes, por lo que, se considera un modelo que potencia la dignidad, la libertad y la igualdad, buscando la inclusión social basada en los principios de vida independiente y de no discriminación, siendo el verdadero problema la opresión social y discriminatoria a la que las personas han sido sometidas. En tanto, el modelo médico-rehabilitador considera que las causas que originan la diversidad funcional son mas bien científicas, y quienes las padecen no son consideradas inútiles o innecesarias, siempre y cuando exista la posibilidad de rehabilitación, por lo que, si no se consigue su normalización, se debe buscar su aislamiento en centros especializados y con una absoluta protección legal que les desconoce toda capacidad civil en la toma de decisiones, incluso en aquellas que hacen a sus derechos personalísimos, siendo partidaria de prácticas eugenésicas llegado el caso. Abordaje en profundidad ver: Palacios Agustina, y Romañach, Javier, (2006). El modelo de la diversidad, 44-53, (Ediciones Diversitas- AIES, Madrid, España).

10 Comprende la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos. Ver: <http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml>

11 S.T.J. Santiago del Estero- Argentina, sentencia Res. Serie "C" N° 51, de fecha 18/10/2013, del Voto del Dr. Eduardo J. R. Llugdar en autos: "Partido Movimiento Viable s/ Acción Meramente Declarativa- Salto de Instancia. Ver en <http://>

Lo antes expresado lleva en principio a sostener la inconveniencia de la aplicación de un criterio interpretativo único por parte de los tribunales para todos los casos que involucren a personas con discapacidad en la aplicación de principios fundamentales de Derechos Humanos, teniendo en cuenta que los principios y valores que la informan están conformados por fuertes contenidos éticos, morales y sociológicos, por lo que la decisión interpretativa al respecto, más que legal, debe ser legítima, es decir, dentro del marco de legalidad *pero con eficacia real y ética en relación al contexto específico donde la misma se ejecutará*, siendo pertinente recordar lo enunciado por la doctrina neoconstitucionalista en orden a las experiencias constitucionales, pero válidamente aplicable a las convencionales del derecho público internacional como son las relativas a las personas con diversidad funcional, cuando se señala que “la experiencia histórica ha demostrado que las constituciones a las que se les da un sentido nominal y semántico, son prácticamente nulas en eficacia real, ya que, aunque el texto legal esté perfectamente arbitrado y regulado, puede resultar no solo políticamente sarcástico, sino científicamente peligroso, por la clara y sencilla razón, de que la Constitución, al igual que las convenciones internacionales de Derechos Humanos de las personas que integran grupos vulnerables como los son las con discapacidad, no es sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político, por lo que su interpretación por la justicia constitucional debe realizarse y entenderse desde dicha perspectiva¹². También se considera que cuando la interpretación de la constitución, lejos de actualizar un sistema de valores, se convierte en mero instrumento de falsificación de la realidad política, deja por lo tanto, sin justificación posible la defensa dentro de ella de ningún sistema de justicia constitucional, ya que defender la pura semántica de su texto, sería la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico, a nivel político; y a nivel científico, la negación mas rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar. Por ello, si jurídicamente el control de constitucionalidad –o de convencionalidad- solo se percibe desde la definición previa de la cons-

www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Novedades/Expte_18016.pdf

12 Lowenstein, K. (1964). Teoría de la Constitución, (pp. 216 y ss.). Barcelona: Ariel.

titución –o convención internacional- como ley suprema, solo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica; proceder de otro modo, supondría condenar a la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas, al más menesteroso y errante de los quehaceres¹³.

De lo dicho se desprende, que en los casos judiciales en los que esté en juego la interpretación de los principios y valores constitucionales y convencionales, no podrá el intérprete soslayar que son las circunstancias concretas del caso planteado las que determinarán el significado de las cláusulas en conflicto, no existiendo soluciones únicas ni reglas generales preexistentes, pues dependiendo del caso, la determinación del derecho puede tener significaciones diferentes, tal como el mismo artículo 12 de la CDPD en su apartado 4º alude cuando refiere a las salvaguardias que deben brindársele a la PD en las que expresamente hace referencia a la proporcionalidad y a las circunstancias de las personas a las que se le aplique, siendo el órgano judicial quien deberá supervisar que las mismas no afecten los derechos e intereses de éstas. Asimismo, los Informes del CoDPD a los que se hizo referencia aluden a las tutelas significativas por parte de los tribunales mediante una interpretación que implique el reconocimiento de la realidad de la discapacidad que padece la persona, por las distintas modalidades del tipo discapacitante, ya sea física, intelectual o sensorial, etc., lo que consolida la idea de la importancia conceptual del realismo jurídico¹⁴.

A esta altura del desarrollo del presente trabajo y habiéndose fijado las putas de las objetivos trazados, resulta atinente traer a colación el pensamiento del insigne jurista mexicano, Héctor Fix

13 Capeletti, M. (1973). Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato (p. 61). Milán: A. Giuffrè. Citado por P. Vega (1979). Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. En *Revista de Estudios Políticos*, 7. Madrid, España.

14 Doctrina filosófica interpretativa del Derecho al que lo identifica con la eficacia normativa al considerar que el mismo no está formado por enunciados de contenido ideal acerca de lo que es obligatorio y las reglas realmente observadas por la sociedad por lo que las normas deben ser valoradas desde la perspectiva de los casos y los problemas reales que se presentan siendo las principales escuelas, la francesa, estadounidense y escandinava. Ver Hierro, Liborio (1996). Realismo jurídico en el derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. 11-77 (Editorial Trotta, Madrid - España).

Zamudio, quien en relación a los textos convencionales y constitucionales, tuvo la claridad mental para percibir que aparte de ser ellos textos escritos, son ante todo una vivencia colectiva¹⁵. Ello es la demostración cabal que los principios y valores que conforman los textos convencionales del Derecho Público Internacional, que influyen el derecho privado de los países que los celebran, son realmente textos vivientes y conformados por una recopilación histórica, sociológica y moral que han permitido fijar los estándares mínimos de convivencia universal en miras del respeto y la dignidad de nuestra condición humana como realidades vivientes del pasado, del presente y con proyecciones futuras, donde día a día se construyen los elementos facilitadores a los fines de reivindicar y allanar el pleno ejercicio y goce de todos los grupos sociales que componen la comunidad internacional en orden al derecho de gentes en su concepción actual, lo que permite distinguir a grupos que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad, lo que los ponen en seria dificultad de alcanzar el pleno ejercicio de sus derechos más elementales y que han sido y aun son, marginados y relegados por el resto los componentes sociales e incluso, las autoridades estatales, lo que ha motivado una especial tutela para reivindicar en base, principalmente, al principio de igualdad y no discriminación, la inclusión de éstos en un plano de igualdad al resto de los integrantes de la comunidad. Las PD, como grupos vulnerables, que se calcula en la actualidad en un número que asciende aproximadamente al 12% de la población mundial, no solo necesitan del compromiso de los respectivos países a cumplir con los instrumentos del derecho internacional aprobado para contemplar su situación, sino que también, sus autoridades políticas, legislativas y judiciales adopten medidas concretas y eficaces en relación a los principios y estándares fijados y a la variedad de situaciones que dentro de este grupo vulnerable, constituyen verdaderas barreras u obstáculos para el pleno ejercicio y goce de sus derechos, jugando allí, la importancia de los valores y elementos referidos en especial al momento de la interpretación y aplicación al caso concreto.

15 Fix Zamudio, H. (1968). *Veinticinco años de evolución de las justicias constitucionales 1940-1965*, 153. México: Editor Instituto de Investigaciones Jurídicas.

3. El rol de los poderes judiciales de los países parte de convenciones internacionales de DDHH y las personas con discapacidad

La tutela efectiva de los derechos de las PD por parte de los organismos jurisdiccionales implica que sus operadores con potestades decisorias partan del principio de universalidad de los distintos instrumentos del derecho internacional como del orden local. En éste sentido, resulta de especial interés la opinión de la CoIDH¹⁶, que en interpretación del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷ (en adelante CADH), estableció que los otros tratados, incluso los aprobados fuera del marco del sistema interamericano de Derechos Humanos, pueden ser objeto de apreciación por parte del Tribunal, al amparo de la doctrina e instrumentos universales, para dar luz y contenido a la CADH pero no para restringir los derechos. Por ello, los diversos instrumentos del derecho internacional sobre las PD y la jurisprudencia elaborada por sus tribunales específicos integran el corpus iuris internacional en la materia y pueden ser abordados y citados por el Tribunal Interamericano en sus fallos, en el sentido mencionado. La CoIDH ha sustentado dicha argumentación en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹⁸. También ha tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 29 de la CADH que en su inciso b) establece que la Convención se interpretará de modo tal de que ninguna de sus disposiciones podrá limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Un elemento principal a tener en cuenta en la interpretación de toda normativa de Derechos Humanos, y muy en especial, en las referidas a las PD es el principio “pro homine”, que introduce la cuota de distinción respecto al derecho de gentes por tener como objeto

16 Otros Tratados, Opinión Consultiva N° OC-1-82 (1982).

17 Organización de los Estados Americanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), 7-22 Nov. 1969, San José de Costa Rica.

18 Art. 31. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

y fin el conferir derechos a los individuos frente a los Estados y no regular las relaciones de éstos últimos entre sí, y que impone ante cualquier duda interpretativa en un conflicto entre los Estados y sus ciudadanos, inclinar la decisión a favor de éstos últimos en su carácter de personas físicas. En dicho sentido, se ha subrayado que la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados en la doctrina acerca de la defensa judicial en Derechos Humanos, debido al objetivo garantista que orienta a la materia¹⁹.

Los poderes judiciales de los países que ratificaron los distintos instrumentos internacionales del *corpus iuris* de Derechos Humanos, se encuentran obligados en el actuar de sus jueces, en las causas que los involucre, a efectuar el control de convencionalidad, tal cual fuera concebido por la CoIDH en la causa conocida como “Trabajadores Cesados”, en donde se ha sostenido que cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que el efecto útil de la convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad “*ex officio*” entre las normas internas y la convención²⁰. Si bien el pronunciamiento mencionado hace expresa referencia a la CADH, dicho enunciado también es aplicable a cualquier otro tratado o convenio internacional si el país ha suscripto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que entró en vigor el 27 de Enero de 1980²¹, que en sus artículos 26 y 27 expresa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, y que no se podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado, estableciendo además, que dicha disposición se entenderá sin perjuicio de lo enunciado por el artículo 46 del mismo instrumento, el cual, alude de que el hecho de que el con-

19 Henderson, H. (2004). Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: La importancia del principio *pro homine*. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (39), 73-99. Costa Rica.

20 Trabajadores cesanteados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Caso 11.830 y 12.038. CIDH Reporte 7804, Serie “C” N° 158, Párrafo N° 128. 24 nov. 2006.

21 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 115 U.N.T.S 331, Viena, 23 May. 1969

sentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental en su derecho interno. La contundencia del texto de los instrumentos referidos implica el ineludible compromiso de los jueces locales en velar y tutelar por el efectivo cumplimiento de los objetivos y fines de los instrumentos internacionales en que el Estado al que pertenece sea parte, mas allá de las disposiciones del derecho interno y en especial, cuando el contenido de los mismos refiera a Derechos Humanos, por lo que, el conocimiento y la capacitación en orden a sus alcances juegan un rol trascendental en donde la tarea interpretativa que se realice sea la más apropiada para garantizar no solo el reconocimiento sino el concreto allanamiento para la eficaz ejercicio del derecho a sus legítimos destinatarios.

4. La jurisprudencia internacional y el correcto razonamiento judicial

Es en la faena antes señalada donde se aprecia un cierto déficit en los componentes de los poderes judiciales, en especial, de los países latinoamericanos, y en cuanto a los derechos de las PD también en la órbita de otros continentes, lo que ha motivado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, pese a la existencia de otros instrumentos que los aborda, a dictar uno nuevo en el año 2006 insistiendo y profundizando respecto a la falta de avances en la problemática, creando herramientas de seguimientos y observancia para su aplicación, las cuales a más de siete años de aprobación, siguen detectando y marcando deficiencias en los Estados parte en las esferas administrativas, legislativas y judiciales. También ha sido la incesante tarea de los distintos organismos de Derechos Humanos, tanto de las Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos y del continente europeo, quienes con sus informes de relatoría y otros tipos de reportes han señalado, las múltiples dificultades para la efectiva implementación. También las tareas de los tribunales internacionales en la materia como la CoIDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha venido produciendo pronunciamientos ejemplares al respecto, elementos éstos que co-

rroboran la problemática señalada y en donde la tarea interpretativa de los tribunales locales tendrá un rol de trascendencia a la hora de garantizar la efectiva vigencia de dichos instrumentos en los Estados parte.

La ponderación como herramienta de interpretación es esencial a la hora de consolidar las nuevas concepciones y estándares establecidos por la CDPD del año 2006, que contiene pautas que en muchos casos entran en colisión con otros instrumentos de igual jerarquía y en donde el operador judicial tendrá que agudizar su tarea a los fines de armonizar o inclinar la efectiva vigencia de uno sobre otro. También no debe descartarse la diferencias contextuales en la que se encuentra cada persona con diversidad funcional y en las que muchas veces para su caso, la aplicación de los principios generales contenidos en algún artículo de la CDPD no necesariamente sea la mejor solución para garantizar su derecho acorde a su particular situación, lo que deja al descubierto la necesidad del ejercicio ponderativo por parte de las autoridades de aplicación en especial pertenecientes a los poderes judiciales.

Afirmamos que la ponderación en este tipo de causas juega un papel importantísimo a los fines de que los objetivos convencionales logren los propósitos que le dieron nacimiento, ya que el principio "*pro fto mine*" parte de la persona como sujeto con individualidad, y si bien por semejanzas logran conformar o pertenecer a grupos sociales en el caso de las PD vulnerables, la circunstancia contextual de cada uno de ellos tendrá su nota característica particular y su solución específica, en donde la norma protectoria va a otorgar al juez la pauta general, no pudiendo eludir la tarea valorativa de la realidad del involucrado, el que en definitiva será el destinatario de los efectos de su resolución. Acorde a ello, el insigne pensador español José Ortega y Gasset, dentro de la primera centuria del siglo XX, basó toda su filosofía en la conocida frase "*yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo*"²², por lo que salvando el contexto, bien puede aplicarse al tema en tratamiento, ya que de nada valen los más loables propósitos de los principios consagrados en los instrumentos de Derechos Humanos, que reconocen los derechos de las personas con diversidad funcional, si en los estrados judiciales a los que éstos acuden a fin de buscar la

22 Ortega y Gasset, J. (1914). Meditaciones del Quijote. En *Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Serie II* (1), 43-44. Madrid.

efectiva aplicación de sus contenidos a las cuestiones que los aquejan, no encuentran operadores que aplicando una adecuada hermenéutica, arriben a decisiones justas, en orden a las circunstancias personales del justiciable. También es de tener presente que en toda acción en que se pretenda desentrañar el verdadero interés para la salvaguarda de la persona con discapacidad en el caso concreto, deberá imponer el intérprete un adecuado “ejercicio ponderativo” a los fines de llenar de contenido eficaz el principio establecido como regla primordial a tenerse en cuenta cuando están en juego la determinación de los apoyos necesarios para facilitarle a éstos el pleno ejercicio de su capacidad civil y vida independiente, debiéndose dejar preferentemente de lado todos aquellos métodos que se refugien rígidamente en el apego a la semántica normativa, con impronta normativista que niegue toda dimensión socio-cultural que conforman el contexto y circunstancias que rodean a dicha persona al tiempo de sentenciar, ya que como lo sostuviera el filósofo mencionado, si no se salva o respeta dicho contexto, difícilmente pueda salir indemne ante una alteración contextual o circunstancial, que no contemple la directiva convencional, su salud física, psicológica o de cualquier naturaleza. También es cierto, que en la interpretación de las normas convencionales, el intérprete se coloca en un lugar de privilegio, pudiendo ser afectado su significado cognoscitivo, favoreciendo su imprecisión el hecho de que la aplicación de los contenidos y estándares de las reglas supranacionales despierta muchas veces en los operadores jurídicos reacciones emotivas y actitudes ideológicas de todo tipo, impregnadas por el paradigma de quien deba darles significado. Por dicho motivo, el método más seguro para desentrañar el mejor interés de la PD, se encuentra relacionado con la concreta realidad por la que atraviesa y deba ser valorado, ya que la consideración abstracta, como los parámetros legales, sin consideración contextual, generan perjuicios y concepciones muy sutiles, que al encontrarse desvinculadas con la realidad, inexorablemente llevará a resultados injustos. Por ello, la aplicación legal en todos los casos debe atender a las particulares circunstancias de las cuestiones sometidas a decisión; de otro modo, se atenderá más al interés semántico de la norma como concepto vacío, y no al verdadero del sujeto, como realidad concreta y viviente.

En ello radica las insistentes recomendaciones del CoDPD a los estados parte, en el sentido de la planificación por éstos de planes especiales de capacitación en la materia a los operadores judiciales,

entre otros, en sus distintos períodos de sesiones.

La falta de observancia de los conceptos antes indicados lleva a conformar lo que se ha dado en llamar “jurisprudencia mecánica” y “neutralidad valorativa”, que poco contribuye con la realización del principio de no discriminación e igualdad de oportunidades²³ que requiere la CDPD. Conforme Fiss, el principio de no-discriminación se conforma como una garantía de protección ante las posibles distinciones arbitrarias efectuadas por el Estado, mediante una adecuación racional de medios y fines, por lo que, si dicha adecuación no resulta razonable para alcanzar tal finalidad, se viola el principio, por eso requiere que se juzguen los criterios en que se basó la distinción, los cuales, si no se relacionan con ningún fin válido, carece de estándar que garantice el derecho fundamental que se pretende proteger. También resulta destacar las antinomias que se producen entre instrumentos convencionales de igual rango y jerarquía de los que el Estado se ha constituido como parte, y existen normas contradictorias respecto a una misma materia en orden a los Derechos Humanos a garantizar y proteger, tal el caso del Art. 1.2 b *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, adoptado en 1999, ya aludido, que en su parte pertinente establece que la declaratoria de interdicción hacia la persona con discapacidad no constituye un acto discriminatorio, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar y estén previstas en las leyes locales. En tanto el Art. 12 de la CDPD, establece un nuevo paradigma respecto al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con diversidad funcional en igual condición con las demás en todos los aspectos de la vida y demás disposiciones en dicho sentido, que ya fueron aludidas en el presente trabajo. Ello generó un expreso pronunciamiento del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en la Primera Reunión Extraordinaria celebrada entre el 4 y 5 de mayo de 2011²⁴, en el marco del Art. 12 la CDPD, en el que se sostiene que dicho párrafo del artículo mencionado de la Convención Interamericana resulta obsoleto ante la adopción

23 Fiss, O. M. (1976). Groups and the Equal Protection Clause. En *Philosophy & Public Affairs* (pp. 107-113, 122-124).

24 OEA/ Ser. L/XXIV. 3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev. 1 28 abril 2011. Anexo 2. Original: español. Ver en: <http://scm.oas.org/pdfs/2011/CP26742SM.pdf>

de la Convención de las Naciones Unidas de 2006, si se entiende que el proceso de reforma del instrumento interamericano puede estar dotado de complejidad y trámites extensos, por lo que de manera momentánea el Comité sugiere diseñar otras propuestas más viables, tales como la adopción de un criterio de interpretación, el cual podría ser difundido masivamente, criterio de interpretación que debería anular para efectos prácticos la parte de la norma cuestionada reconociendo la realidad de la existencia de un sinnúmero de casos de interdicción decididos en las cortes nacionales y los complejos problemas que ello llevaría la transformación inmediata del paradigma, requiriendo a la OEA la revisión en el entendimiento de que la mayoría de los países que la componen han ratificado la CDPD de la ONU; sin perjuicio de lo cual los estados partes tendrán la obligación de introducir los cambios necesarios para garantizar su conformidad con la Convención de la ONU en los planos normativos y operativos, no bastando sólo con reformar la legislación, sino que es preciso acompañarla con **medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, financiero y social**, entre otros. En el mismo sentido, la Observación General aludida refiere que el Art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con anterioridad a la nueva Convención, reconoce para todos la personalidad jurídica, pero fue necesario un nuevo tratado específico referido a las personas con discapacidad con una disposición precisa (art. 12) sobre tan trascendente cuestión, debido **a la falta de efectividad y a la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema de Derechos Humanos y en la sociedad.**

Asimismo, cito un informe de Naciones Unidas, conocido como “Estudio Temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y comprensión de la Convención”²⁵, en el que se afirma: *“Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2º del Art. 12”*. También cita los párrafos 3, 4 y 5 del Art. 12: que establece adaptar *“medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho [...] Esto incluye lo siguiente: el reconocimiento jurídico del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a disponer de medios*

25 Identificado con el número A/HRC/10/48, 26 de enero 2009.

alternativos y aumentativos de comunicación; a la adopción de decisiones asistida, extendida como el proceso por el que una persona con discapacidad está ftabilidad para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad". Es decir, como bien lo sostiene el Comité, los Estados que se han obligado por la CDPD, deben tomar todos los recaudos legislativos a fin de ordenarse con la filosofía que emana de los principios consagrados en el Instrumento que conciba el asistencialismo de la persona con discapacidad, *"como uno de los más arraigados obstáculos" para su implementación, correspondiendo las modificaciones legislativas, a fin de lograr que los apoyos brindados a estos grupos vulnerables en particular, nunca se los proporcione contra su voluntad, respetando su capacidad jurídica.* En igual sentido, y para los casos en particular, son los jueces de los Estados obligados y que aún no han adecuado su legislación a los estándares mencionados, quienes, en orden a sus potestades en sus tareas interpretativas, ponderando el principio *pro fto mine*, privilegien los contenidos de la Convención por sobre toda otra norma que implique una barrera u obstáculo para propiciar el acceso y la inclusión en todos los órdenes de la sociedad donde la PD se encuentre incluida, obviamente, el sistema judicial es componente fundamental de dicho orden.

La forma más segura de resolver las antinomias entre las mismas normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos de las PD, como de las leyes de rango constitucionales y ordinarias de los países parte, de la CDPD de las Naciones Unidas, en las situaciones especialmente contemplados en los informes generales del CoDPD, es la técnica de la ponderación, ya que se encuentran involucrados en dichos conflictos principios que establecen derechos fundamentales en el caso específico de las personas con diversidad funcional. Se decía anteriormente, que la aplicación de otros métodos, tales como el de la temporaneidad de las normas; el principio de jerarquía de las mismas; o el método de subsunción, resultan insuficientes, y muchas veces inadecuados, a la hora de resolver los conflictos que involucran situaciones como las referidas.

Que resulta fácil demostrar lo antes expresado, ya que los mismos textos en la materia, no excluyen la aplicación de otros ordenamientos legales, aunque de anterior data o de inferior jerarquía, siempre y cuando su aplicación al caso concreto sea la que facilite

una mayor protección al derecho a tutelar, puesto que el principio primordial a tener en cuenta en materia de Derechos Humanos, es el “*pro ftomine*”, que es el que ampara y salvaguarda a la persona y a su dignidad de un modo más amplio, e indica la conveniencia de aplicar aquella norma que menos restrinja en caso de establecer limitaciones, un derecho fundamental.

Respecto a la subsunción legal, resulta fácil advertir que el contenido de las normas convencionales de Derechos Humanos de carácter internacional, se componen de enunciados generales basados en principios y valores y no en reglas de conducta, por lo que dicho proceso silogístico, resulta prácticamente inaplicable. Y en el caso de su aplicación en este tipo de normas, invariablemente, implicará la aplicación literal del texto sin valorar su conveniencia al caso real, lo que pone en verdadero riesgo a la primacía del principio “*pro ftomine*” antes mencionado. Conforme lo sostiene Robert Alexy²⁶, en criterio que se comparte, *“la ponderación es el procedimiento racional de aplicación del derecho más confiable, cuando en la búsqueda de la solución del caso jurídico, surgen conflictos de principios y reglas, o de reglas entre sí. En cuanto a la colisión o antinomia de normas que contienen principios, siempre será uno de ellos, el que, en atención a las particularidades del caso, prevalecerá sobre el otro, sin que ello signifique que el principio desplazado sea inválido, ni que ftaya que establecer alguna excepción, sino que dependiendo de las circunstancias, existirá un orden de prelación de uno sobre otro, lo que en la situación particular de otro sujeto vulnerable perteneciente a un mismo grupo, como las personas con discapacidad(de acuerdo a su propias circunstancias, tal como lo refería Ortega y Gasset) requiere una solución distinta en la que tenga un orden de relevancia el principio u otro principio desplazado en el caso aludido anteriormente, que aconseje la ponderación en orden al ya referido “pro ftomine”.* A modo ejemplificativo, entre el conflicto suscitado entre el Art. 1.2 inc. b in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA y el Art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, nadie duda en principio, pese a la idéntica jerarquía de los instrumentos para el Estado que ha suscripto y ratificado ambos, la

26 Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (pp. 81-98). Madrid: Edición del Centro de Estudios Constitucionales.

conveniencia de aplicar este último, en el sentido, de reemplazar la sustitución de la capacidad jurídica de quien padece discapacidad, en especial en los casos de diversidad intelectual, por el respeto a la propia determinación de éste, buscando todos los apoyos de distintos tipos necesarios para el logro de la preservación de la capacidad jurídica. También es cierto que existen casos tales como los infartos cerebrales que provocan un estado vegetativo persistente, en lo que no se puede prescindir del nombramiento de un tutor y curador que sustituya la capacidad civil ante la gravedad del síndrome que padece la persona, en el cual resultaría apropiado, llegado el caso, la aplicación de las medidas que faculta a aplicar en la esfera judicial la Convención Interamericana en la parte pertinente del artículo referenciado.

Ahora bien, ¿por qué afirmamos con total convencimiento de que la técnica ponderativa es la más apropiada en materia de interpretación en casos como los antes expuestos? Es que, tal como lo expresa Alexy, los principios en Derecho tienen diferente peso y ante el conflicto entre éstos, la solución debe buscarse en dicha dimensión y no en cuanto a su validez. La operación ponderativa se encuentra embebida de los principios de la proporcionalidad, integrante ésta del principio de razonabilidad, la que se nutre a su vez, de otros subprincipios, como el de adecuación, el que permite apreciar que el desplazamiento aplicativo al ejercicio de un derecho sea lo más adecuado para la preservación de otro derecho o bien protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el de necesidad, que lleva a determinar que no existe otra forma menos gravosa que el desplazamiento de un derecho para la preservación de otro derecho fundamental; y el de proporcionalidad propiamente dicho, que lleva a que en el juego de desplazamiento contenidos en los anteriores, se realice un ejercicio hermenéutico tal que pueda armonizar una menor afectación del derecho desplazado, buscando a la vez en forma compatible, la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho; operaciones todas éstas que van de la mano con una apropiada valoración de los hechos concretos, base de la situación jurídica creada mediante las reglas de la sana crítica, en donde no sólo juega el aspecto lógico propio de los ordenamientos de derecho, sino que además se conjuga con las apreciaciones de la realidad, en base a la experiencia no sólo del juez, sino de todos los operadores jurídicos que conforman el proceso en sus diferentes roles, tales como las mismas partes, las opiniones de los expertos en las

distintas disciplinas auxiliares, y en muchos casos las instituciones especializadas, consultadas respecto a cuestiones específicas, etc., todo lo cual también se contextualiza con una visión psicológica y sociológica, por ser los sujetos jurídicos personas físicas, aplicadas a una realidad o circunstancia propia.

El caso “Furlán y familiares vs. República Argentina”²⁷, fallado por la CoIDH, es la muestra más palpable de los desaciertos y falencias del sistema judicial argentino en cuanto a la falta de una adecuada observancia, tanto en la faz procedimental como respecto a la hermenéutica en la interpretación de las normas convencionales internacionales de Derechos Humanos vinculados a las PD, ratificadas por el país mencionado, las que en el caso concreto se vieron agravadas por la pertenencia del actor a dos grupos vulnerables, en su calidad de menor de edad con discapacidad y perteneciente a una familia de escasos recursos, entendiéndose que existió una discriminación de hecho asociadas a las violaciones de garantías judiciales, protección judicial y derecho a la propiedad, al no contemplarse en el proceso las situaciones de desventajas en que se encontraba Sebastián Furlán. En lo específico de las garantías judiciales, la Corte puntualizó la falta de observancia del deber de celeridad en los procesos civiles en el que se involucran grupos vulnerables y que no se reparó en una aplicación diferenciada de la ley en cuanto a las condiciones de ejecución de la sentencia como medidas que permitieran remediar de algún modo las situaciones de desventaja aludidas, por lo que existió una vulneración del derecho a la integridad personal en donde el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c; en relación con los artículos 1.1 y 19 de la CADH (Párrafos 268 y 269).

En lo específico de las falencias interpretativas y la necesidad de la aplicación de una técnica ponderativa adecuada surge palpable cuando la Corte establece que tanto los menores de edad como las PD *“deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la Justicia. La presencia de condiciones*

27 Sebastián Claus Furlán y Flia vs. Argentina. Caso 12.593. CoIDH. Reporte 111/10, Serie “C” N° 246, Párrafos 300-308, 31 ago. 2012.

de desigualdad real obliga adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses"²⁸. De lo dicho, y para cumplir con los estándares fijados por el Tribunal Interamericano, es necesario agudizar el ejercicio ponderativo, a los fines de apreciar las condiciones reales de desigualdad para la adopción de las medidas más aptas para la reducción o eliminación de las barreras y/u obstáculos que impiden acceder a las PD en un pie de igualdad con el resto del componente social ante los estrados judiciales, teniendo bien en claro que dicha apreciación debe llevar a lograr la facilitación de todos los apoyos necesarios para una efectiva *igualdad de oportunidades* que de ningún modo implican beneficios o ventajas desproporcionadas que puedan romper dicho principio a favor de la persona con diversidad funcional, a las que debe exigírseles el cumplimiento de sus obligaciones legales como a cualquier otro justiciable una vez que se tenga la certeza de que con los procedimientos de salvaguardia aludidos se haya equiparado su posición como parte en el proceso y en las diversas orbitas de actuación dentro de la comunidad organizada, ya que de otro modo, y pese a las buenas intenciones que se persiga, también podría exceder los objetivos y finalidades establecidas por las normas convencionales.

También resulta atinente la firmeza con que la CoIDH en el caso mencionado vuelve a insistir respecto a la obligación de las autoridades judiciales de efectuar un control de convencionalidad más allá de estar sujetas al imperio de la leyes internas cuando el Estado a la que pertenecen es parte de un Tratado Internacional como la CADH, por lo que todos los órganos vinculados a la administración de justicia deben proceder en consecuencia para que los efectos de las disposiciones convencionales no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objetivo y fin, imponiendo que dicho control de convencionalidad debe ser ejercido "*ex officio*" entre las normas internas y la convencionales, donde debe tenerse en cuenta, no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo haga la CoIDH como intérprete última de la CADH.

En el párrafo 305 del "caso Furlán" la CoIDH concluye a éste

28 En dicha doctrina, la CoIDH se basó en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 oct. 1999. Serie "A" N° 16, Párrafo 119; Opinión Consultiva OC -18/03 Parr 121 y Caso Vélez Loor vs. Panamá, Párrafo 152.

respecto, sosteniendo que tanto las interpretaciones judiciales, administrativas y las garantías judiciales, en orden al control de convencionalidad, se apliquen adecuándose a los principios y estándares establecidos por su jurisprudencia, en especial, cuando se trate de menores de edad o de PD la necesidad de tener en cuenta las situaciones concretas de vulnerabilidad que estos sujetos de derecho puedan afrontar a fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en los que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente. Las disposiciones comentadas de la sentencia dictada en el caso Furlán por la CoIDH, es un claro reproche a los operadores del sistema judicial argentino, del cual el suscripto es parte integrante y no escapa al “*mea culpa*” sobre la inobservancia de los preceptos contenidos en los tratados de Derechos Humanos internacional, frente a los ordenamientos locales que en cierto modo restringen o reducen la eficacia de los preceptos contenidos, en especial del sistema interamericano, pese a que el Estado argentino no solo ha suscripto y ratificado los mismos, sino que además, en la reforma constitucional del año 1994, los ha incorporado como texto expreso de la misma²⁹, y la falta de un efectivo control de convencionalidad por parte de los jueces locales a lo que se encuentran obligados conforme a los precedentes del tribunal con sede en San José de Costa Rica.

Indudablemente también de las referencias del precedente aludido se verifica una crítica a la hermenéutica interpretativa respecto a las causas que involucran a las PD, tanto en la faz procedimental como en la aplicación del derecho sustantivo por la falta de contemplación de la situación especial de vulnerabilidad por razón de desigualdad y discriminación de la que son objeto, lo que revela la falta de criterios de razonabilidad y proporcionalidad que en el caso en especial ha impedido reconocer o distinguir normas que limitan o restringen derechos fundamentales de personas con diversidad funcional, tal cual surge de las citas realizadas, evidenciando una falta o deficiente aplicación de las técnicas de ponderación, como herramientas apropiadas para la mejor apreciación y determinación

29 Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inc. 22 (sancionada en el año 1853 y reformada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) texto oficial ordenado por Ley N° 24.430, sancionada el 15 dic 94, promulgada el 3 enero de 1995. <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

en la efectivización de los derechos fundamentales en orden a los objetivos y fines del instrumento jurídico internacional.

Idéntica postura ha sido adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰, que en los últimos precedentes jurisprudenciales que involucran a personas con diversidad funcional, señala como obligaciones ineludibles de los tribunales de los países que integran el sistema europeo de Derechos Humanos de ponderar la situación especial de quienes padecen discapacidad, en orden a las exigencias impuestas por el ordenamiento legal interno de los Estados parte a los fines de establecer los ajustes apropiados para cumplir con las mismas, bajo riesgo de incurrirse en discriminación por trato desigual en caso de no otorgarse los apoyos necesarios. (casos *Glor y Seal*) y la determinación del mayor peso respecto al deber de los estados de proteger a las personas con diversidad funcional de los actos de violencia en su contra, así, sea que los autores de los actos violentos fueren niños inimputables en razón de su edad. (Đorđević).

5 . Conclusión

A modo de conclusión, el trato igualitario y no discriminatorio que conforma la esencia de los principios y valores contenidos en las normas convencionales del derecho internacional de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, no implica idénticas soluciones a situaciones que si bien involucran a sujetos del mismo grupo vulnerable, tienen particularidades con matices diferentes, por lo que **se deberá ponderar** mediante las técnicas interpretativas más aptas, las concretas circunstancias en base a los hechos que generan la necesidad de la protección jurídica, a los fines de arribarse a soluciones justas basadas en criterios razonables, equitativos y proporcionales.

30 TEDH, *Glor v. Switzerland*, final 06-Nov-2009; *Seal v. The united kingdom*, final 11-abr-2011; *Đorđević v. Croatia*, final 24-Oct-2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Boueiri, S. (2003). *Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia*. Bogotá: Universidad de los Andes, CENIPEC.
- Cappeletti, M. (1973), *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milán: A. Giuffrè.
- Fiss, O. (1976). Groups and the Equal Protection Clause. En *Philosophy & Public Affairs*, 5.
- Fix Zamudio, H. (1968). *Veinticinco años de evolución de las justicias constitucionales 1940-1965*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Henderson, H. (2004). Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 39.
- Hierro, L. (1996). Realismo jurídico en el derecho y la justicia. En *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 11. Madrid: Trotta.
- Lowenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Ortega y Gasset, J. (1914). *Meditaciones del Quijote*. En *Publicaciones de la Residencia de Estudiantes*, 1.
- Palacios, A. y Románach, J. (2006). *El modelo de la diversidad*. Madrid: Diversitas- AIES.
- Vega, P. (1979). Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. En *Revista de Estudios Políticos*, 7.

Rita Viviana Chávez Ibáñez

Derechos de los niños en la Convención Americana

Introducción

Desde tiempos inmemoriales la falta de respeto a los Derechos Humanos, y sobre todo a los derechos de los niños, ubicado dentro de este, es un tema delicado, debido a en diferentes situaciones en que se ven vulnerados sus derechos, estos con raigambre constitucional, que deben ser respetados por todos y cada uno de los ciudadanos. Debemos entender que hablar un niño, estamos haciendo referencia a la vida de un ser humano de quien espera de la vida un buen futuro para sí y para todo su entorno, para ello debemos trabajar en la toma de conciencia acerca de ellos, trabajar en pro de su reconocimiento, respeto, tutela y promoción de los Derechos Humanos, y sobre todo los derechos de nuestros niños.-

El presente trabajo pretende abordar el análisis de los Derechos Humanos y de los derechos de niños dentro de este. El cambio de paradigma consagrado en la Convención sobre los Derechos del niño, norma de raigambre constitucional, la evolución del mismo a lo largo del tiempo y fundamentalmente su influencia de este, a la hora de la toma de decisiones.

Por ello, se tendrá como línea medular, conceptos de Derechos Humanos, Derechos Humanos del niño, terminologías y principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, haciendo hincapié en el Art. 3, que en su texto contiene un principio fundamental, esto es, el principio del interés superior del niño, como así también el análisis del Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con ello la obligación que eventualmente deviene asumida por los estados signatarios para dar una respuesta jurídica y social que se traduzca en la construcción de normas fundadas a la luz de un cambio de paradigma ,reconociendo a los niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos

y en función de esto una breve referencia de la opinión consultiva del Art. 19 en relación del Art. 8 y 25 de la misma convención y la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.-

1 . Derechos Humanos

En este acápite se iniciara haciendo mención a la definición de Derechos Humanos, concepto este, que reciben diferentes definiciones que engloban todos los derechos de adultos y niños, de los cuales estos últimos han sufrido diversas violaciones a sus derechos a lo largo de los años; ellos con voz pero con miedo, callan lo que sucede en sus vidas por la diferentes situaciones de vulnerabilidad que les toca vivenciar, mientras otros que ni siquiera saben que se están violando sus derechos.

Los Derechos Humanos, se puede definir como “todos aquellos derechos de los que gozan todas las personas, los cuales deben de ser reconocidos, protegidos, difundidos y garantizados por todos los Estados y no deben ser vulnerados en ninguna forma, debido a que se derivan del principal derecho que es la vida”.¹

También se lo puede considerar como “Conjunto de garantías y derechos inalienables, que tiene el hombre, basados en la dignidad humana que le son indispensables para su subsistencia como tal y para el desarrollo de la sociedad”.²

De lo expuesto ut-supra, se puede inferir que todos los conceptos tienen como común denominador que los Derechos Humanos son derechos individuales, personales, exclusivos a cada ser humano en su condición de tal.- Son imprescriptible, inalienable a cada hombre.

Cuando hablamos de derechos, hacemos referencia al poder, po-

1 López Contreras, R. E., *Derechos Humanos* (p. 4).

2 Vallejos Mendoza, A. M., “Artículo, anotaciones sobre los Derechos Humanos”, http://www.revista_juridica.uca.edu.py/printable.pdh?id=90, (16/4/2010).

testad de exigir determinada conducta de otro sujeto, o bien de un permiso para actuar en determinado sentido. Y decimos humanos porque le pertenece al hombre, a cada uno de nosotros. El ser humano es el único destinatario de estos derechos, por ende reclaman su reconocimiento, respeto y defensa de cada individuo, y sobre todo del Estado.

El estado es el encargado de velar por tutela efectiva de todos los derechos de cada habitante de nuestro país, trabajar en la promoción de los mismos para que lleguen a conocimiento de todos, evitando así la violación de estos.

Los Derechos Humanos del niño

Para poder entrar en el análisis del derecho de niño es necesario hacer aclaraciones preliminares:

Etimológicamente, el término “niño” viene del latín *infans* que significa “el que no habla”. El significado evolucionó a través de los siglos y las culturas hasta llegar a ser usado para nombrar al ser humano en la etapa que comprende desde su nacimiento hasta la adultez.

Según la Convención de los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores define como menor a “todo ser humano cuya edad sea inferior a 18 años”.

En cambio, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980, consideran menor toda persona que no haya cumplido los 16 años de edad.

Niño: persona que cuenta con poca edad, y que aun se encuentra viviendo en la etapa desde el nacimiento hasta la edad de la adolescencia, la cual se define como la etapa que sucede a la niñez y que puede notarse a los primeros indicios de la pubertad. Considerándose desde etapa hasta llegar a ser un adulto.” (www.rae.cl; Op.cit)

Según la UNICEF (2009) todo ser humano menor de 18 años es niño o niña, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

De lo expuesto se infiere que se considera niño a todo menor de

16 con respecto al ámbito civil y de 18 al ámbito penal.-

Asimismo dentro del espectro de los Derechos Humanos, encontramos los llamados Derechos Humanos del niño que podemos definirlo como “una rama del derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la mayoría de lo posible el desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal”.³

En la actualidad, el niño es la persona más vulnerable en el contexto social, es víctima de diferentes situaciones donde se ven conculcados sus derechos, es por ello obligación nuestra velar por su integridad psicofísica y su desarrollo integral.

En pro de la defensa de los derechos de los niños, a través del tiempo y las fluctuaciones sociales y la imperante necesidad de establecer el interés superior del niño en el ámbito jurisdiccional, concepto este que puede ser definido como “un paradigma que otorga un gran poder en las decisiones de los jueces. Con lleva un contexto histórico y sociológico del menor que va más allá de una simple decisión que obliga a los jueces en sus resoluciones jurisdiccionales, dónde en ocasiones se toman medidas protectoras del niño apartándose de las leyes, por ser el sujeto más vulnerable”.

Es propicio hacer mención al artículo 3 de la Convención de los derechos del niño que en su texto nos expone que el interés superior del niño es primordial.

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 que se atenderá será el interés superior del niño.

Origen y contexto histórico

Para ahondar en el tema, y lograr así una mejor comprensión, es menester analizarlo desde su contexto histórico, origen y proyección.

A lo largo de la historia, se consideró a los niños y niñas como propiedades de sus padres y madres: no tenían reconocidos ningún tipo de derechos, sin embargo con el paso del tiempo esta concepción fue evolucionando, así podemos decir que este principio, El

3 Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños* (p.5).

principio del interés superior del niño ya no es considerado como nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de modelo anglosajón como de derecho codificado. En cuanto al derecho comparado, la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos ha sido diferente pero denota una característica similar: el reconocimiento de los mismos ha sido un proceso paulatino desde una primera instancia en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos disímiles de sus padres.

En Gran Bretaña por ejemplo esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres.

Igual trayectoria se observa en el derecho francés donde tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En lo que respecta América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este. El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior. Sin embargo esta evolución tuvo ciertas paradojas Una de ellas (de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia) es que si bien, en un primer

momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños. Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo a partir del proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en derechos genuinos, otorgándole la oportunidad de oponerlos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.⁴

Podemos ver que desde su origen los niños y niñas han sido considerados como propiedad de sus padres, no reconociéndoseles ningún derecho a los mismos, pero debido a las cambios sociales su evolución fue necesaria y se adoptó el cambio de paradigma en pro de la defensa de sus derechos y del interés superior del niño.

En el derecho comparado se fue instaurando este paradigma, tanto en el derecho europeo como anglosajón, se priorizó al niño como sujeto de derecho, reconociéndole sus derechos.

No debemos perder de vista, que para que los derechos de nuestros niños sean respetados como la ley lo establece, debemos ser nosotros, como sociedad en general, promover su promoción, reconocimiento y tutela efectiva.

2. Derechos del Niño en la Convención Americana - Art . 19

En el presente capítulo se expondrá sobre la protección del niño, analizando el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a los límites o potestad del Estado en función de la toma de medidas en lo que respecta a los niños.

El artículo 19 establece: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, sociedad y del estado.

4 Interés superior del niño, Miguel Cillero Bruñol.

Este artículo deja establecido que el niño en su condición de tal y teniendo en cuenta que actualmente es considerado sujeto de derecho, corresponde a su entorno más próximo, esto es, su familia, el entorno social y principalmente al estado promover, promocionar y dar efectiva protección a sus derechos a fin de evitar que los mismos sean ultrajados. Sin embargo, cabe mencionar que en función de su condición de infante, el estado se ve obligado de resguardar esos derechos en aras de garantizar la tutela efectiva, limitando el ejercicio de esos derechos en defensa del mismo, como por ejemplo en la esfera procesal del derecho.

Para una mayor comprensión de este tema considero importante el análisis de los artículos 8 y 25 de la citada convención, trayendo a colación el estudio de la opinión consultiva OC-17/2002, que se expide respecto del artículo 19 en función de los artículos referenciados ut supra.

La opinión consultiva OC-17/2002- Límites al arbitrio o discrecionalidad de los Estados

La opinión consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002 solicitada por la comisión interamericana de los Derechos Humanos en relación a la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

En relación a dicha solicitud la corte se expide diciendo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la Convención Americana). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de ius cogens, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.

En relación con las medidas especiales identificadas por la Comisión Interamericana, señaló lo siguiente:

Con relación al concepto de NIÑO, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18

años de edad. Asimismo hace mención al principio rector, el interés superior del niño y lo define reiterando el Art. 3 de la convención del derecho del niño y agrega que del surge que 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 se debe tener siempre en cuenta, una consideración primordial que será el interés superior del niño. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

Por tales motivos se estima que dado el caso, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que el niño se encuentre.

Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños

Debido proceso y garantías: respecto este punto la corte se expide diciendo que:

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

Debido proceso

Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los Derechos Humanos. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo.

A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Doble instancia y recurso efectivo

La corte considera que la garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que manifiesta: v) Si se considerare que el niño ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley [...].

El artículo 25 de la Convención Americana dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo. En este marco se sitúan el amparo y el hábeas corpus, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción.

Principio de Inocencia

Es aplicable a esta materia el artículo 8.2.g) de la Convención Americana, que establece “*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 g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...*”.

La norma anterior debe leerse en relación con el artículo 40.2 Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dicta que “Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Finalmente la corte concluye la opinión fijando criterios generales respecto numerosos puntos que deben ser tenidos en cuenta por todos los estados parte:

Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con

las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

6 . Conclusión

Como corolario de lo expuesto podemos entender que originariamente se consideraba al niño como objeto de derecho, tornándolos a estos como propiedad de sus padres.

De conformidad a los cambios imperantes y necesarios en la sociedad actual, se produce un cambio de paradigma donde se con-

sidera a los menores como sujetos de derechos, reconociéndole el pleno ejercicio de los mismos.

Sin embargo, vislumbramos en el día a día cómo estos derechos se desconocen, se vulneran o se violan constantemente en el mundo, sin conciencia alguna. Por ello es deber de cada ciudadano y del estado promover, promocionar y velar por los derechos de cada uno de nuestros niños.

Concebido a los niños como sujetos de derecho; en virtud de que cuentan con capacidades para emitir opiniones, desarrollar ideas, y por sobre todo, porque ese entorno más cercano con el que conviven, es el que tiene el deber de protegerlos y valorarlos, tal como lo establece el texto del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En alusión a este es importante destacar el labor de la opinión consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la comisión interamericana de los Derechos Humanos en relación a la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana, que sirve de basamento para los ordenamientos internacionales de cada estado parte la hora de la toma de decisiones relacionados a los niños, en los diferentes ramas del derechos, civil, penal, familia; siempre atendiendo y respetando los principios rectores del derecho: defensa en juicio, debido proceso, deber de ser oídos.

El niño es contemplado como un sujeto de derecho, por ende tiene que ser respetados como tal y no por tratarse de un niño avasallar con sus derechos. La función principal del estado es promover, promocionar y dar tutela afectiva a los derechos.

Pamela María Gerez

Los adultos mayores y sus Derechos Humanos fundamentales: un grupo vulnerable en vías de obtener una tutela adecuada de sus derechos

Introducción

Los Derechos Humanos fundamentales han experimentado desde sus orígenes un proceso de expansión y especialización que ha consolidado numerosas Convenciones Internacionales. Ahora bien es dable destacar, la importancia del aporte brindado en este sentido tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- que ha consagrado estándares mínimos de tutela de Derechos Humanos así como también ha proclamado la progresividad en su aplicación, y por otro costado se traduce en invaluable el aporte emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional, que en virtud de sus precedentes ha brindado pautas, consignas y ha delineado este camino hacia la mayor protección a mayor cantidad de personas y en especial procurando la defensa de los derechos de los grupos vulnerables.

Los adultos mayores se erigen en un colectivo pasible de tutela especializada en orden a la vulnerabilidad ínsita en su condición de personas de edad avanzada, muchas veces relegados de la sociedad, escasamente valorados por la familia y por el Estado. Como lo ha dicho el Papa Francisco (2014)¹ *“Un pueblo que no custodia a los abuelos y no los tratan bien no tiene futuro: pierde la memoria, y se desarraiga de sus propias raíces.”*, en este camino de respeto y valoración de los adultos mayores, los países americanos se encuentran inmersos, y el derecho como ciencia social está acompañando este

1 Conforme lo dicho por el Sumo Pontífice en el Encuentro del Papa con los Ancianos. Discurso del Santo Padre Francisco en La Plaza de San Pedro. Domingo 28 de Septiembre dDe 2014. Fuente:https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/september/documents/papa-francesco_20140928_incontro-anziani.html

cambio de paradigma, mitigando el efecto de la teoría del descarte de los adultos mayores y aspirando con acciones concretas, a la inclusión social de este grupo vulnerable.

Este trabajo final, lejos de pretender agotar la discusión respecto de la temática bajo la lupa, pretende crear conciencia en el lector respecto de la importancia de la protección de los derechos de este colectivo, del camino emprendido y de la necesidad de acciones concretas por parte de los Estados Americanos – y principalmente de la Argentina-, a los efectos de hacer realidad la efectividad de los Derechos Humanos de los adultos mayores.

1. Derechos Humanos, conceptualización de vulnerabilidad y grupos vulnerables

Los Derechos Humanos se traducen en aquellos que devienen como inherentes a la naturaleza humana. Resulta esclarecedor a tales efectos los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en San José Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, dispuestos en su Preámbulo al decir “...*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*”. Así las cosas, estos derechos gozan de tutela constitucional (Art. 75 inc 22 CN) tanto como convencional reflejada en numerosos Tratados de Derechos Humanos.

La condición de Vulnerabilidad, eje rector de los Tratados Internacionales especializados – entiéndase “*Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*”, la “*Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer*”, “*Convención De Belem Do Para*” y la novel “*Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores*”.- es aquella que torna indispensable una mirada especial de parte de las autoridades de los Estados, respecto de aquellos actores sociales que ostentan dicha condición, ello por cuanto, sin perjuicio de la causa que la motiva, dicha circunstancia incide en las características del sistema de protección de derechos que ha de ser otorgado por los Estados.

A su turno, es dable explicitar qué se entiende por grupos vulnerables. A tales efectos y con el ánimo de realizar una aproximación de la temática, se advierte que son aquellos que por causa de edad, raza, sexo, condición económica, cultural, política, discapacidad, están en condición de riesgo de violación de sus derechos, y sufren el olvido, la omisión o la falencia legislativa o política, en este último supuesto por insuficiencia de las políticas públicas.

Que las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables dictadas en el marco de La XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, aportan luz estipulando pautas de interpretación respecto de cuáles son las condiciones de las personas que han de tenerse presentes a los efectos de enmarcarlos en algún grupo vulnerable. Así las cosas en dicho instrumento se ha dicho: *“Se considerarán en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”*² Que seguidamente dicho instrumento advierte: *“Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.”*³ Y en especial al referir a la edad como condición de vulnerabilidad repara en la especial situación de los adultos mayores al decir: *“El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.”*⁴ De este modo se desprende con total claridad, que los adultos mayores, se erigen en una categoría dentro de los grupos vulnerables y dicha circunstancia impacta en la necesidad de gozar de un sistema de tutela de sus

2 Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables. Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas Art. 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad.

3 Ob cit.

4 Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables. Art 2. Edad.

derechos adecuado así como también se denota la posibilidad de que una misma persona o grupo de personas se encuentren inmersos en más de una causal de vulnerabilidad⁵.

2. Los Adultos Mayores, temática basal del cambio de paradigma en materia de protección de derechos

Como preludeo a este punto de análisis es menester destacar lo sostenido por DE BEAUVOIR (1989)⁶ al decir: *“los negros pelean contra la opresión, y la mujer lucha por conquistar la igualdad ; en cambio los viejos no tienen ningún arma, su problema es de los adultos activos que deciden acerca del papel que conviene conferir a los ancianos , según su propio interés práctico e ideológico”*.

La necesidad social de visibilizar a los más vulnerables, ha traído aparejado en materia de derecho, la generación de un cambio de paradigma en el tratamiento de los Derechos Humanos. El principio de progresividad que goza de consagración en la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 26⁷, ha coadyuvado al mayor compromiso de los Estados Partes de auspiciar con su actuación a la debida protección de los Derechos Humanos de las personas en condición de vulnerabilidad, así como también la sola circunstancia de que los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana se erigen en estándares mínimos por lo

5 A título de ejemplo se puede citar el caso emergente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 31 de agosto de 2012 denominado “Furlan Y Familiares Vs. Argentina”, del que se desprende que el actor Sebastian C. Furlan al tiempo del accidente era un niño, posteriormente – durante el proceso judicial- un niño/ adolescente con discapacidad y además la situación de pobreza lo aquejaba por lo que en dicho caso, se trataba de encontrar una respuesta al recurso intentado, que sea ajustado a la situación de múltiple vulnerabilidad experimentada por su parte.

6 De Beauvoir, S. (1989). *La Vejez* (p. 108), traducido por Aurora Bernardez. Barcelona: Edhasa.

7 Artículo 26. Desarrollo Progresivo. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

que toda previsión normativa – general o particular – que tienda a enaltecerlos, a facilitar su efectividad y por lo tanto contribuyan al mejoramiento de su nivel de protección son bienvenidos para los Estados integrantes del sistema interamericano.

Los Derechos Humanos en su consolidación progresiva han contemplado los Derechos Humanos de los adultos mayores. A su respecto, es importante destacar que se entiende por la expresión “Adultos Mayores”. Grosman⁸ (2015) aporta un planteo al respecto, diciendo: *“El primer aspecto se refiere a la terminología que hemos empleado en esta investigación. Desecftamos las expresiones de “viejo” o “anciano” por su connotación claramente peyorativa en la sociedad actual. La semántica de “lo viejo” ...no encaja , se fta dicfto, con la nueva experiencia de la vejez entendida como una etapa de desarrollo personal, continuidad, crecimiento y contribución social.... De todos los términos ftemos preferido el de adulto mayor o persona mayor”*. Seguidamente responde la pregunta ¿A quiénes llamamos adultos mayores?, estableciendo su posición -que se comparte-: *“Se fta dicfto que, así como el siglo XIX se llamó el siglo del niño ...y el siglo XX fue llamado el siglo de la mujer , con la irrupción del feminismo, este siglo debe designarse como el “siglo de los mayores”...Es un tramo de la vida con sus específicos requerimientos y el modo en que la persona se instala frente a ella se fta condicionado por múltiples factores como la salud, la ecuación personal, familiar o económica”*.

3 . La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: sus puntos más sobresalientes

Como lo advierte HERRERA (2015)⁹, parafraseando a Scalabri ni Ortiz, se comulga con la siguiente idea: *“regular a favor del más débil constituye un imperativo constitucional- convencional, ya que*

8 Grosman, C. P. (2015). Introducción. Los Adultos Mayores y las Relaciones Familiares. En *Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derecftos* (pp. 18 y ss.). Santa Fe: Edit. Rubinzal Culzoni.

9 Herrera, M. (2015). El lugar y no lugar de los Abuelos en el Derecho de Familia. En *Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derecftos* (p. 149). Santa Fe: Edit. Rubinzal Culzoni.

la verdadera protección de derechos de las personas se logra, si se tienen en cuenta las diferencias o particularidades de los diversos actores sociales que interactúan en la sociedad” Asimismo en otro pasaje del mismo texto sostiene: “...No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma”.

Esta manera humanizada de entender el derecho en aras de brindar tutela efectiva a los sectores más vulnerables de la sociedad y en el caso, aplicable a los adultos mayores ha sido el resultado de un devenir, de un camino. En relación a los adultos mayores, es claro que titularizan los derechos fundamentales por su naturaleza de personas, pero el problema no es de titularidad sino de efectividad, de ejercicio, aplicación y actuación autónoma de sus derechos y de la consecuente obligación de respeto por los particulares y el Estado, es por ello que con el transcurso del tiempo se ha generado esta tendencia de especificación de sus derechos.

En el decir de FERNANDEZ¹⁰, *“El principal método de especificación resulta una convención particular, en el caso, sobre los derechos de las personas mayores, herramienta esencial para reafirmar el principio de no discriminación por motivos de edad”.*

La novel Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores proclama en el Art. 1 el Ámbito de aplicación y objeto, al decir: *“El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio,*

en condiciones de igualdad, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que re-

10 Fernández, S. (2012). Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad: Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino. En *Revista Derecho Privado*, 2. Ediciones Infojus. <http://www.saij.gov.ar/silvia-fernandez-ancianidad-autonomia-vulnerabilidad-una-mirada-situacion-juridica-adultos-mayores-desde-reforma-proyectada-para-codigo-civil-argentino-dacf120180/123456789-0abc-defg0810-21fcanirtcod>

conozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor...” Que en el Art. 3 de la citada convención, se estipularon los principios generales aplicables a la Convención, entiéndase por tales: “a) La promoción y defensa de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo. c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación. e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. f) El bienestar y cuidado. g) La seguridad física, económica y social. ft) La autorrealización. i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida. j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. k) El buen trato y la atención preferencial. l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. m) El respeto y valorización de la diversidad cultural. n) La protección judicial efectiva. o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.”. A posteriori y en consonancia con la estructura metodológica de otras convenciones especializadas en el Capítulo III, denominado “Deberes Generales De Los Estados Parte” en el artículo 4 enumera a los mismos comprometiéndolos a los Estados Partes a salvaguardar los Derechos Humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la Convención, sin discriminación de ningún tipo. A posteriori se describen los derechos específicos de este grupo vulnerable, a saber: (Artículo 5) Igualdad y no discriminación por razones de edad. (Artículo 6) Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (Artículo 7) Derecho a la independencia y a la autonomía. (Artículo 8) Derecho a la participación e integración comunitaria. (Artículo 9) Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (Artículo 10) Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (Artículo 11) Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, entre otros.

Asimismo resulta de enorme importancia lo dicho en el Art. 32 de la Convención, referido a la “Toma De Conciencia”, al decir: “Los Estados Parte acuerdan: a) Adoptar medidas para lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la presente Convención. b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez

y un trato digno, respetuoso y considerado ftacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez. c) Desarrollar programas para sensibilizar a la población sobre el proceso de envejecimiento y sobre la persona mayor, fomentando la participación de ésta y de sus organizaciones en el diseño y formulación de dicftos programas. d) Promover la inclusión de contenidos que propicien la comprensión y aceptación de la etapa del envejecimiento en los planes y programas de estudios de los diferentes niveles educativos, así como en las agendas académicas y de investigación. e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.”¹¹

4 . Nuevos conceptos y perspectivas

Respecto del derecho a la igualdad que concede la Convención especializada a los adultos mayores y de su relación con los deberes de los Estados Partes, cabe abordar sucintamente lo que se ha denominado interseccionalidad de la discriminación, todo lo cual ha sido abordado en el fallo “CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de fecha 1/09/2015 tal y como lo expresa el VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT, en el punto 6 de su ponencia. Alude en dicho sufragio que “El concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el presente caso se configuró una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación. En efecto, la discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La

11 Convención Interamericana Sobre La Protección de los Derechos Humanos De Las Personas Mayores Fuente:http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad.”

Posteriormente repara en el distingo entre discriminación múltiple e interseccionalidad, al sostener: *“Para que sea posible considerar una discriminación como “múltiple” es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En similar sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como “cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación” Aforta bien, lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Por su parte, la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación.. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados.”(fallo cit. supra).*

La mirada de la interseccionalidad permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos (vgr adultos mayores). que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de

Derechos Humanos inclusive especializados como es el caso de los adultos mayores, en términos de Mac Gregor. “La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.”

Todo ello ha de ser observado por los Estados Partes del sistema interamericano y aplicado a los casos complejos asociados a los adultos mayores en aras de luchar contra la discriminación y procurar una sociedad más inclusiva.

5. Estado actual de protección de los Derechos de los Adultos Mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Que si bien resulta loable el esfuerzo y la dedicación de la OEA en proclamar una convención específica y tuitiva de los adultos mayores celebrada en Washington, D.C., Estados Unidos el día 15 de Junio de 2015 en el marco del Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de OEA, instrumento que en idéntica fecha contó con la firma de países como Uruguay, Costa Rica, Chile, Brasil y Argentina, y previamente habiendo sido suscripto por Bolivia el día 09/06/2015, al estar sujeta su entrada en vigor al trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, es importante destacar que habiendo transcurrido ya el plazo de un año desde su firmado, ningún país americano ha ratificado sus términos, todo lo cual sirve de obstáculo para la debida prosecución de la finalidad de lograr la efectiva protección de los derechos de este grupo vulnerable. Ergo la falta de acción de parte de los Estados Miembros, de compromiso, trae aparejada incertidumbre y por lo tanto implica un retroceso a tendencia de la defensa activa de los derechos de los adultos mayores.

6 . Conclusión

El plexo normativo internacional y en particular el sistema interamericano, ha dado muestras acabadas de su ánimo de aggiornarse a los nuevos paradigmas y siempre con el objeto de tutelar a los grupos vulnerables.

En el caso de los adultos mayores, si bien se ha avanzado a punto tal de consagrarse una Convención especializada en el seno del sistema interamericano de Derechos Humanos, es prioritario clamar por la debida ratificación de los países signatarios a los efectos de que tantos esfuerzos cobren dimensión de realidades y por lo tanto se logre de manera efectiva proteger al colectivo social pasible de análisis en este trabajo.

Tomar conciencia de la necesidad de llevar a cabo acciones efectivas, concretas y firmes en pos de favorecer a los adultos mayores se traduce en una obligación de todos y todas.

La vida insoslayablemente nos encamina a la condición de vulnerabilidad emergente de ser un adulto/a mayor, por lo que cobra valor trascendente ocuparse por lograr que la letra de la Convención no quede muerta sino por el contrario presente y tangible en acciones de la sociedad y políticas de inclusión (administrativas, legislativas y judiciales) emergentes de los Estados latinoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA

- De Beauvoir, S. (1989). *La Vejez* (traducido por Aurora Bernardez) (p. 108). Barcelona: Edhasa.
- Fernández, S. (2012). Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad: Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino. En *Revista Derecfto Privado*, 2. Ediciones Infojus.
- Grosman, C. P. (2015). Introducción. Los Adultos Mayores y las Relaciones Familiares. En *Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derecftos* (pp. 18 y ss.). Santa Fe: Edit. Rubinzal Culzoni.
- Herrera, M. (2015). El lugar y no lugar de los Abuelos en el Derecho de Familia. En *Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derecftos* (p. 149). Santa Fe: Edit. Rubinzal Culzoni.

Legislación

Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores.

Jurisprudencia

Fallo de la CoIDH: “CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de fecha 1/09/2015 (VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT).

Pablo Ramón Lucatelli

El Agua, un derecho fundamental: crisis competencial en su manejo interjurisdiccional. Análisis superficial de la Cuenca Salí - Dulce y la Región del Noroeste Argentino.

A fin de interpretar el uso, el derecho, regulación y/ o acceso agua en el noroeste argentino, en especial a la Cuenca Salí-Dulce, debemos sistematizar y clarificar tres directrices esenciales:

En *primer lugar*, se debe abordar el origen de la problemática del agua en su sentido más estricto, con una mirada no solamente jurídica sino también histórica y sociológica en el área de influencia de la Cuenca de los ríos Salí-Dulce (una de las más importantes del vasto territorio argentino), con el objeto de buscar respuestas adecuadas para el futuro.

En *segundo lugar* se debe desarrollar los objetivos, de manera paralela entre Región NOA y la Cuenca Salí Dulce

En *tercer lugar* es importante destacar que herramientas metodológicas usamos, para llegar al fin propuesto en el punto anterior.

Y *por último*, como cierre del presente trabajo, describimos las ideas fuerzas a seguir:

1 . Origen

Contexto

Hemos decidido trabajar en este tema tan complejo por varios motivos.

Por un lado, en la región Noroeste Argentino (NOA) se observan particularidades que merecen ser objeto de estudio a la luz del fin de este trabajo.

El estudio de las políticas actuales permite comprobar que una de las causas de su aislamiento (probablemente la más importante) sea que, primero los españoles, durante la época de la Conquista y Colonización, y luego, los primeros gobiernos de la incipiente Nación, aplicaron políticas adecuadas, a los intereses del puerto de

Buenos Aires, lo que fue en desmedro de las provincias del interior (sobre todo en aquellas que conforman el Norte Grande de la Argentina). Como una muestra palmaria de esta aseveración está el diseño de los Ferrocarriles Argentinos, que se construyeron de manera tal que todas las líneas férreas terminan y/o comienzan en Buenos Aires y, en la práctica, no existen líneas férreas autónomas que no se relacionen de manera directa con el puerto.

Además, nos ha impulsado el haber estudiado y demostrado, que más allá de cualquier justificativo, los problemas habituales generados por actividades agropecuarias y/o industriales (frigoríficos, cítrícolas, ingenios azucareros, papeleras, etc.) son el resultado de una mala gestión integrada del recurso hídrico en la cuenca, aumentando cada vez más la preocupación por la protección, la conservación y la restauración del medio ambiente, que constituye en la actualidad una demanda social prioritaria, sin encontrar, hoy en día una solución inmediata.

El desarrollo sostenible y la necesaria preservación de los recursos naturales, constituyen objetivos irrenunciables y obligaciones generalizadas en la Cuenca Salí Dulce.

Los habitantes del NOA, se reconocen deudores del medio ambiente, destacando que el origen del deterioro y del daño ambiental en el desarrollo agro-industrial y minero progresivo en la zona, no controlado por los Estados provinciales, la Nación y la falta de participación social, según nuestra visión, van materializando una incapacidad de enmendar los daños causados, y de poner fin al deterioro de los recursos naturales.

Las acciones y disposiciones administrativas, en la región de la Cuenca Salí – Dulce, son tomadas sin tener en cuenta al decir de RANDERS Y MEDOWS, la calidad de vida, es decir que: “No se pueden ejercer acciones que recorten las opciones económicas y sociales de las generaciones futuras. Pero la realidad, es que en estos últimos años se han deteriorado, la calidad de vida de los habitantes de la Región, y es precisamente allí, como lo señala de manera clara la Constitución Argentina, que se debe preservar un ambiente sano para el desarrollo de la población del lugar, siendo más profunda la definición, del constituyente español del año 1978, destacando en el Art. 45.inc.2 de la Carta Magna, que “los poderes públicos deberán velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, *con el fin* de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente.” Es decir, se han adoptado sin tener en consi-

deración el desarrollo económico y social de la población de la región, con un claro deterioro de las condiciones medioambientales.

En la Cuenca del río Salí –Dulce, el caudal hídrico se encuentra regulado por el Tratado Interjurisdiccional del año 1967, firmado por las provincias de Tucumán, Santiago del Estero y Córdoba, no debiendo. El Tratado no permite a las partes ampliar por su propia voluntad, el porcentaje que les corresponde por el mismo, situación fáctica que no se cumple en la realidad por parte de las provincias y ningún organismo interjurisdiccional, ni nacional, lo hace cumplir, ni hay sanciones para los infractores.

Luego de la reforma del Estado dispuesta por el Presidente Menem, en la década de los 90, vinieron las privatizaciones, las concesiones, y la Presa del Embalse de Río Hondo fue una de ellas, señalando como obligación de la Concesionaria, el estudio ambiental de las aguas del espejo hídrico, observando, que la pérdida de la calidad del agua fue progresiva por falta de políticas preventivas por parte de los Estados provinciales y la ausencia del Estado nacional.

La falta de protección cualitativa del agua en la cuenca, impacto fatalmente en la flora y fauna íctica de los ríos tucumanos tributarios del embalse y el embalse mismo, produciendo la indisponibilidad del recurso.

Anhelamos la toma de conciencia de que ambas cuestiones (calidad y cantidad), quedan inexorablemente unidas, advirtiendo que constituyen la primera manifestación de la evolución del Derecho de aguas.

No existe a la fecha un estudio integral que se haya realizado por un grupo de representantes de las provincias de la cuenca en forma conjunta. El único estudio integral fue realizado por el Ing. Oscar DÍAZ RUEDA en 1983, por lo que está desactualizado y ha perdido vigencia.

Otro tema que hemos de considerar es que el tipo de relaciones que hay entre el Gobierno central y las provincias no se compadece del sistema federal de gobierno, que está establecido en la Constitución. En efecto, hasta el día de hoy las mismas se basan más en la subordinación de los gobiernos provinciales a los dictados del poder central, que muchas veces desconoce los derechos inherentes a los estados locales, los que en teoría son autónomos, pero que en la práctica son absolutamente dependientes de los dictados del Gobierno nacional, aunque la doctrina nos muestra, que en el tema concreto del agua, tanto el ordenamiento jurídico español como en el argenti-

no el agua se reconoce como lo reconocen como un sector material autónomo sujeto a su específico diseño constitucional de distribución de competencias, sin perjuicio de que en su condición de recurso natural quede integrada dentro del supra-concepto medio ambiente, sujeto igualmente a su específico sistema competencial.

En ambos casos la confluencia de potestades sobre un mismo espacio físico es sin duda un foco continuo de conflictos competenciales que plantea siempre problemas de articulación y encaje.

Es vital destacar que las circunstancias naturales y geográficas de la región NOA y de España, predominantemente árido y semiárido, en especial, las provincias de Catamarca, Santiago del Estero y Salta, permiten establecer posibilidades de adoptar para la cuenca, decisiones acertadas por las administraciones españolas, para resolver problemas comunes, siendo fundamental lograr el equilibrio hidrológico, que asegure el abastecimiento suficiente de agua a la población, y ello se alcanzaría, armonizando la disponibilidad natural, con las extracciones del recurso mediante el uso eficiente del agua. Así se analizó la situación, en el Primer Congreso Regional de Planificación Integral del Noroeste Argentino (PINOA), en 1946, pero la falta de confianza entre las provincias, hizo que se realizaran múltiples estudios (generalmente esfuerzos individuales de cada provincia sin coordinación adecuada, o de la Nación sin hacer partícipes a las provincias poseedoras de la cuenca).

Para comprender la complejidad de cada región es menester situarnos en cada una de ellas, es decir, en el origen mismo de los grupos sociales; es allí, en esa mirada sociológica y ecológica donde encontraremos la respuesta a las causas que genera cada medio y las medidas indispensables para llegar a las soluciones permanentes y superadoras, nos permite disentir de posiciones doctrinales con otras cuencas,

Del mismo modo, en Argentina, el régimen jurídico de las aguas queda condicionado por los conflictos competenciales entre la Nación y las provincias.

Mientras que la reforma constitucional de 1994 parecía apostar por una marcada renovación del federalismo, se descubre, sin embargo, una suerte de encubierta centralización del medio ambiente. Se supera la tradicional disputa sobre el dominio y la jurisdicción de los recursos hídricos dando paso a nuevos conflictos competenciales basados ahora en el medio ambiente. La posible intromisión del Estado central vía medio ambiente en las competencias estrictas

tamente provinciales obliga al replanteamiento de los elementos esenciales que informan el sistema de distribución de competencias argentino.

Asimismo debe tenerse en cuenta las condiciones climáticas de un determinado territorio como una fuerza decisiva en la configuración jurídica de las políticas que afectan al agua.

Partiendo de un contexto internacional común marcado por la influencia internacional de las Convenciones de las Naciones Unidas de 1972 (Estocolmo) y 1992 (Río de Janeiro) y el informe de la Comisión Bruntland (1987) ambos ordenamientos muestran una consolidación de la variable ambiental.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1994, el contenido ambiental resulta obligado en la regulación de las aguas que debe quedar sujeta a principios como la utilización racional y sustentable de los recursos naturales, o la prevención y restauración del medio ambiente.

Otro elemento decisivo en la evolución, histórica y actual, del Derecho de aguas viene de la mano de los avances en el conocimiento científico y del progreso tecnológico. La comprensión de la unidad del ciclo hidrológico, como ciclo natural, sirvió en el ámbito del Derecho de aguas, tanto español como argentino, para introducir una nueva técnica de protección a través de la demanialización de los recursos hídricos. Ambos ordenamientos se construyen sobre el principio de publicidad de las aguas, contemplando la excepcional subsistencia de determinadas aguas privadas. Albergan, sin embargo, una sustancial diferencia radicada en el principio de titularidad provincial del dominio público hidráulico característico del Estado federal argentino, contrario a la titularidad estatal imperante en el Estado de Autonomías español.

Todo lo anterior queda reflejado en las decisiones normativas, constitucionales y legislativas que, junto con la actividad jurisprudencial de los Altos Tribunales, constituyen otro elemento fundamental de la definición del régimen jurídico de las aguas. El estudio normativo y jurisprudencial nos permite comprobar que la introducción de nuevos paradigmas y la reformulación de antiguos conceptos consolidan una nueva perspectiva en relación con el objeto de estudio.

2. Objetivos

Expuesto lo anterior, los objetivos que buscan desentrañar en este trabajo, son tres:

1. Se debe analizar y diagnosticar, la situación del agua en la región NOA y de las Provincias que integran la cuenca, en lo que respecta a sus superficies y densidad de población, límites, la agricultura, la ganadería, actividad minera y la explotación forestal e Industrial, obteniendo un resultado, que nos muestra situaciones que se dan en otras cuencas interjurisdiccionales.
2. Debemos centrar un estudio pormenorizado del estado actual de la legislación provincial en la Cuenca Salí-Dulce y la nacional, los acuerdos interjurisdiccionales y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que regula el funcionamiento de la Cuenca Salí-Dulce, que nos obliga a replantear la situación existente en la región.
3. Trasladar lo teórico a la práctica, a través de una investigación de los principales conflictos competenciales planteados, el silencio de la Administración nacional, nos lleva con este trabajo arribar a conclusiones y consideraciones para lograr propuestas concretas desde lo doctrinario y legal, para su resolución.

Los puntos de partida son:

1. Un estudio de la historia de la Región NOA en la Argentina, avances institucionales, el agua como problema, la realidad de las provincias, sus superficies y densidad de población, límites, la agricultura, la ganadería, actividad minera y la explotación forestal e Industrial la calidad de vida en la zona, los conflictos permanentes y no permanentes.

Siempre como premisa, un meduloso estudio de los problemas y conflictos centrales en la cuenca, algunos permanentes y otros no, de carácter químico, sanitario y biológico, para poder vislumbrar la exclusividad de la realidad ambiental de la región, que no ocurre en otras y advertir la necesidad de un tratamiento legal, distinto a los existentes en otras zonas.

2. Entendemos que el sistema de distribución competencial, en materia de aguas, la regulación normativa de las cuencas interjurisdiccionales en Argentina, las facultades de las provincias (delegadas, reservadas, concurrentes y vedadas) y del Estado federal en la Constitución Nacional y en las diversas reformas

(1949, 1957 y 1994 en especial), hacen hincapié en la doctrina de las clases de federalismo en el derecho público provincial, la regulación de las aguas interjurisdiccionales en el país y las doctrinas, analizando leyes de presupuestos mínimos que regulan el medio ambiente y sus principios.

3. Podemos introducirnos en el Derecho de la Integración, para comprender la negociación, los convenios, la situación de los tratados en el derecho argentino, y a la vez se analizar los organismos de concertación federal, como el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), el Consejo Hídrico Federal (COHIFE), los Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina, los que tienen referencia a la Cuenca Salí Dulce. Sin dejar de lado, al Parlamento del Noroeste Argentino (PNOA), único en funcionamiento en la República, de carácter legislativo regional, como así también, la posibilidad de concreción del Proyecto de Creación de un Ente Biprovincial entre las Provincias de Santiago del Estero y Tucumán, para planificar, monitorear y mejorar la cuenca alta del río Salí Dulce.
4. La Regulación Convencional de la Cuenca Salí-Dulce, es un paso obligado a describir, partiendo del Tratado Interjurisdiccional de 1967, la posterior creación del Comité de Cuenca Salí-Dulce, para luego observar la materialización del Centralismo porteño al decidir materializar el frustrado, Proyecto del Canal Federal en la Argentina.

En cuanto al Comité Interjurisdiccional de Cuenca del Río Salí-Dulce, vemos como sus acciones, referentes al monitoreo del embalse y sus tributarios, las mediciones, percepciones frecuentes, no fueron tomadas en cuenta por el Administrador provincial, menos aún por el nacional (hoy no funciona la Unidad de Ejecución de esas tareas), llevando incluso a prever, un plan de respuesta a eventos que causan mortandad de peces, aún más, se instaló un programa para el desarrollo de componentes de participación social, elaborando experiencias piloto para localidades pequeñas que combine educación ambiental, concientización y diseño participativo de soluciones.

Se construyó un moderno, Centro de Piscicultura, Monitoreo Ambiental y Educación Ambiental, pero en lo legal no se avanzó nada. No se dictó, ninguna norma para la cuenca, incluso todos los proyectos están archivados en el Congreso de la Nación. Sólo un Defensor del Pueblo provincial (Santiago del Estero), realiza los

monitoreos y eleva los informes del estado de los ríos tucumanos tributarios del embalse y del embalse mismo a todas a las autoridades (administrativas y judiciales; provinciales y nacionales)

3 . Metodología

En la elaboración del presente trabajo, se ha querido profundizar especialmente en la realidad histórica, social y jurídica de las provincias que integran la cuenca Salí Dulce. En determinados aspectos del orden jurídico argentino, hemos buceado en el derecho español a fin de poder encontrar respuestas, que hoy el derecho argentino no pueda dar a la región NOA, menos aún a la cuenca Salí Dulce, de allí que muchas de las cuestiones tratadas, han sido ya objeto, en el Derecho español, de excelentes obras de la doctrina administrativista.

Como visión final, según lo expuesto y tomando como base la doctrina del Derecho de Aguas, habida cuenta de que los resultados de las investigaciones de los consultores y académicos que hemos podido acceder y estudiar, la problemática del agua en la región Noroeste de la Argentina en lo atinente a la Cuenca Salí-Dulce, son estudios parciales y desactualizados, podemos concluir que la problemática del agua en el NOA y, específicamente, en la Cuenca Salí-Dulce no se ha investigado hasta el día de hoy con la profundidad debida.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el problema a dirimir es si la cuestión está referida de manera exclusiva al caudal anual de la cuenca o a otros factores que, insistimos, no han sido examinados adecuadamente (como por ejemplo, las actividades realizadas por agricultores, frigoríficos, citrícolas, ingenios, papelera, industrias mineras en la cuenca alta, que insumen grandes cantidades de agua existente en la superficie), estamos en condiciones de afirmar que la dificultad más acuciante es enfrentar una seria deficiencia en la gestión integrada del recurso hídrico de la cuenca (situación que se arrastra desde tiempos remotos), a los fines de establecer nuevas normas, conductas y acciones destinadas a evitar las consecuencias negativas que impactan en la calidad de vida de la población que vive en la región.

Teniendo en cuenta que en nuestro país la problemática de las aguas interjurisdiccionales ha sido analizada desde diferentes lu-

gares, y haciendo mención a que, por la extensión geográfica de la Argentina, cada quien sacó conclusiones aplicables a determinadas regiones (por ejemplo, la visión que tiene un consultor o jurista mendocino sobre el río Atuel no será la misma que la de un académico pampeano) y que en la Cuenca Salí-Dulce hay jurisdicciones provinciales que no han mostrado el menor interés en la cuestión (algo que puede apreciarse de manera contundente en las doctrinas provinciales de Salta y Catamarca, pero que es exactamente inversa en Tucumán, Santiago del Estero y Córdoba), se impone un estudio multidisciplinario que involucre a juristas, expertos geólogos, ingenieros especialistas en agua y hasta sociólogos para evitar que los cursos sufran modificaciones adversas, que, generalmente, ocurren aguas arriba, pero que impactan directamente sobre las poblaciones ubicadas aguas abajo.

Esto es algo que requiere celeridad en su tratamiento, porque la provincia –en la que se encuentran ubicadas las vertientes de los ríos– aún no lo ha tratado con la seriedad que se requiere y la población perjudicada por aquellos daños que se mencionan no puede ni debe estar expuesta a los mismos, ni tampoco puede estar pendiente de soluciones judiciales que, casi siempre, son tardías.

El sistema jurídico del agua que impera en la República Argentina atiende multiplicidad de temas relativos al agua. Pero la abundancia y dispersión de normas provenientes de 25 jurisdicciones y de algunas fuentes interjurisdiccionales, muchas veces superpuestas, otras fragmentarias y algunas contradictorias –relativas a la preservación y mejoramiento de las cuencas hídricas y la atribución de su aplicación a pluralidad de organismos– crea problemas de identificación y de interpretación de las normas, estimula determinadas actividades y limita otras, lo que no siempre resuelve sino más bien incrementa los conflictos de interés, que la circulación permanente del agua por las cuencas genera, disminuye su disponibilidad y agrava el efecto de su exceso. A veces permitió que se ejercieran fuertes presiones sobre el Estado para que realizase obras cuya construcción generó nuevas y crecientes expectativas sectoriales, que impusieron a la comunidad nuevas cargas y obligaciones económicas que determinaron también nuevos conflictos de derecho entre el Estado y los particulares.

A nivel provincial se registra la misma abundancia y dispersión de normas que se advierten en el orden nacional. La sanción de códigos de agua, sistemáticos y orgánicos, que aspiraban a regular

todas las alternativas posibles (tarea que se inició en la década de 1940 y se sigue profundizando en todas las provincias), dio a las provincias argentinas modelos jurídicos tendientes a la uniformidad legislativa provincial. También, prácticamente todas las provincias adoptaron la práctica de establecer una autoridad central del agua. Abundan los decretos y las resoluciones reglamentarias. Los mismos códigos y leyes generales de aguas, que fueron sancionados para compendiar el régimen jurídico del agua de cada provincia, generan una abundante reglamentación que proviene en gran parte de cada autoridad administradora del agua.

Si bien el proceso de dispersión normativa e institucional no ha logrado ser revertido totalmente, pero está plenamente identificado y las soluciones se evalúan y llegan paulatinamente. Numerosos tratados interjurisdiccionales establecen normas adecuadas para la distribución constitucional de competencias entre la Nación y las provincias para el manejo integrado de las cuencas. Ello determina una reasignación burocrática de funciones administrativas a expensas de la administración global de cada provincia, que obliga a adaptar los organigramas administrativos clásicos.

También tenemos la certeza de que la problemática de la Cuenca Salí-Dulce, más allá de que haya sido tratada por Nación, provincias y hasta universidades de la región de manera individual, y cuyas conclusiones nunca se tuvieron en cuenta a la hora de legislar, no puede estar condicionada por las diferencias provinciales sino más bien debe ser tratada de manera integral, en un proyecto que involucre a la región del Norte Argentino en su conjunto, como unidad geográfica, económica y sociológica. Cualquier solución que no se proyecte desde esta unidad –que integre el Norte Argentino como una región con características comunes en todos los aspectos de la vida del hombre– estará destinada al fracaso.

Volver a la fuente. Las provincias del NOA lo advirtieron tempranamente. En 1957 crearon la Organización Interprovincial del Agua (Decreto-Ley Nº 347 que ratifica el convenio que la constituye). Sin embargo, su experiencia se aprovechó para organizar comités para cada una de las cuencas a partir de 1971 y se extinguió. Y con ello se extinguió la gestión regional, que no era contraria a la gestión por Cuenca sino su complemento necesario. Es hora de retomar esa práctica.

Las provincias están facultadas por la CN para:

1. Crear regiones para el desarrollo económico y social y es-

tablecer órganos con facultades para cumplir sus fines (Art. 125 CN). Las cuencas son elementos básicos de las regiones. En Francia, la ley de Aguas 1245 de 1964 dividió a su territorio en seis regiones, que coinciden aproximadamente con sus principales cuencas, y confió a sus prefecturas, comunas y organizaciones no-gubernamentales representativas la decisión de la inversión en cada región, con la característica de que esa inversión no provendría ya del presupuesto nacional, sino principalmente de los habitantes de la región. No queda fuera del sistema ni una sola cuenca. Incluye también las insulares.

2. Celebrar tratados parciales con otras provincias para la administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso (Art. 125 CN) que pueden normar la gestión de las cuencas y regiones pluriprovinciales.

Teniendo en cuenta que la regulación de las aguas está fijada por la Constitución Nacional y considerando que la relación entre el Estado nacional y las provincias no es horizontal (recordemos que existen vínculos que pasan por la subordinación, la cooperación, entre otros, que no siempre son beneficiosos para las provincias debido al centralismo que se contradice con el país federal que propugna nuestra Carta Magna) sostenemos que existe un vacío en las políticas del Estado nacional hacia las provincias, en el tema específico de los recursos hídricos.

Por ello, también tenemos la convicción de que, más allá de las acciones que puedan realizar en conjunto las provincias pertenecientes a la Cuenca Salí-Dulce, se impone una presencia política más concreta desde el Gobierno nacional, que no solamente tenga en cuenta la región –motivo de este trabajo– sino todos los recursos hídricos del país.

Debido a que el retraimiento del Gobierno nacional en materia de gestión de las cuencas hídricas se inició en todos los niveles a partir de las leyes de Reforma del Estado (N° 23.696/1989) y Emergencia Económica (N° 23.697/1989) para intentar afrontar la crisis desinflando la economía y luego proceder inmediatamente a través de la Ley de Reforma del Estado a la drástica reducción del déficit fiscal.

Bajo estas circunstancias, esta Ley de Reforma del Estado dispuso la privatización de distintas empresas públicas, comprendiendo entre ellas las encargadas de prestar servicios públicos de agua. Ello

desmanteló organismos nacionales que proveían riego en la zona árida y semiárida, la bebida para poblaciones en las aglomeraciones humanas, la generación hidroeléctrica en las altas cuencas y un uso recreativo que siempre generó enojosas tensiones en diversos ámbitos del país para su protección.

Otro tema que se desprende del presente trabajo y que resulta indispensable remarcar es que todos aquellos proyectos que a lo largo del tiempo han sido elevados a ambas cámaras legislativas de la Nación por parte de senadores y diputados nacionales de nuestra región (proyectos que incluyen la creación de organismos para la regulación de la Cuenca Salí-Dulce) nunca han recibido la respuesta adecuada. En la inmensa mayoría de los casos, los mismos han sido archivados sin ser siquiera tratados por las comisiones pertinentes (e incluso carecieron del impulso de sus propios autores). Esto, no solamente marca una seria deficiencia en la legislación argentina, sino que también exige reparaciones adecuadas como serían volver a revisar los proyectos, actualizarlos en aquellos casos en que fueran necesarios y tratarlos con la premura debida para lograr un desarrollo más sustentable para la región.

La planificación de las medidas estructurales y no estructurales, diseñadas por asesores, especialistas y consultores desde Buenos Aires, ha demostrado con el paso del tiempo su inaplicabilidad. Esto conlleva la necesidad de que profesionales y técnicos formados de manera adecuada desde el punto de vista académico y que residan en el territorio de la Cuenca Salí-Dulce sean los que participan junto con la población (a través de audiencias públicas) en las discusiones y debates para la ejecución de obras.

Lo que significa, de manera rotunda, la obligatoriedad de la participación activa de los residentes del lugar cuando se trata de evaluar el informe de impacto ambiental de la obra a realizar, por lo que se impone buscar los medios necesarios para cumplir con este objetivo.

La inmadurez de las provincias que integran la Cuenca Salí-Dulce solo ha producido la intervención constante del Gobierno nacional para fortalecer sus organismos provinciales competentes en el manejo de los recursos naturales (suelo, bosques y recursos hídricos) a través de programas nacionales. Si nos atenemos a que el manejo de las diferentes situaciones debe ser tomado en virtud de la CN, (hecho agravado por la falta de partidas presupuestarias para poder cumplir con los compromisos legales e institucionales),

vemos que existe un vacío legal y político que acarrea la impotencia de los funcionarios a cargo y, a la vez, un descrédito en la población.

A ello debemos agregarle la falta de capacitación de los agentes administrativos e incluso profesionales de las reparticiones, todo lo cual termina por ser caldo de cultivo para la presencia de consultores foráneos, que desconocen la realidad y el origen o causas de los problemas hídrico-ambientales del lugar. Por ello se hace necesario una revisión de las políticas ambientales (en su más amplio sentido y excediendo cuestiones locales y partidarias) de todas las provincias involucradas a fin de consensuar normas legales y jurídicas que ayuden a promover un desarrollo adecuado de las acciones futuras.

Como conclusión, se debe buscar un acuerdo regional por parte de los legisladores que se reúnen frecuentemente en el Parlamento del Noroeste Argentino, invitando a la provincia de Córdoba para su tratamiento.

Proponemos finalmente, que se haga hincapié en los siguientes temas básicos a ser regulados por la norma del Congreso, a los fines de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la Región NOA:

- Calidad de las aguas
- Regulación del caudal
- Acuerdos sobre monitoreo
- Aplicación supletoria de las leyes de presupuestos mínimos
- Otorgamiento de personalidad de Derecho Público y privado a un Organismo Regulador de la Cuenca Interjurisdiccional.
- Imperium. Obligatoriedad de sus decisiones para las provincias
- Autarquía financiera
- Personal propio
- creación de subsedes
- Planificación de las acciones del Organismo Regional y obligaciones de las provincias.
- Concientización social y ambiental de la población de la Cuenca Salí-Dulce
- Educación Ambiental
- Participación social
- Audiencia pública
- Referéndum y Consulta popular
- Planificación de las obras hidráulicas. Estudio de Impacto ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Hernando, J. L. (1985). *Estudio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Adler, F. *Los embalses y los recursos hídricos superficiales*. <http://www.herrera.unt.edu.ar/revistacet/anteriores/Nro27/PDF/N27Ext01.pdf> (último acceso: 20/01/2015).
- Alastuey Dobón, M. C. (2007). Delito ecológico y aguas continentales. En A. Embid Irujo (Dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Madrid: Iustel.
- Alberdi, J. B. (1998). *Derecho público provincial argentino*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Allende, G. L. (1971). *Derecho de Aguas con acotaciones hidrologías*. Buenos Aires: Eudeba.
- Álvarez Londoño, L. F. (2007). *Derecho internacional público* (4ª ed.). Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas.
- Ariño Ortiz, G. (1996). *La regulación económica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Arnedo, R. (1944). *Los problemas del agua. Ríos interprovinciales*. Santiago del Estero: Yussem.
- Arnedo, R. & Castiglione, A. (1943). *Proyecto sobre planificación hídrica del Noroeste Argentino*. Santiago del Estero: Yussem.
- Barberis, J. A. (1979). *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*. Madrid: Tecnos.
- Barberis, J. A. & Pigretti, E. A. (1969). *Régimen jurídico del Río de la Plata*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Barrera Buteler, G. (1996). *Provincias y Nación*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Blázquez Peinado, M. D. (2000). *El procedimiento contra los estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario*, Colección Estudios Jurídicos, 4. Castellón de la Plana, España: Universitat Jaume I.
- Bravo, M. C. (1998). Especialización azucarera, agua y política en Tucumán (1860-1904) en *Revista Travesía N° 1*, Instituto de Estudios Socio-Económicos Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, Argentina.
- Bucher, E. (ed.). (2006). *Bañados del Río Dulce y la laguna de Mar Cftiquita*. Córdoba.
- Cafferata, N. (2008). Los daños al ambiente y su reparación. En *Revista de Derecho de Daños, 3, Daño ambiental*. Buenos Aires:

- Rubinzal Culzoni Editores.
- Canal Feijóo, B. (1955). *Constitución y revolución*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Cano, G. (1943). *Estudios de derecho de aguas*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- Cano, G. (1976). *Derecho, política y administración de aguas*, Tomo III, Vol. 1. Mendoza: INELA.
- Cano, G. (1979). *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*. Buenos Aires: Editor Zavalía.
- Cassagne, J. C. (1992). *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Castiglione, J. C. (1996). *Sociología*, Tomo 2. Tucumán: Ediciones El Graduado.
- Castorina de Tarquini, M. C. (1989). Las provincias en juicio. En D. Pérez Guilhou y otros, *El Poder Judicial*. Buenos Aires: Depalma.
- Castorina de Tarquini, M. C. (1997). *Federalismo e Integración*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Castorina de Tarquini, M. C. (2003). La Provincia y la Nación. En *Derecho Público Provincial y Municipal Vol. I* (2º ed.). Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley.
- Cavalli, L. A. (2007). Derecho de aguas. En *Documento de Trabajo N° 168*, Universidad de Belgrano. Buenos Aires, Argentina. http://www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/168_cavalli.pdf (último acceso: 15/12/2016).
- Cerro, F. E. El Principio de Subsidiaridad en el siglo XXI. Conferencia pronunciada en el acto de su recepción como académico correspondiente el 19 de setiembre de 2000. En Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/arterlprincipiodesubsidiariedad> (último acceso: 26/12/2016).
- Comba, A. (1999). *Conferencia sobre "Los Recursos Hídricos en Tucumán en el Siglo XIX"*. Tucumán.
- Comba, A. (2007). *Historias (poco conocidas) del agua en Tucumán*. Tucumán. http://www.recursoshidricos.gov.ar/webdrh/_docs/Historias_poco_conocidas_del_agua_en_Tucuman_Ing_Comba.pdf (último acceso: 21/12/2016).
- De La Vega de Díaz Ricci, A. (2006). *La autonomía municipal y el*

bloque constitucional. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

- Del Campo, C. (2011). Los organismos interjurisdiccionales de cuenca y el nuevo orden jurídico ambiental. De la gestión de aguas por tramos a la gestión de aguas por cuencas. En N. Cafferata (Dir.), *Summa Ambiental. Revista de Derecho Ambiental*, Jurisprudencia Argentina, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DEL CASTILLO, Lilian (2009). *Los foros del agua. De Mar del Plata a Estambul 1977-2009*, Documentos de Trabajo N° 86, 2° reimpresión corregida, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, Argentina.
- DOUROJEANNI, Axel C. (2011). El error de crear organizaciones de cuenca sin las atribuciones necesarias para cumplir sus roles. En *Revista Virtual Ledesma*, vol. 5, Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios, La Paz (Bolivia).
- DREYZIN DE KLOR, Adriana (1997). *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Zavalía, Buenos Aires, Argentina.
- DRNAS de CLEMENT, Zlata (2011). Cambio climático, algunas consideraciones de carácter introductorio. En *Cuaderno de Derecho Ambiental*, N° I, Cambio climático, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Advocatus, Córdoba, Argentina.
- DRNAS de CLEMENT, Zlata (2012). Protección internacional de los bosques en económico. En *Cuaderno de Derecho Ambiental N° III*, Bosques, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, Argentina.
- DÍAZ, Gustavo (2010). *Antecedentes para la preparación del perfil de un proyecto, Parte I: sobre la Problemática de la cuenca Salí-Dulce*, Santiago del Estero, Noviembre de 2010.
- DÍAZ de TERÁN VELAZCO, María Cruz (2007). Derecho ambiental: riesgo y precaución, notas en relación con la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente”, www.uv.es/cefd/15/diazdeteran.pdf (último acceso: 21/12/2016).
- DÍAZ RICCI, Raúl (Dir.) (2008). Las competencias normativas y de gestión medioambiental en la Constitución Nacional y en las constituciones provinciales. En *Articulación de las Competencias Ambientales en la Nación y en las Provincias del NOA*,

- EDUNT, Tucumán, Argentina.
- DÍAZ RICCI, Raúl y DE LA VEGA MADUEÑO de DÍAZ RICCI, Ana (2009). Principios articuladores para una red federal ambiental. En *Instrumentos de Política y Gestión Ambiental y descentralización competencial en el NOA*, Código: 26/L403, CIUNT, Universidad Nacional de Tucumán. En www.asociacionag.org.ar/.../RICCI%20-%20VEGA,%20PRINCIPIOS%2 (último acceso: 11/12/2016).
- DÍAZ RICCI, Raúl y DE LA VEGA MADUEÑO de DÍAZ RICCI, Ana. Principios para la Articulación del Ejercicio de Competencias Ambientales desde el Federalismo de Cooperación. En CAFFERATA, Néstor (Dir.) (2011). *Summa Ambiental, Revista de Derecfto Ambiental, Jurisprudencia Argentina, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DÍAZ RICCI, Sergio (2006). *Digesto ambiental de Tucumán, NOA y Nación*, UNSTA, Tucumán, Argentina.
- DÍAZ RICCI, Sergio. Los recursos naturales en la Constitución Nacional. En MOISSET de ESPANES, Luis (Dir.) (2014). *Clases del Curso Taller de Derecfto Reales y Ambiente*, Editorial Lucrecia, Santiago del Estero, Argentina.
- DÍAZ RUEDA, Oscar (1983). *Plan de estudios Integrados de la cuenca Salí-Dulce*, Impreso en Tucumán, Argentina.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1992). *Hacia la República Latinoamericana. Mercosur (Tratado de Asunción). Tratado de Montevideo 1980 (ALADI). Tratado Argentino-Brasileño*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1999). *Tratado de derecfto constitucional*, Tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1999). *Tratado de derecfto constitucional*, Tomo V, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- EMBID IRUJO, Antonio (1990). La planificación hidrológica. En *Revista de Administración Pública N° 123*, pp. 115-152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, [Dialnet-LaPlanificacionHidrologica-17061%20\(1\).pdf](http://Dialnet-LaPlanificacionHidrologica-17061%20(1).pdf) (último acceso: 10/12/2016).
- EMBID IRUJO, Antonio. Los derechos de aguas de Brasil y España. Perspectiva comparada. En EMBID IRUJO, Antonio; DE ALENCAR XAVIER, Yanko Marcius y SILVEIRA NETO, Octacílio dos Santos (2008). *El derecfto de aguas en Brasil y España*.

- Un estudio de derecho comparado*, Editorial Aranzadi, Navarra (España).
- Embid Irujo, A. (2008). *Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España*, Gobernanza y Gobernabilidad, Expo Zaragoza, http://www.aytozaragoza.mobi/contenidos/medioambiente/cajaAzul/30S9-P2-Antonio_EmbidACC.pdf (último acceso: 10/12/2016).
- Embid Irujo, A. (Dir.). (1995). Régimen jurídico de las obra hidráulicas. Planteamientos generales. En *Las obras ftidráulicas*. Madrid: Civitas.
- Embid Irujo, A. (Dir.). (1998). La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua. En *El nuevo derecho de aguas: Las obras ftidráulicas y su financiación*. Madrid: Civitas.
- Embid Irujo, A. (Dir.). (2007). Planificación hidrológica. En *Diccionario de derecho de aguas*. Madrid: Iustel.
- Esain, J. A. (2004). Derecho ambiental, el principio de prevención en la nueva ley general del ambiente 25.675. En SJA 1/9/2004 - JA 2004-III-1296 (último acceso: 10/12/2016).
- Esain, J. A. (2004). El federalismo ambiental, reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente 25.675. <http://www.jose-esain.com.ar/images/pdf/el%20federalismo%20ambiental%20competencia%20legislativa.pdf> (último acceso: 22/12/2016).
- Esain, J. A. (2007). El principio de progresividad en materia ambiental. En *Revista Semanal de Lexis Nexis*, 10 de octubre de 2007, http://jose-esain.com.ar/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=83:el-principio-de-progresividad-en-materia-ambiental&catid=39:articulos-de-doctrina-publicados&Itemid=36 (último acceso: 26/12/2016).
- Esain, J. A. (2010). La justicia para el desarrollo sostenible. En M. E. Di Paola & F. Sangalli (Ed.). Buenos Aires, Argentina. Disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MU7zY6dTfFYJ:www.joseesain.com.ar/images/pdf/farn%2520informe%2520jurisprudencia%2520del%2520bi-centenario.pdf+&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=ar> (último acceso: 17/12/2016).
- Esain, J. A. & Minella, G. (2013). *Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires*, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Frías, P. J. (1970). *El comportamiento federal en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, Argentina.
- Frías, P. J. (2006). *La redención de las provincias*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/.../pedro-frias.pdf (último acceso: 18/12/2016).
- Gallego, A. (2013). *Santiago del Estero y el agua. Crónica de una relación controvertida*. Santiago del Estero: Lucrecia.
- Gamboa, R. A. (1996). *Curso de derecho constitucional y federal*. Tucumán: Ediciones El Graduado.
- García de Enterría, E. (1985). *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid: Civitas.
- Hernández, A. M. (1997). Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires. En *La Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires: Depalma.
- Lannes, F. A. M. (2010). Informes subnacionales, Tucumán. En A. M. Hernández (Dir.). *Cuaderno de federalismo XXIV*. Córdoba: Instituto de Federalismo de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus.
- Lucas Verdú, P. Constitución Española de 1978 y sociedad democrática. Disponible en revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/.../7732 (último acceso: 10/12/2016).
- Michaud, C. (1942). *Regadíos en Santiago del Estero y en particular en la zona del río Dulce*, Publicación Oficial. Santiago del Estero.
- Mooney, A. E. (2001). *Derecho Público Provincial* (4ª Ed.) Córdoba: Advocatus.
- Morales Lamberti, A. (2008). Gestión y remediación de pasivos ambientales. Políticas y atribución de responsabilidad. En *Estudios de Derecho Ambiental, Vol. 1*. Córdoba: Ediciones Alveroni.
- Novak, A. (2014). Reparación en derecho ambiental. En L. Moisset de Espanes (Dir.). *Clases del curso de derechos reales y ambiente*. Santiago del Estero: Lucrecia.
- Paz, M. R. (2013). *El bosque, derecho y propiedad* (2ª Ed.). Santiago del Estero: Lucrecia.
- Puppio, A. F. (2012). La competencia originaria de la CSJN en cuestiones ambientales y el caso cuenca Salí-Dulce. En *Revista La Ley NOA*. <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/30/04/2012/la-competencia-originaria-de-la-csjn-en-cuestiones-ambientales-y-el-caso-cuenca-sali-dulce> (último acceso: 20/12/2016).

- Rivas, J. A. (2008). Márgenes del regionalismo. En *Cifra. Revista de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud*, 3. Santiago del Estero: UNSE.
- Tajadura Tejada, J. (2010). Federalismo cooperativo y conferencias sectoriales: Marco normativo y propuestas de reforma. En *Revista Jurídica de Navarra*, 49, enero-junio 2010.
- Tasso, A. (2011). La sequía de 1937 en Santiago del Estero. Antecedentes y consecuencias de un acontecimiento ambiental. En *Trabajo y Sociedad. Sociología del trabajo*, 17, Vol. XV. Santiago del Estero. www.unse.edu.ar/trabajosociedad (último acceso: 19/12/2016).
- Tenti, M. M. (2014). La planificación regional el Primer Congreso de Planificación Integral del Noroeste Argentino (PINOA). En Academia de Ciencias y Artes de Santiago del Estero, *Publicación Homenaje Ing. Néstor René Ledesma*. Santiago del Estero: Lucrecia.
- Valente, M. (2006). El Norte olvidado. En *Resumen de Prensa de Daily News, México, América Latina y el Caribe*. PNUMA, 28 de febrero de 2006. www.pnuma.org/informacion/noticias/2006-02/28feb06e.doc (último acceso: 22/12/2016).
- Valls, M. F. (2012). *Primeras Jornadas Regionales de Derecho de Aguas y Ambiente, organizadas por el Centro Interdisciplinario de Aguas, Bosques y Ambiente del Colegio de Abogados de Santiago del Estero*. Editorial Lucrecia.

José E. Jozami

Derechos Humanos y el deporte

Introducción

Siempre desde niño he sido afecto a los deportes, los seguía por la radio, y ello me empujó a la ilusión de ser un narrador deportivo. Soñaba con gritar un gol o un doble de baloncesto y llenar mi corazón de pasión.

La vida me fue llevando de a poco a ello. Primero en mi ciudad en una radio, luego en una ciudad más grande donde concluía mis estudios universitarios de Derecho. Y finalmente llegar a la elite del periodismo deportivo en la televisión al programa más exitoso, ganador de numerosos premios. Allí me deleitaba ejerciendo el periodismo deportivo narrando futbol baloncesto vóleibol, en algún momento algún partido de rugby, más comentarios y opinión en programas especializados. Fui amando al deporte cada vez más. Claro que de mi carrera de abogado no me olvidaba, ni la deje de lado jamás, cursos de postgrados, y abriendo camino a una nueva rama del derecho que en el viejo continente ya por los 90 era recontra conocida. El Derecho del Deporte o como muchos lo llaman Derecho deportivo, aunque yo prefiero de la primera forma llamarlo, comenzaba a tener su existencia, su presencia con mayor ahínco en la doctrina argentina, en su jurisprudencia y en el comentario de los letrados. Con el paso de los años se formaron abogados especializados y los principales estudios de abogados contaban con algún especialista cuando de pronto no faltaron algunos que se dedicaran exclusivamente.

Hoy vamos por mas, vamos por la búsqueda de un tribunal especializado que atienda los conflictos, que son muchos, y que por ello requieren de la especialización también de los que a la hora de juzgar se preparen con idoneidad.

1 . El deporte y las ciencias

Que importante es vincular a dos elementos sustanciales para la vida de un ser humano, sus derechos fundamentales para vivir y el deporte, un derecho más, un arte, una ciencia, cuantas cosas nos preguntaríamos para clasificar o denominar al deporte. Una marca internacionalmente conocida se definía como la ciencia del Deporte. ¿Es una ciencia el deporte?, me pregunto. Al menos si puedo asegurarles que se vincula con casi todas las ciencias. Con la medicina y las ciencias de la salud, a través de la prevención y la rehabilitación de los atletas. Con la psicología, en el análisis del grupo o del deportista individual, la psicología deportiva es de las ciencias que más ha crecido en los últimos tiempos. Estudiando el fenómeno del éxito o la frustración de un niño como el retiro y el de la gloria de muchos ilustres deportistas. Se han conocido casos de tentativa de suicidio de jugadores que en el ocaso o en el final ya de su carrera no podían sostener el paso de la fama al anonimato, algo que parece cruel casi perverso tanto en los deportistas como artistas. Muchos se entregan al alcohol, a las drogas. Como también dolió mucho en el ambiente del fútbol la muerte de un joven con enorme futuro como Mirko Saric jugador de San Lorenzo, tal vez por una cuestión de una frustración en un pase o en no haber sido tenido en cuenta por el técnico de turno, tal vez nunca se conozca la verdadera causa . Es por eso que los psicólogos hoy en el deporte son tan necesarios como el preparador físico o el médico.

Con la sociología en el estudio de las masas que concurren a alentar convirtiéndose muchas en grupos violentos o un análisis sobre el origen de los deportistas, algunos de clases muy humildes y de lugares con escasos recursos y otros que se mezclan proviniendo de clases acomodadas, algunos estudiantes universitarios .

Con la kinesiología también hay una relación cuando a través de esta ciencia se estudia los tratamientos para recuperar a los atletas de sus lesiones musculares u óseas.

Con el Derecho en las cuestiones contractuales, ya sea en el plano laboral como el civil y comercial, temas de DAÑOS Y PERJUICIOS, aún en casos de distintas ramas del Derecho desde el Derecho de familia cuando el tema atañe a menores hasta el derecho tributario cuando se evade impuestos en los millonarios negocios que el deporte genera.

Y hasta con las ciencias exactas ya que las estadísticas son cada

vez más utilizadas en el alto profesionalismo de los deportes para evaluar el rendimiento personal de los jugadores como del equipo.

Así nos extenderíamos y veríamos que en cada ciencia, como en cada rama del Derecho el Deporte está inmerso.

A pesar que en nuestra CN no se encuentra escrita la palabra deporte en ninguno de sus artículos, uno quiere encontrarlo en el Art. 33, o muchos doctrinarios buscan hallarlo en el contenido de los Tratados Internacionales a los que nuestra Carta MAGNA está adherida. Si debemos destacar que muchas Constituciones provinciales lo han incorporado y entre ellas la nuestra fue una de las pioneras, buscando que el deporte sea Política de Estado.

2 . El derecho del deporte y los Derechos Humanos: casos

El Derecho del Deporte ya es una rama autónoma del Derecho que se abraza tanto al Derecho Público como al Derecho Privado. Sumando así particularidades que otorga la actividad y que los hace exclusivos del Derecho del Deporte, como los Derechos Federativos, Derechos económicos de futuras transferencias, derecho de formación del atleta, la solidaridad entre los clubes a nivel internacional en las transferencias entre otras.

Hoy el Derecho del Deporte se enseña en numerosas facultades de Derecho como materia de grado y de postgrado en Argentina como en el mundo entero.

Si por otro lado observamos la tabla de los Derechos Fundamentales veremos que muchos de ellos se conjugan con el Deporte.

Empezando por el más importante que es el derecho a la vida, hay una intención de la dirigencia de las Federaciones internacionales de todos los deportes, como del C.O.I. de proteger siempre la vida de los atletas, como la del público que asiste a los eventos. Así también su protección integral, como la protección de la salud, de su privacidad, su libertad, sus derechos laborales. El deportista es un SER HUMANO que debe estar siempre protegido fuera y dentro de su ejercicio en la actividad deportiva profesional como la amateur.

Omití a propósito no citarlo antes entre las otras ciencias a la política, pues el deporte ineludiblemente está relacionado con la actividad política. Y es allí donde se han trazado varios hechos de conflictos que iremos citando entre el deporte y los DERECHOS

HUMANOS. Esto no escapa a que en el ámbito privado también se hayan manifestado cuestiones como de discriminación por ejemplo, o algunas injusticias que atenten contra personas vulnerables o no en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Por cuestiones políticas, y en honor a guerras y luchas entre países se vivieron en el deporte internacional lamentables sucesos, por ejemplo lo sucedido en la década del 80 cuando el boicot de EEUU a Rusia en los juegos olímpicos en ese país hiciera que Argentina, que lograra en Básquet una histórica clasificación no pudiera ir.

En estos juegos influyó notablemente la situación política del momento. Moscú era la capital de la Unión Soviética, el país más grande del mundo y una de las mayores potencias mundiales tanto en términos económicos, como políticos y militares. El socialismo era la oposición al capitalismo, y los estados socialistas y capitalistas llevaban enfrentados varias décadas en la denominada *Guerra Fría*.

Estados Unidos, argumentando que la presencia militar soviética en Afganistán (a raíz de la guerra civil) era una invasión y violaba el derecho internacional, decidió no asistir a los juegos sólo seis meses antes de que comenzaran. El presidente estadounidense, Jimmy Carter, amenazó con revocar el pasaporte a cualquier atleta estadounidense que intentara ir. A esta decisión se sumaron varios de sus aliados, como Alemania Occidental, Canadá, Argentina, Chile, Japón, Turquía y Noruega. Algunos países aliados de Estados Unidos, como el Reino Unido y Australia, dejaron en libertad de elección a sus atletas, quienes compitieron bajo la bandera olímpica. La República Popular China, enemistada con la Unión Soviética, tampoco concurre a los Juegos de Moscú. Del total de 65 estados que se abstuvieron de participar, el Comité Olímpico Internacional estima que entre 45 y 50 lo hicieron por plegarse a la iniciativa estadounidense.

Mucho se ha discutido, si realmente los países que tienen la pena de muerte podrían ser sede de eventos importantes del Deporte Mundial, como Juegos Olímpicos, o torneos mundiales o continentales de deportes, sobretodos de los deportes más populares, al respecto rescatamos ejemplos del Comité Olímpico y de FIFA sobre designaciones de países sedes violadores contundentes de los DD.HH.

“...Cuando Pekín fue elegida como sede de los Juegos, en 2001, dirigentes chinos y del Comité Olímpico afirmaron que los Derechos Humanos en China mejorarían al ser el país anfitrión...” “...

Francois Carrard, director ejecutivo del Comité Olímpico Internacional (COI), afirmó que “apostaba” por la mejora de los Derechos Humanos; Jacques Rogge, presidente del COI, dijo: “Estamos convencidos de que los Juegos Olímpicos mejorarán el expediente de Derechos Humanos de China”, y Wang Wei, secretario general del Comité Organizador de Pekín, señaló: “Confiamos en que la venida de los Juegos a China no sólo promoció nuestra economía, sino también mejoró los Derechos Humanos”.

Sin embargo el resultado no ha sido el esperado, “... Desde la elección de Pekín como anfitriona de la Olimpiada, en 2001, prácticamente no ha mejorado nada el expediente de Derechos Humanos de China. La inminente llegada de la llama olímpica ha tenido un escaso efecto en este ámbito. Por el contrario, la reubicación forzosa de comunidades enteras sin ofrecerles ninguna compensación o con compensaciones mínimas para ganar terreno para las instalaciones olímpicas de Pekín es un ejemplo de cómo los Derechos Humanos en realidad se han deteriorado como consecuencia directa de los preparativos de la Olimpiada...”.

Otro hecho similar se manifiesta ante la crítica de la elección de QUATAR como país organizador del mundial de fútbol en el año 2022, contando este país con innumerables denuncias de violaciones a los Derechos humanos. La FIFA ha sido denunciada como cómplices en la violación de DDHH en la muerte de trabajadores inmigrantes en QUATAR, país que fue designado para ser Sede de una COPA DEL MUNDO próximamente.

“...Si bien la obligación primaria de respetar, proteger y promover los Derechos Humanos recae en los gobiernos, las organizaciones como FIFA que organizan eventos deportivos, así como sus sponsors, tienen la obligación de abordar los riesgos de violaciones de Derechos Humanos, independientemente de que los gobiernos en donde los torneos tengan sede estén o no dispuestos a cumplir con sus obligaciones. Por supuesto, si este importante criterio de Derechos Humanos hubiera existido en 1978, el Mundial de ese año no podría haber tenido lugar en Argentina. Hacia el futuro, por ejemplo, FIFA debe llamar la atención y tomar medidas para prevenir el trabajo infantil y el trabajo forzado en actividades relacionadas con los torneos que organiza...” (opinión periodística Diario Tribuna Dr. Martin Hebia Decano de la Escuela de Derecho Universidad Torcuato Di Tella).

Es indudable que al tocar este tema no podemos soslayar el tema

del mundial de fútbol que se disputó en nuestro país en el año 1978, donde fue por primera vez campeón del Mundo la Selección Argentina. El mismo se jugó en un momento triste de la historia de nuestro país, cuando asolaba una terrible dictadura que era conocida por sus atrocidades con mayor nitidez fuera del país que dentro de nuestros límites.

Por ello es que se dieron innumerables hechos de repudio, ya al comienzo de la formación del equipo Menotti se encontraba con la renuncia de su capitán, el experimentado defensor Jorge Carrasco, hombre del riñón del Técnico argentino a formar parte de esa campaña que si bien llevo en lo deportivo a lo alto de nuestro fútbol, sus pensamientos no condecían con quienes lideraban políticamente el país y que indefectiblemente parecían ser de alguna manera sus jefes o patronos.

Una de las grandes ausencias que tuvo ese mundial fue el reciente fallecido Jhoan Cruyff, sin duda uno de los mejores jugadores del mundo. Algunos manifiestan que sus ideas políticas fueron más fuertes que sus pasiones deportivas y su apreciación por los DDHH más dignas que venir a representar a su país en un lugar donde en ese momento se cometía asesinatos y torturas. Aunque es cierto que se manejó otra información, que fue que por esos meses había sido asaltado y secuestrado un hijo, se cree que tuvo mayor rigor la otra noticia. Fue vergonzoso también conocer como una revista conocida hizo falsear en una nota, que titulaba una carta de un padre a un hijo y era la carta (supuesta) del capitán holandés a su hijo donde le contaba que ARGENTINA era un poco más linda y sana que el paraíso. Una nota que llenaba los ojos de lágrimas pero de una mentira aberrante cuando se conoció que el autor de esa nota no era otro que un periodista argentino y no el jugador holandés.

Otro de los repudios fue también por esos mismos jugadores holandeses que se negaron a recibir las medallas de subcampeón, como también su manifestación a que ellos de haber sido Holanda Campeona del mundo no habrían recibido la Copa de esos tiranos dictadores. En Europa se conocía las atrocidades que sucedían en Argentina y el futbol y el deporte todo no era ajeno a ello.

Otras anécdotas de las de cabotaje, recuerda la historia que el ex presidente de la dictadura Jorge Videla manifestó que siempre pasaba por los vestuarios a saludar a los jugadores nacionales y que le había molestado mucho que Alberto Tarantini previo a darle la mano se la paso por sus genitales enjabonados.

Es atentado al Derecho a la vida en el deporte cuando no se prevé, ni se examina a los atletas de forma exhaustiva antes de la práctica del alto rendimiento y se les permite competir sin esos estudios. Esto ha provocado que nos encontremos con muertes súbitas de muchos deportistas jóvenes, o cuando no se cuida en la seguridad de los estadios brindando garantías, como protección en las paredes (muerte al chocar la cabeza en la pared, caso Ortega en Argentina), o si de golpe en la cabeza se trata lo ocurrido en la NFL descubrió que a pesar del uso de los cascos en el FUTBOL AMERICANO, los golpes en la cabeza provocaban una enfermedad, que llevaba al suicidio.

“Nadie se preocupaba por los golpes en la cabeza. Para eso estaban los cascos. Hasta que Bennet Omalú, neuropatólogo nigeriano de 34 años, examina en el año 2002 el cerebro de Mike Webster. El ídolo histórico de los Acereros de Pittsburg era un duro Salón de la Fama, de los que jugaban primero y se operaban después. Murió a los 50 años, con demencia, depresión y amnesia. Omalu descubrió que Webster sufrió una enfermedad desconocida, que él llamó CTE (encefalopatía traumática crónica), la degeneración progresiva del cerebro por los golpes en la cabeza. Webster, que no recordaba ni siquiera cómo alimentarse, había acumulado cerca de 25.000 golpes. Veía “pajaritos” y volvía de inmediato a la cancha. Jamás le diagnosticaron conmoción cerebral. “Concussion” así se llama la película que jaquea hoy a la liga más poderosa del deporte mundial, la National Football League (NFL), una industria de 10.000 millones de dólares en demandas que llevó años. En abril pasado, la jueza Anita Brody, con acuerdo de las partes, estableció que la NFL deberá pagar mil millones de dólares en 65 años para indemnizar a jugadores dañados mover estudios científicos. La denuncia incluyó casos como los de Jovan Belcher, que se mató en 2012 ante su entrenador y tras asesinar a su pareja, también él con CTE. Las víctimas de CTE deberán ser indemnizadas con 4 millones de dólares. Las de demencia, con 3 millones, y las de ELA (enfermedad lateral amiotrofia), con 5 millones. Unas 200 familias rechazaron el acuerdo y seguirán su juicio. Entre ellas, la de Junior Seau, uno de los jugadores más amado que se mató en 2012 con una Magnum, otra vez disparándose en el pecho para que examinaran su cerebro. Tenía 43 años. También era víctima de CTE. En los últimos años, la NFL donó millones en investigaciones independientes y efectuó cerca de cuarenta cambios reglamentarios a fin de evitar choques de

cabezas. Las conmociones, afirman, se han reducido. y hubo 171 en 2012, 152 en 2013 y 123 en 2014.

Yendo a otro ámbito, el trabajo en España por ejemplo sobre la erradicación de los niños y jóvenes de la DROGA, si ha sido positivo en nuestro país con la proyección de una ley muy parecida que trataba de la incentivación por hijo en el Deporte, para las madres que acercaran a sus hijos a los clubes podríamos haber tenido un resultado similar a la madre patria. En España trabajaron de esa manera y fue ganarle de ese modo varias batallas a la droga contra la juventud española pero no solo eso se logró sino que en esa década, España obtuvo el campeonato Mundial en fútbol, en Basquetbol, final de juego olímpico en baloncesto, consagrar un campeón de Formula1 y tener a un líder indiscutible en el tenis. No cabe duda que el resultado fue elogioso, parece que cuando se proponen a buscar buenos resultados se puede lograrlos.

Para finalizar quiero mencionar los delitos de discriminación en el Deporte, muy común lamentablemente, en cuestión de género, de raza, en salud, citaré casos de jurisprudencia obtenidos de la obra “Capitulo Delitos en el Deporte del Libro Transferencia de los Delitos del Poder Judicial de la Nación al Poder Judicial de C.A.B.A...)

3. Fallo Nicholas KNAPPC/ Universidad de North Western

Este caso nos tocó comentar para la Sociedad de Cardiología Argentina junto al Dr. Claudio Ramos Feijoo. Un caso muy interesante ya que puede tener las aristas de estar de acuerdo con los dos fallos emitido: “ Nicholas Knappera un jugador de baloncesto de la Universidad de North Western, el padecía una cardiopatía severa por la que había sido atendido de urgencia en oportunidades de entrenamientos y juegos. Ante la decisión de la Universidad de separarlo del plantel por sus problemas de salud, el atleta presenta una acción por sentirse discriminado, solicitando se le permita jugar en el equipo de la Universidad y ser asistido en los entrenamientos y partidos por una Unidad coronaria y un médico especialista que lo atendiera. En primera instancia el juez acepta la demanda y reconoce el derecho del atleta a no ser discriminado otorgándole su petición, la universidad no tarda en apelar el fallo y encuentra en los dos escaños superiores fallos confirmados revocando el decisorio

de primera instancia, negando la petición de Knapp advirtiendo que para nada se debía considerar un acto discriminatorio, cuando lo que la universidad estaba realizando era cuidarlo y a la vez entiendo este fallo que en todo caso se estaría en presencia de una DISCRIMINACION INVERSA, ya que se verían postergados los miles de estudiantes sanos que podrían ocupar su lugar sin que la Universidad realizara enormes gastos. Un caso para la discusión sin duda, lo lógico parecería estar de acuerdo con los fallos de la cámara y de la Corte del Estado, pero también opiniones de doctrinarios que definen de nautranza los Derechos Humanos entienden que la discriminación a una persona con discapacidad había sido resuelta conforme a derecho por el primer iudicante”

Para finalizar con el tema de la discriminación es importante recalcar la cuestión de la xenofobia, un verdadero problema en Europa como en América Latina. Recordemos la denuncia de la embajada de Bolivia ante la justicia argentina por los gritos proferidos por la hinchada de Independiente en el juego contra Boca, en el que también se arrojaron las conocidas “bolas de fraile”. Tanto ese caso como el de Jhon Terry el capitán de Inglaterra que fue denunciado por decirle a un contrario “jodido negro de m...” no tuvieron eco en la justicia ya que fueron para los jueces difíciles de probar. En lo que respecta al juez federal argentino consideró que los gritos de los hinchas no provocaban una ruptura de las garantías otorgadas por la CN; mientras que el juez inglés entendió que los dichos del capitán Terry no fueron en tono de insultos sino de desafío.

Realmente es cada vez mayor este flagelo en el deporte y considero que no se le está dando la importancia debida ya que a partir de un insulto pueden generarse actos más graves. Un ejemplo muy claro es el Caso Zidane – Materassi en la final Francia- Italia en el Mundial Alemania 2006. Zidane reacciona con un cabezazo al italiano por un insulto de este a la hermana del francés.

En lo que atañe a que parece que los hombres no aceptan que una mujer pueda vencerlos o superar los este fallo es un verdadero leading case. El siguiente tiene que ver con la violación a los derechos de una persona con discapacidad profesional de su deporte.

4. Expte. Nro. 120 .963/ 99 “BELLA ELVIRA C/ FEDERACION ARGENTINA DE TIRO S/ Daños y Perjuicios .CNCIV- SALA D 19-08 2005

Este fallo se refiere a un típico caso de discriminación por sexo. Una atleta que participa en un campeonato argentino, en una categoría donde es la única mujer, gana y se le niega el premio. Quedo acreditado que la actora participo en el 54 Campeonato Nacional de Tiro en 1996 y que obtuvo el más alto puntaje, ganando la competencia.

La defensa esgrimida fue que al ser la única mujer en una competencia de varones senior, se la dejaba competir solo para no frustrarla, pero que se le explico que no tenía valor su competencia. La actora planteo un amparo con lo que pudo adquirir la medalla además de los reclamos por daño moral y daño psicológico.

Peralta, David c/ Club Hípico Argentino y Otros s/ Daños Y Perjuicios. La Cámara Civil señaló que se trata de un caso de discriminación porque la entidad no le permitió practicar equitación como socio, aunque meses antes sí pudo entrenar en las instalaciones del club. El tribunal recordó que el país suscribió a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

El caso se remonta a 2004 cuando el actor quiso asociarse al Club Hípico Argentino pero luego de una serie de deliberaciones, la entidad le negó el ingreso por razones de seguridad en virtud de su ceguera. El actor criticó la actitud del club porque entre agosto y diciembre de 2003 fue admitido en la Escuela de Equitación de la entidad para practicar adiestramiento en vistas de los Segundos Juegos Para panamericanos que se realizaron a fin de ese año en Mar del Plata. “Llama la atención, pues resulta al menos contradictorio, que si pudo el actor practicar adiestramiento en la Escuela de Equitación, en vistas a una competencia próxima, no pudiera hacerlo más tarde como asociado al CHA” (Club Hípico Argentino), observaron los magistrados.

Los jueces fijaron una indemnización de 40 mil pesos más intereses.

5 . El caso Jessica

Fue otro de los temas contemporáneos que podemos citar por estos tiempos. Jessica, una persona trans que fue negada en la Ciudad de Chubut a jugar hockey femenino. Nunca le informaron porque, cuál era la causa de su impedimento.

Entiendo y me remonto a los años 70, algunos recordaran el famoso caso de la tenista Rene Richards, quien cambio su sexo a través de una cirugía. Después que Richard Raskind en su infancia fue y su adolescencia fuera capitán del equipo de tenis y de futbol de los colegios donde paso, su constante idea de cambiar de sexo, tuvo un frustrado intento en los 60 con cerca de 25 años pero 10 años más tarde lo logro y cambio su identidad. Así nació Rene Richards una afamada tenista, oftalmóloga, que cuando intento jugar en el circuito profesional de tenis, la asociación americana le negó el permiso porque entendía que había una ventaja a su favor por la fuerza física que poseía en desventaja de sus contrincantes. Finalmente se le pidió que pasara un test de cromosomas que el COI (COMITÉ OLIMPICO INTERNACIONAL) LO HACIA CUANDO TENIA DUDAS SOBRE EL GENERO DE LOS ATLETAS. Richards se sintió insultada y apelo a la justicia, después de un año de litigio la CORTE DE NY a través del Juez ALFRED ASCIONE, le reconoció el derecho a Richards quien debutó en el US OPEN DEL 77. Un triunfo en la lucha de genero ya ganada allá por la lejána década del 70 que hoy a casi cerca de 50 años pareciera querer tener una marcha atrás. Es otra mujer deportista la que también ha llevado arriba la bandera de la lucha por la no discriminación por raza o color. Me refiero a Serena Williams quien denodadamente lucha y hace escuchar su voz en los medios de comunicación tras la persecución de su país contra las personas de color. Otro hecho vergonzoso o que parece no tener su final tras las largas luchas de insignes personalidades como Luther King o Mandela buscando el respeto y la igualdad en el mundo de blancos y negros. Todos somos iguales ante Dios, y cuanta vergüenza debería sentir ese país más cuando las grandes figuras del deporte como el reciente fallecido Classius Clay, ídolo en el boxeo mundial, o el más grande de todos los tiempos en el baloncesto como el gran Michael Jordan se han cansado de coleccionar títulos que prestigian al deporte americano y han llevado innumerables alegrías a los hogares de blancos y negros en pelias por el título juegos olímpicos.

La Carta de Naciones Unidas es muy clara en su artículo 55, como lo es nuestra Convención americana cuando reza ya en su primer artículo garantizando el ejercicio de su libertad sin discriminación alguna, o en el artículo 24 cuando refiere a la igualdad ante la ley.

El Derecho a la intimidad, el Derecho de imagen como la libertad de expresión también tienen su espacio en relación con el Deporte. Los periodistas deportivos gozan de una absoluta libertad de expresión en cuanto a su opinión y su deber de información. Es cierto que ha molestado en muchas ocasiones criterios o editoriales que han sido contrarias a los acontecimientos o iniciativas de grandes clubes o asociaciones de deportes de gran convocatoria. O a la labor de algún o algunos dirigentes deportivos que hayan sido criticados y acusados de hasta cometer delitos. Hoy el deporte mayor de la historia del mundo ha atravesado por un momento nada recomendable. Los grandes conflictos en FIFA y en nuestro país en la casa madre del fútbol conocido públicamente, con serias acusaciones y con dirigentes presos en la alta esfera del fútbol mundial nos muestra una realidad donde la corrupción parecía estar impuesta.

Así como también toda regla tiene su excepción y a la libertad de expresión se le ha puesto y es a veces común que ocurra la disputa de otro derecho fundamental como el Derecho a la intimidad, o a la dignidad que hace referencia el artículo 5 de la convención. En el caso "Castrilli c/ Closs" fue una demostración de ello cuando el ex juez de fútbol demandó al conocido narrador deportivo por opiniones vertidas de su vida privada. Finalmente el periodista se retractó, pero solía ser a veces peligroso ver cuál era la frontera de la libertad de expresión y la violación a la dignidad o al honor e intimidad de una persona.

Mucho he discutido también sobre la intromisión de las cámaras de televisión en las tribunas en un partido de fútbol, baloncesto, vóley, etc., exagerando los primeros y primerísimos planos de los espectadores. Es cierto que el espectáculo es público, pero también me pregunto cuán público es mi intimidad de ser filmado en un primerísimo plano cuando yo concurreo a un estadio a ver un espectáculo deportivo y no a ser protagonista exclusivo de la televisación del mismo con una imagen que es transmitida a millones de hogares. Recuerdo en un famoso programa de deportes en su apertura aparecieron dos mujeres con su torso desnudo duchándose en una terraza con una piscina, ya que las cámaras de televisión habían

invadido la frontera geográfica del estadio y obtenido esas imágenes a muchos metros de distancia. Claro está que las demandas no tardaron en aparecer.

Es importante también cuidar a nuestros niños, y el artículo 19 de nuestra convención trata de ello como un tratado especial en defensa de los derechos de los niños y adolescentes.

En el deporte a veces se ha abusado de ese inmenso deseo de un niño o adolescente convertido en la gran ilusión de su vida de poder llegar a ser un crack. Algunos por deseo personal y muchos por además de ello porque sabían que era la única puerta por la que podrían entrar para cambiar su vida familiar. Cuántas veces hemos escuchado a deportistas jóvenes, decir que con su primer contrato querían comprarle “la casita a los viejos” o el televisor color “, esa necesidad de hambre de gloria pero también de hambre de justicia social para su familia de poder tener su casa digna. Esos muchos niños de los cuales son pocos los que llegan y muchos los que ven frustrados sus intentos y abandonados por inescrupulosos vendedores de ilusiones. O bien el caso cuando un club ficha a un niño que hasta entonces solo ve el deporte para divertirse, como recreación y no se siente cómodo, con ese entrenador que no le da un lugar, o con sus compañeros y desea cambiar de club y los clubes cometen esa enorme torpeza de denegarles el pase, como si esos niños les perteneciera como un bien preciado. Es ahí donde siempre he recomendado acudir a la justicia, por ahora a la justicia ordinaria, ya que en nuestro país no contamos con la justicia del deporte tantas veces solicitada por quien escribe y otros colegas. He sabido de numerosas medidas auto satisfactivas o amparos que han buscado darles a esos niños la felicidad de que no se les prohíba nada que no está prohibido.

A propósito de los niños en el año 2001 FIFA crea y en el 2004 se perfecciona, los Derechos de Formación y el mecanismo de Solidaridad. Una brillante idea como recompensa, además de monetaria, un verdadero reconocimiento a los clubes formadores, educadores de niños y adolescentes. Los mismos quedaron registrados en los artículos 20 y 21 del Reglamento de Transferencia de jugadores y en sus anexos 4 y 5 donde explican cómo se resuelven estos temas que también forman parte de la columna vertebral del Derecho Del Deporte.

Hace un año rige también en nuestro país la ley 27211 que vino a llenar un vacío legal sobre este tema que regía con carácter inter-

nacional pero no de puertas adentro. Por ello hoy los pequeños clubes que comenzaron sanamente a ilusionar y a crear en esos niños la cultura del deporte enseñándoles no solo a patear una pelota a lanzar a un cesto o toda actividad deportiva sino colmarles el alma con principios morales y valores que el deporte lleva implícitos en su definición.

Estos son algunos de los ejemplos que podemos unir entre los Derechos Fundamentales, nuestros preciados Derechos Humanos y el deporte, dos sustancias vitales para el ser humano que cuando son violadas deben ser rectificadas y sancionadas a los culpables que rompen con este idilio de dos conceptos llenos de salud y de vida.

Casos

Ana Cecilia Molina

Análisis del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “S. F. y otros vs Argentina”

“Es el caso Furlan, un caso paradigmático de acceso a la Justicia, de reconocimiento de los estándares internacionales sobre protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad. Aquí, la Corte tuvo en cuenta el modelo social para el abordaje de la discapacidad y entendió que es obligación de los Estados propender a la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad”

María Fernanda López Puleio, Defensora
Oficial ante la CoIDH en el caso S.F.

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “S. F. y otros vs Argentina”¹, mediante la cual determinó la responsabilidad del Estado argentino por la demora de la indemnización para solventar los gastos de tratamiento médico de una persona menor de edad con discapacidad, sentando de esta manera, estándares en cuanto a la responsabilidad de la protección de los Estados en materia de niños y niñas y de las personas con discapacidad.

Palabras claves: Derechos económicos, sociales o culturales; Discapacitados; Garantías judiciales y procesales; Derecho a la integridad personal; Derechos de los niños y las niñas; Propiedad privada; Protección judicial.

1 Los nombres de las víctimas se reemplazan por sus iniciales por disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución de fecha 31 de agosto de 2012, Serie C, Número 246.

derechos afectados

Se verificó la afectación de diversas disposiciones contenidas en la Convención, como ser: Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos); Artículo 5 (Derecho a la integridad personal); Artículo 8 (Garantías judiciales); Artículo 19 (Derechos del niño); Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada); Artículo 25 (Protección Judicial) y Artículo 26 (Desarrollo progresivo). Para el análisis del presente caso, se tuvo en cuenta diversos instrumentos internacionales, como ser: Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre los Derechos del Niño; Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Introducción

La existencia de un Estado democrático de Derecho, conlleva la innegable necesidad de la participación de todos sus ciudadanos, que se conforma mediante la interacción del gobierno con sus miembros. Resulta ser un acto de construcción diaria, que exige un sentimiento de pertenencia para permitir conformar esta ciudadanía, a través del dialogo. Y es esta la mejor manera mediante la cual el gobierno se legitima: por la participación activa de todos los ciudadanos. De esta forma se van construyendo los derechos, no solo como un acto de reconocimiento estatal, sino y por sobre todo, como un acto de construcción social progresiva, que surge del resultado de numerosas luchas sociales. Pero este acto de construcción solo es entendible en la medida que los mismos no solo sean reconocidos, sino y por sobre todo, cuando sean efectivizados. De esta manera el tan mentado “*derecho a tener derechos*”, va ganando efectividad. Dentro de este contexto reúnen especial relevancia los Derechos Humanos, y especialmente dentro del espectro regional de la Convención Interamericana de Derechos Humanos vigente a partir de 1978, quien a través de sus organismos internacionales, dirimió conflictos en el sistema interamericano, garantizando de esta manera una verdadera efectivización de los derechos reconocidos en dicha Carta por parte de todos los Estados miembros. Es el pre-

sente un caso paradigmático, por distintas razones: en el mismo la CoIDH estableció estándares en cuanto a lo que se considera niño; a las personas con discapacidad y fue además el primer caso en el que se hizo efectiva la figura del Defensor Público Interamericano, como una forma de garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso, con el fin de que la situación económica no resulte ser un impedimento de ningún orden. Por último, no debemos olvidar de señalar, que en los presentes casos que se ponen bajo la órbita del Tribunal de la CoIDH, llevan el “filtro” previo de la CIDH, quien recibe las denuncias, analiza y formula las recomendaciones al Estado, y remite posteriormente el caso ante el Tribunal de la Corte. Además no resulta menor el señalar que el demandado en todos los casos resulta ser siempre, un Estado Nacional.

1 . Hechos

Presentación de caso

En fecha 21 de diciembre de 1988, Sebastián Furlan de 14 años de edad sufrió un accidente en oportunidad en la que ingreso en el predio de propiedad del Ejército Argentino en localidad de Ciudadela, partido de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires. Dicho inmueble, al no contar con ningún tipo de cerco perimetral, era regularmente utilizado por los niños con fines de esparcimiento. Una vez en el predio, Sebastián quien se encontraba jugando al futbol, intento colgarse de un parante de más de 40 kilos, lo que provoco que la pieza cayera sobre su cabeza, ocasionándole pérdida instantánea del conocimiento. Fue posteriormente internado en el Hospital Posadas, con traumatismo encefalocraneano, estando en estado de coma por cerca de un mes. Posteriormente fue dado de alta en enero de 1989, pero a raíz de las secuelas de su accidente tuvo que continuar su atención en consultorio externo, sufriendo a raíz del accidente daños cerebrales graves, con afectación de su capacidad motora y del habla. En razón de dicho accidente su padre, Danilo Furlan el 18 de diciembre de 1990 demandó por daños y perjuicios al Estado Argentino, por la discapacidad de la que fue objeto su hijo. El 7 de septiembre de 2000 el Juzgado Civil hizo lugar a la demanda, condenando al Estado Nacional como responsable por los daños ocasionados a Sebastián Furlan, determinando un 30 % de responsabilidad por parte Furlan y un 70 % de responsabilidad por

parte del Estado Nacional en razón de su negligencia como titular del predio, condenando asimismo a este último a pagar la suma de \$1.300.000, con más los intereses y las actualizaciones establecidas, e imponiéndole además las costas del juicio. Dicha sentencia fue apelada por ambas partes, y fue confirmada en segunda instancia el 23 de noviembre del 2000. La parte actora no presentó Recurso Extraordinario Federal, por lo que esta sentencia quedó firme. Dicho resarcimiento, se encuadraba dentro del marco de la Ley 23.982 del año 1991, la cual determinaba la consolidación de todas las deudas vencidas por causa o título anterior a Abril de 1991 por sumas de dinero, estableciendo el siguiente régimen: **1)** el pago diferido de suma de dinero en efectivo o; **2)** la consolidación de bonos de consolidación de deuda nacional. De esta forma, el 6 de febrero de 2003 el Estado Argentino le informó al Sr. Furlan que se encontraba en estado para ser cobrado dichos bonos con vencimiento, si así lo decidía, y dado lo urgente de la necesidad de tratamiento de su hijo, Danilo Furlan optó por el procedimiento administrativo de cobro de bonos los cuales vendió ese mismo día, y luego de pagar a sus apoderados, le quedó remanente la suma de \$38.300 pesos argentinos del total de \$1.300.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

Otras consideraciones

Desde la fecha del accidente, Sebastián Furlan intentó suicidarse dos veces. Asimismo, se le inició una causa penal por lesiones en contra de su abuela. Pudo terminar sus estudios a la edad de 30 años, muy a pesar de las serias dificultades con la que cuenta incluso hasta el día de la fecha, tanto para el desempeño educativo como para la relación con sus pares. Actualmente sus ingresos son los que surgen de ser beneficiario de una pensión por invalidez, y se desempeña además como vendedor de perfumes. Convive con su pareja, Laura Alicia Sarto y sus dos hijos, Diego Germán y Adrián Nicolás. Dado lo insuficiente de la indemnización ante la gravedad del daño sufrido en razón del accidente, la familia Furlan se vio en la necesidad de llevar el caso ante la Corte Interamericana. Resulta asimismo necesario señalar que actualmente nuestro país se encuentra en plena etapa de cumplimiento de sentencia.

2. Consideraciones legales: etapas de procedimiento interamericano

2.1. Procedimiento ante la Comisión Interamericana²

En fecha 18 de julio de 2001, se originó la petición ante la Comisión Interamericana. Las bases de sus pretensiones se basaron esencialmente en lo injusto de la sentencia en la justicia ordinaria. De esta manera, el 02 de marzo de 2006 la CIDH adoptó el Informe de Admisibilidad N° 17/2006 en el cual estableció la admisibilidad de la petición presentada por la parte actora en razón de la afectación de los derechos consagrados en los artículos: 8, 19, 25 y 1.1 de la Convención Americana; asimismo rechazó las alegaciones establecidas por el Estado demandado en cuanto al derecho de propiedad. El 21 de octubre de 2010, la Comisión Interamericana aprobó el Informe 111/2010, sobre el fondo del caso, en donde concluyo que el Estado argentino era responsable: de la violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable (art.8.1)

- de la protección judicial (art. 25.1)
- del incumplimiento en torno a lo dispuesto en el Art. 1.1, referida a la obligación general de garantía de los Derechos Humanos en perjuicio de S.F. En relación a este artículo, la comisión estableció que el Estado argentino era responsable: de la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.1); de la violación de los derechos de niño (art. 19); y de haber violado el derecho a la integridad personal (art. 5.1) en perjuicio de los familiares de S.F. a saber: su padre (D.F.), su madre (S.F.), su hermano (C.E.F.) y su hermana (S.E.F.)
- afectación de la obligación de protección judicial (art. 25.2)³

2 Fecha de presentación: 18/07/2001 (12539), Fecha de admisibilidad: 02/03/2006 (17/06); Fecha de informe de fondo: 21 de octubre de 2010 (111/10).

3 Por último estipulo las siguientes recomendaciones al estado argentino:

1. "Reparar integralmente a S.F. y a su familia por las violaciones a los Derechos Humanos establecidas en este Informe, tomando en cuenta las consecuencias ocasionadas por el retardo injustificado en el proceso judicial...
2. Asegurar que S.F., quien a la fecha del accidente tenía 14 años de edad, tenga acceso a tratamiento médico y de otra índole en centros de atención especializada...
3. Adoptar como medida de no repetición las acciones necesarias para asegurar que los procesos contra el Estado por daños y perjuicios relacionadas con el derecho a la integridad personal de niños y niñas cumplan con debido proceso legal y la protección judicial..."

3 . Procedimiento ante la Corte Interamericana de DDHH (CoIDH)

Fecha de presentación ante la Corte Interamericana: 15/03/2011.

Petitorio de la CIDH

La CIDH sometió este caso a la jurisdicción de la CoIDH, con la finalidad de estipular si efectivamente hubo violación a los derechos referidos por la Comisión. Resulta importante asimismo señalar que este fue el primer caso en el que participo la figura del Defensor Público Interamericano (prevista en el artículo 37 del reglamento interno de la Corte) para el caso el que la presunta víctima no cuente con un representante legal. El Sr. D.F. tramito la causa sin representación legal ante la CIDH, pero en la instancia ante la CoIDH solicito la designación de un defensor oficial, la cual fue ejercida por María Fernanda López Puleio (Argentina); y Andrés Mariño (Uruguay), quienes solicitaron a su vez los beneficios del Fondo de Asistencia Legal de Victimas de la CoIDH.

Excepciones presentadas por el Estado argentino

Por su parte, el Estado argentino interpuso las siguientes excepciones: **1). Falta de agotamiento de Recursos. (Art. 46.1.a):** Sostuvo el Estado que: *“el mero ftecto de las presuntas víctimas consideren que el recurso interno podría ser inútil o adverso a sus pretensiones, no demuestra por si solo la inexistencia o el agotamiento de tolos los recursos internos eficaces”*. Resalto además que: *“la decisión voluntaria [de no interponer] el recurso disponible y adecuado no puede ser interpretado a favor de las ineficacia del mismo”*. Sostuvo que en el escrito de solicitudes ante la CIDH se cuestionó la modalidad de pago de la indemnización establecida por la ley 23.982 por considerarla inconstitucional, para lo que manifestó, se debió interponer recurso extraordinario federal previsto en el Art. 14 de la ley 48, que era la vía correcta para cuestionar la constitucionalidad de una ley nacional, conforme el sistema de control de constitucionalidad establecido en el ordenamiento jurídico interno, lo que no se hizo. Al respecto el Tribunal considero: *“que dicfto recurso no ftabría sido efectivo para subsanar la alegada demora en el proceso civil que buscaba una indemnización para Sebastián Furlan, aspecto que constituye el eje central de los problemas jurídicos en el presente caso”*, estipulando de esta manera que el Recurso ex-

traordinario no es un medio idóneo para garantizar la integridad del afectado. 2). **Incompetencia *rationae materiae* para considerar los argumentos de la aplicación de la ley de régimen de consolidación de deudas:** El Estado sostuvo que la decisión del pago de sentencias judiciales mediante bonos, hacía a la política económica del gobierno de la República Argentina y por lo tanto era facultad reservada en los términos del Art. 21, conforme el instrumento de ratificación recibido en la Secretaria de la OEA el 05/09/1984.⁴ Al respecto, resalto el estado argentino como precedente del caso el antecedente de “*Grande vs. Argentina*”, y la violación del Art. 5, conforme el principio *iura novit curia*. La CoIDH, sobre el particular, desestimo cualquier tipo de similitud sobre este punto. 3). **La de violación al derecho de defensa del Estado:** Ya que de acuerdo al Informe de Admisibilidad N° 17/06 la CIDH declaró la admisibilidad en relación a la violación a los derechos reconocidos en el Art. 8, 19, 25 y 1.1 de la Convención Americana; pero posteriormente en el Informe N° 111/2010, se concluyó en la responsabilidad del estado argentino en los términos del Art. 5.1 de la Convención, por lo que sostuvo, esta falta de coincidencia afectaba seriamente su derecho de defensa, ya que la variación en cuanto al contenido de los referidos informes, le quitaba toda posibilidad de argumentación defensiva. Es argumento fue desestimado por la CoIDH.⁵

4 . Consideraciones de la CoIDH

Fueron diversos los puntos que se pusieron a consideración de la Corte:

4 La cual sostenía que “El gobierno argentino establece que no quedaran sujetas a revisión de un Tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica de gobierno”.

5 Sostuvo al respecto: “Ni la Convención Americana ni en el Reglamento de la Comisión Interamericana existe normatividad alguna que disponga que en el informe de admisibilidad se deben establecer todos los derechos presuntamente vulnerados. Los derechos indicados en el informe de admisibilidad son el resultado de un examen preliminar de la petición que se encuentra en curso, por lo que no limitan la posibilidad de que en etapas posteriores del proceso puedan incluirse otros derechos o artículos que presuntamente hayan sido vulnerados, siempre y cuando se respete el derecho de defensa del Estado en el marco de la base fáctica del caso bajo análisis” (párr. 17).

1. Violación de un plazo razonable: (Art. 8.1): la causa duro 12 años y 3 meses aproximadamente (desde 18/12/1990 a 12/03/2003), por lo cual sostuvo la Corte, no resulta entendible porque duro tanto un proceso que no debería haber demorado más de dos años. Ahora bien, a más de que el Estado demandado hizo un análisis del desarrollo del proceso de daños y perjuicios y de la conducta del abogado de la parte actora y del juez a cargo de la causa, la Corte sostuvo que se evidenció una inactividad, pasividad y falta de diligencia por parte del Estado, en razón de no haberse usado las facultades ordenatorias e instructorias, lo que generó una dilación inentendible del proceso. Utilizó para ello distintos criterios: 1) complejidad del asunto; 2) actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales; 4) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.
2. Forma de pago: (la estipulada en la ley 23.982 de consolidación de deudas), para lo cual sostuvo la indemnización no fue completa ni integral, y que no fue efectiva la ejecución de sentencia, puesto que hubo una importante diferencia entre el monto de la condena (\$ 1.300.000) y el monto efectivamente percibido (\$38.000). Al respecto el mismo Estado sostuvo que la propia CSJN declaró la inconstitucionalidad de la norma en casos análogos, por lo que, de haberlo intentado la parte actora, se habría llegado a un pronunciamiento similar. Asimismo sostuvo que el cobro mediante bonos fue en gran medida resultado de la misma actividad procesal de los interesados; y por último resaltó que la obligación del Estado es garantizar el cumplimiento de la sentencia judicial, pero en ningún lado se establece el modo de cumplimiento, por lo que el pago de una suma de dinero de acuerdo a la sentencia judicial en un plazo y conforme el mecanismo legal, encuadra dentro de la regla general de cumplimiento de casos similares. Sobre esto la CoIDH sostuvo que de la información disponible en el expediente, la restricción al derecho de propiedad se evidenció en el sentido de que no se verificó medida alguna que hiciera menos gravosa la indemnización de una persona en situación de vulnerabilidad, verificándose en el presente, una evidente desproporción entre el monto de la condena y el monto cobrado.
3. Falta de participación del asesor de menores: (durante toda la duración del proceso). Al respecto, el Estado demandado

alego que S.F. se encontraba durante toda la etapa del proceso representado por su padre, y que contaba con la asistencia de sus abogados patrocinantes. Sobre este punto, la Corte sostuvo que la falta de notificación del asesor de menores: “constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan, por el efecto negativo que generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con los que contaba él y su familia” (sic), por lo que sostuvo la Corte, se afectó garantías tales como 8.1, 19, y 1.1 de la Convención Americana. Asimismo se sostuvo que no se tuvo en cuenta el derecho a ser oído del afectado.

4. Derecho a la integridad personal: puesto que sostuvo la parte actora que S.F. no tuvo posibilidad de tratamiento, por falta de medidas médicas adecuadas acordes a la situación particular del afectado. A esto, el Estado respondió que nuestro país cuenta con un sistema adecuado de salud, gratuito, al cual podría haber accedido el Sr. Furlan en lugar de los centros médicos privados. Y que es beneficiario del PROFE y de una pensión no contributiva por invalidez.
5. Derecho de acceso a la justicia de los familiares de S.F.: en razón del daño ocasionado a su núcleo familiar (madre, padre, hermanos) a raíz del accidente y del dilatado proceso por daños y perjuicios, lo que les impidió brindar apoyo a S.F., generando una serie de efectos negativos en el seno familiar.
6. Consideraciones respecto a niños, niñas y personas con discapacidad: en el presente caso, se desarrollaron estándares respecto del concepto de niño, estableciendo al respecto no solo lo que dice la Convención Americana, sino lo señalado por otros Instrumentos Internacionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño, siempre teniendo en consideración fundamentalmente el *interés superior del menor*. Al respecto, determino que es menor toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. Pero en el presente caso, como en nuestro país se encontraba aun en vigencia el viejo código civil, el cual en su artículo 126 disponía que son: “menores [de edad] los que aún no hubieran cumplido la edad de 21 años”, por aplicación el principio *pro persona* (Artículo 29 de la Convención), era esta última la edad a tener en cuenta para su mayoría de edad. Respecto a las personas con discapacidad, la Corte sostuvo que la Convención de los Derechos de las Personas con Disca-

pacidad define a la discapacidad no solo como una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial, sino que debe reconocerse que ello se interrelaciona con la barreras o limitaciones que socialmente existen, para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva⁶. Asimismo estableció que se requieren medidas especiales de protección “para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas.”⁷ Por lo que estableció que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es titular de protección efectiva.

5 . Sentencia de la CoIDH

La Corte Interamericana decidió unánimemente:

Alcance de responsabilidad

4.1.1) estipulo la Corte la responsabilidad internacional por parte del Estado argentino en clara violación de los derechos reconocidos en el Art. 8.1, 19 y 1.1 por exceso del plazo razonable; afectar el derecho a ser oído y el acceso a la justicia del Art. 25 inc. 1,2.c); y la afectación del Art. 5.2 referida al derecho a la integridad personal *en perjuicio de S.F.* **4.1.2)** Asimismo estipulo la responsabilidad del Estado argentino en los términos del Art. 5.1 (derecho a la integridad personal); del 8.1 (acceso a la justicia) en relación con el Art. 1.1, *en perjuicio de los familiares directos de S.F.*, esto es, padre, madre y hermanos del mismo.

Medidas a tomar

El Estado argentino debía proceder a producir *Informes* sobre las medidas adoptadas de cumplimiento dentro del plazo de un año. La condena fue la siguiente: **4.2.1** indemnización dineraria: dispuso que el Estado argentino debía en primer término indemnizar nuevamente por daños y perjuicios a S.F. y a su familia, en concepto de reparación por daño material e inmaterial, y por el reintegro de gastos y costas. **4.2.2** además dispuso que se tomen las siguien-

6 Párrafo 126, de la Sentencia de la CO.I.D.H. del 31/08/2012.

7 Párrafo 133, de la Sentencia de la CO.I.D.H. del 31/08/2012.

tes medidas, tendientes a reparación de los perjuicios ocasionados: *tratamiento médico* a las víctimas: que incluya la provisión de medicamentos, el cual debe ser gratuito y contar con el consentimiento de las víctimas;

formar un *grupo interdisciplinario*: para establecer medidas de protección, el cual es coordinado por la Secretaria de Derechos Humanos; 4.2.2.3 Que se establezca una *carta de derechos*: la que debe ser entregada a la familia de una persona que sea diagnosticada con problemas relacionadas con la discapacidad, las que establezcan de una manera clara y sencilla, las garantías medicas psicológicas o psiquiátricas a las que se pueda acceder de forma inmediata, y los lugares en donde se presten tales beneficios;

4.2.2.4. Obligación de *brindar información por parte del Estado*: garantizando de al público el mayor acceso a la información respecto a las prestaciones de salud y seguridad social.

6 . Medidas adoptadas por el Estado argentino

Cabe señalar que el Estado se encuentra en plena etapa de cumplimiento de sentencia. Al respecto, informo que la creación del ADAJUS, es decir del “Programa Nacional de Asistencia para las Personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, la cual busca brindar toda la información necesaria respecto de las personas con discapacidad, para garantizar el acceso a la justicia”; procedió a la publicación de la sentencia de la CoIDH a través de los portales de internet⁸, y actualmente se encuentra en plena etapa de ejecución de las cartas de derecho para las personas con discapacidad.

7 . Conclusiones

En el sistema interamericano, resulta tarea de la Corte, el resolver casos sometidos a su conocimiento, garantizando la protección de los derechos fundamentales frente al poder estatal, en los casos en los que los Estados no garantizan su efectivo cumplimiento. En el presente se plantean cuestiones interpretativas interesantes y que

8 www.infojus.com.ar; y www.cij.gov.ar

merecen un análisis ulterior, como ser el conocer acerca de cómo el Tribunal Interamericano interpreta su propia función y cómo se posiciona en los casos que debe decidir. En relación a ésta cuestión, la dinámica que se produce, invita a la CoIDH a confirmar y afirmar su competencia frente a un Estado Soberano, que intenta evadirse de la misma. Resulta ser propio entonces que la misma Corte supervise el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes en conformidad con la Convención Americana de DDHH, y que dé por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Autores

Bazzano, Andrea. Abogada y Escribana (Universidad Católica de Santiago del Estero); Curso de posgrado “La Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Santiago del Estero”; Disertante del curso-taller: “Derecho a un Trato Adecuado y Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad”; Cursado y aprobación del “Curso-Taller Profundizado sobre Derechos Humanos y Humanitarios”; Actualmente se desempeña como Relatora del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/bazzano.pdf>

Briceno Chaves, Andrés Mauricio. Post-doctor de las Universidades Carlos III de Madrid (España) y Externado de Colombia en 2016. Doctor en Derecho, por la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007. DEA en derecho administrativo en 2004 por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia (1999). Docente e Investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia (2002-a la fecha). Investigador reconocido por Colciencias. Participante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la ASIER y miembro de la UICN. Magistrado Auxiliar del despacho del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sección Tercera, Sub-sección C, del Consejo de Estado de Colombia. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/briceno.pdf>

Casagrande Valdueza, Erika Natalia. Abogada (Universidad Católica de Salta). Especialista en Mediación Familiar. Posgrado sobre “Derechos Humanos y Humanitarios” (APDH- STJ). Se desempeña como relatora del Superior Tribunal de Justicia en el Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. Juez Evaluador en Concursos de DDHH en Academia de DDHH, WCL, American University de EEUU; Instituto Colombiano de DDHH y Universidad Antonio Nariño de Colombia. Socia activa de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina (AMJA). C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/casagrande.pdf>

Chávez Ibáñez, Rita Viviana. Abogada (Universidad Católica de Santiago del Estero). Posgrado sobre “Derechos Humanos y Humanitarios” (APDH- STJ). Se desempeña como relatora de la Excm.

Cámara de Crimen en el Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/chavez.pdf>

Díaz, Fabiana Del Valle . Abogada por la Universidad Católica de Sgo del Est. Asistente y Aprobado con Trabajo Final a los Cursos de Posgrado referidos al Análisis Integral del Código de Procedimientos Civil y Comercial de Santiago del Estero; a la Diplomatura en Codificación Procesal. Asistente pendiente el Trabajo Final a la Especialización en Derecho Procesal, dictados por la Universidad de Santiago del Estero y la Academia Nacional de Derecho a cargo del Profesor Adolfo Alvarado Velloso. Actualmente me desempeño en el Poder Judicial de Santiago del Estero como Secretaria de Primera Instancia. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/diaz.pdf>

Ferreyra, Antenor José . Abogado, Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE). Escribano, Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE). Miembro de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), sede Santiago del Estero. Miembro de la Asociación Americana de Juristas (AAJ). Se desempeña como Asesor Legal en la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de Santiago del Estero (SUBNAF), y como Abogado particular. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/ferreyra.pdf>

Geréz, Pamela María. Abogada (Universidad Católica de Santiago del Estero), graduada con honores "CUM LAUDE". Mediadora. Ex Coordinadora del Centro de Estudios y Apoyo para la difusión de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se desempeña en el Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/gerez.pdf>

Gorostiza, María Elena . Abogada. Procuradora. Ex Productora de Seguros Generales por la Universidad Católica de Santiago del Estero. Se desempeña como Relatora en el Superior Tribunal del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/gorostiza.pdf>

Gozal, Carlos Alberto Ramón . Abogado Litigante, Ex-Secretario de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de San-

tiago del Estero, Consejero Titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Santiago del Estero, por el Estamento Abogados 2011-2013, Juez de Rondas Orales y Memoriales Escritos del 19 Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizado por la Academia de Derechos Humanos de la Washington College Law de la American University EE.UU. en Mayo de 2014. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/gozal.pdf>

Herrero Medina, José Gabriel. Abogado (Universidad Católica de Santiago del Estero), graduado con honores "CUM LAUDE". Ha publicado diversos artículos en materia penal. Coordinadora del Centro de Estudios y Apoyo para la difusión de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se desempeña como Defensor Auxiliar en el Ministerio Público de la Defensa de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/herrero.pdf>

Jozami, José Emilio . Abogado (Universidad Nacional de Córdoba) Mediador Jurídico (Fundación Retoño, Buenos Aires). MPL (Management Program Lawyer). Managment en Negociación y Resolución de Conflictos a través de Métodos Alternativos (Escuela de Derecho Universidad de Yale. EE.UU.) Diplomado en Derecho del Deporte (Universidad Austral de Buenos Aires).Magister en Derecho del Deporte I.S.D.E. (Instituto Superior de Derecho y Economía de Madrid, España). Titular de la materia Derecho del Deporte en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Coordinador de la Materia Derecho y Economía del Deporte en el Seminario Ciencia y Deporte de la Escuela Taller De Periodismo Deportivo. TEA Buenos Aires. Titular de la materia Derecho del Deporte en la carrera Gestión y Administración del Deporte de la Universidad de Tres de Febrero. Es coautor y ha publicado diversos artículos sobre el Derecho del Deporte. Juez Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/jozami.pdf>

Lastra, Arturo R . Licenciado en Relaciones Internacionales. Diplomado Universitario en Planificación y Gestión de Políticas Públicas (Universidad Católica de Santiago del Estero). Se desempeña en el Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/lastra.pdf>

Llugdar, Eduardo José Ramón . Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE Argentina). Juez del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero (Argentina). Profesor Capacitador en la Escuela del Poder Judicial de Santiago del Estero José B. Gorostiaga; Profesor Visitante en la cátedra de Filosofía Jurídica y Profesor de Posgrados en Derechos Humanos y Humanitario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina. Juez Evaluador en Concursos de DDHH en Universidad Católica de Santiago del Estero; Academia de DDHH, WCL, American University de EEUU; Pontificia Universidad Católica del Perú; CIDH, Instituto Colombiano de DDHH y Universidad Antonio Nariño de Colombia. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/llugdar.pdf>

Lucatelli, Pablo Ramón . Abogado y Procurador (Universidad Nacional de Tucumán); Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid, España; Premio “Dr. José Benjamín Gorostiaga” al mérito profesional académico y cultural otorgado por el Colegio de Abogados de Santiago del Estero; Coordinador Institucional del Comité Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Salí Dulce; Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero; Director del centro Interdisciplinario de Agua, Bosques y Ambiente del colegio de Abogados de Santiago del Estero; Miembro correspondiente del Instituto de Derecho comparado de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Director de los últimos tres cursos dictados por la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en la provincia de Santiago del Estero. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/lucatelli.pdf>

Molina, Ana Cecilia . Abogada y Procuradora (universidad Católica de Santiago del Estero) Seminario Universitarias de Derechos Humanos; Seminario Corte Penal Internacional (UCSE) – Curso y aprobación del “Curso-Taller Profundizado sobre Derechos Humanos y Humanitarios”; Se desempeña en Oficina de Gestión de Audiencias de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal – Tribunal de Alzada de la Provincia de Santiago del Estero. C.V. completo; <http://mm.jussantiago.gov.ar/molina.pdf>

Morelli, Antonio. LL.M. in International Law and Legal Studies, and Human Rights Specialist of American University, WCL, Washington, D.C. USA; LL.M. in European Union Law, Universidad Carlos III de Madrid; Bachelor and Master of Science of Law, Università Commerciale L. Bocconi, Milan Italy; International and Public Law Specialization Universidad de Salamanca, España; U.C. Berkeley USA; Research assistant International Financial Institution and International Law Project American University, WCL, Washington D.C. USA; Dean's Fellow Academy of Human Rights and Humanitarian Law, American University, WCL, Washington D.C. USA; Coordinator in Section for Consular Letting-American Affairs, Embassy of New Mexico, Washington D.C. USA. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/morelli.pdf>

Pacheco, Fernando Gabriel. Abogado. Escribano (Universidad Nacional de Tucumán). Jefe de despacho de la Vocalía del Dr. Eduardo J.R. Llugdar. Cursos realizados: género y trata de personas con fines de explotación sexual (2012) "Protocolo para el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad" (2013) "El rol de los jueces en el Código Civil y Comercial" (2015). Curso Taller Profundizado sobre Derechos Humanos y Humanitario" (2016) Curso Taller Derecho a un Trato Adecuado-Protocolo de Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad, en carácter de Replicador (2015). C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/pacheco.pdf>

Pavan, Luciano Antonio . Abogado (Universidad Católica de Córdoba). Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Nacional del Litoral. Ex agente fiscal de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Profesor adscripto de Derecho Procesal Civil, Universidad Católica de Santiago del Estero hasta 1999. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/pavan.pdf>

Pereda, María Macarena. Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba y Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Pretoria, Sudáfrica. Ha sido pasante de la Comisión Inter-americana de Derechos Humanos en Washington D.C. Actualmente se desempeña como abogada litigante en el área de derecho privado. C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/pereda.pdf>

Rocca, Marcela Verónica. Abogada, UCA (1997). Posgrado en Derecho Penal (UCA), Posgrado sobre “Derechos Humanos y Humanitarios” (APDH- STJ), Posgrado Profundizado “El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos” (UNT) - (UCM), Posgrado “Curso de Derechos Humanos y Humanitarios”, (UCSE). Vocal del Centro Argentino de Derecho Inmobiliario y Propiedad Horizontal (*CADIPH*). Actualmente se desempeña como Relatora del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA de la Provincia de Santiago del Estero (Sala Penal y Laboral). C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/rocca.pdf>

Rodríguez Moscoso, Jimena. Abogada (Universidad Católica de Santa María de Arequipa); Master en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III, Madrid España; Doctorada en Derechos fundamentales con especialidad en derecho Internacional (Universidad Carlos III de Madrid); Investigadora y Profesora de la Metodología de la Investigación Científica y Derecho Internacional Público, Universidad La Salle, Arequipa Perú; Docente Invitada en la Maestría de Solución de Conflictos, Universidad San Martín de Porres, Lima Perú y en la Maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Perú. Jueza Evaluadora en concursos Nacionales e Internacionales de Derechos Humanos: Yachay (Perú); CEJA (Costa Rica); y American University Moot Court Competition (USA). C.V. completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/rodriguez.pdf>

La presente edición se terminó de imprimir
en el mes de mayo de 2017 en:



Lavalle 50 - (4200) Santiago del Estero
e-mail: editorial.lucrecia@gmail.com
Teléfono: +54 (0385) 4283207

Temas de Derechos Humanos es el fruto de un intenso estudio e investigación realizado en el marco de un curso de posgrado llevado a cabo durante 2015 y parte de 2016 en el Poder Judicial de Santiago del Estero, Argentina, por un grupo de abogados relatores, abogados de la matrícula, funcionarios y magistrados, dirigidos por el prof. Abog. y Vocal del Superior tribunal de Justicia de esa provincia, Eduardo J. R. Llugdar, con el invaluable apoyo de docentes colegas de países latinoamericanos y de Europa.

La innegable influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno Argentino y de los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha llevado a la transformación de los paradigmas respecto a la concepción e interpretación del derecho vigente, que se materializa en reformas constitucionales y legislativas en dicho sentido, que impone al operador jurídico indagar y profundizar sobre las implicancias de principio pro persona en las decisiones judiciales.

La presente obra, abarcativa de distintas temáticas vinculadas a dicha materia, pretende ser un pequeño aporte mas a la reflexión sobre el rol de los sistemas jurídicos nacionales en un Estado de Derecho Constitucional y Democrático, ya que, como lo sostenía el eximio jurista mexicano Jorge Carpizo: *"Sobre derechos humanos se han escritos cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más porque es uno de los temas más importantes para el hombre. Es el que se refiere a su dignidad y es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas"*.



Gobierno
de la Provincia de
Santiago del Estero



Poder Judicial
de la Provincia de
Santiago del Estero



Centro Único
de Capacitación
"José Benjamín Gorostiaga"



Asamblea Permanente
por los
Derechos Humanos

